

ARTICLE

L'UTILISATION DE L'ARTICLE 129 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE CANADIEN

par Jean-Bruno CLOUTIER*

Dans un premier temps, cette thèse examine la nature et la gravité relative des infractions d'ordre militaire créées par la partie III de la Loi sur la défense nationale connue sous le nom de code de discipline militaire. L'étude fait une révision des systèmes de classifications des infractions militaires proposées par les différentes études qui ont précédé les réformes législatives de 1997 et 1999 pour ensuite suggérer une nouvelle taxonomie des infractions.

Après avoir situé les infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) dans l'échelle de gravité de la gamme des infractions militaires, l'étude s'attarde à l'analyse de la nature des deux infractions distinctes prévues à l'article 129 ainsi qu'à leur utilisation respective devant les deux types de tribunaux militaires, pour finalement offrir des suggestions pour pallier aux difficultés à la fois d'ordre théorique et pratique dans la conception et l'application de ces infractions pourtant indispensables au bon fonctionnement de la discipline militaire.

*. Major, avocat militaire et étudiant subventionné par la Couronne dans le cadre du programme d'études supérieures en droit, Faculté de droit, Université d'Ottawa, Ottawa. Cette thèse est un document produit dans le cadre du cours «Recherche et thèse de maîtrise» et contient des commentaires et des opinions que seul l'auteur considère appropriés et convenables au sujet. Ces commentaires et opinions sont donc ceux de l'auteur et ne visent pas nécessairement à refléter les orientations du gouvernement du Canada, du ministère de la Défense nationale, des Forces canadiennes ou du Cabinet du juge-avocat général. Thèse déposée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa en vue de l'obtention de la maîtrise en droit (LL.M).

The thesis examines the nature and the relative gravity of the service offences contained in the Code of Service Discipline (CSD). The study reviews the classification of offences proposed by the several internal and external studies that have preceded the legislative reforms of the military justice system in 1997 and 1999. The author then proposes his own taxonomy of service offences.

After having situated the two National Defence Act (NDA) s. 129 offences within the scale of gravity of the service offences, the paper analyses the specific nature of the two offences in question and their application before the two different types of military tribunals. Finally the study offers suggestions and recommendations to palliate theoretical, and practical difficulties in the conception and the application of these offences, considered essential to the maintenance of military discipline.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
Partie I - LES INFRACTIONS D'ORDRE MILITAIRE : UN CODE D'INFRACTIONS ORIENTÉ VERS LE SUCCÈS DE LA MISSION	21
A. Un système de classification des infractions qui n'encadre pas suffisamment l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des intervenants	21
1. Les classifications proposées par les études ayant donné lieu aux réformes législatives actuelles	21
2. La classification adoptée lors de la réforme du système de justice militaire	29
B. Une taxonomie des infractions fondée sur l'objectif ultime des forces armées	37
1. Un modèle de classification fondé sur les obligations inhérentes aux fonctions des Forces armées canadiennes	37
2. Des peines qui reflètent la gravité des infractions : une notion de gravité qui varie suivant l'impact de l'inconduite sur l'objectif militaire	46
Partie II - L'article 129 de la Loi sur la défense nationale : une infraction générique qui circonscrit insuffisamment le champ d'application des inconduites établies au code de discipline militaire	52
A. L'article 129 de la Loi sur la défense nationale : des infractions sans cadres modérateurs efficaces	52
1. La nature des infractions contenues à l'article 129 de la Loi sur la défense nationale	52
a) L'infraction prévue au paragraphe 129(1)	56
b) L'infraction prévue au paragraphe 129(2)	60
2. Les problèmes liés à la nature des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale	65

a)	L'infraction prévue au paragraphe 129(1) présente des problèmes de définition	65
b)	L'infraction prévue au paragraphe 129(2) présente des problèmes de publicité	75
B.	Une réorientation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale : des solutions qui tiennent compte des droits des militaires tout en respectant les impératifs militaires légitimes	83
1.	Des solutions visant à clarifier et à simplifier l'utilisation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale	84
2.	Des solutions visant à informer et à préciser aux militaires les comportements les mettant à risques de poursuites sous le code de discipline militaire	90
	CONCLUSION	97
	ANNEXE	101

INTRODUCTION

Le code de discipline militaire se trouve à la partie III de la *Loi sur la défense nationale*¹. La section 2 de cette partie énonce les infractions d'ordre militaire ainsi que les peines. Dans cette liste, nous retrouvons une multitude d'infractions pour lesquelles les justiciables du code peuvent être accusés, poursuivis et jugés. À la toute fin de cette liste, entre l'énumération des infractions diverses et l'article 130 de la LDN qui incorpore au code toutes les autres infractions aux lois fédérales, on retrouve l'article 129. Cette thèse étudie l'utilisation de l'article dans le système de justice militaire.

L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* est l'infraction la plus utilisée du code de discipline militaire. Plus de 46% des accusations portées sous le code le sont sous cette disposition². L'article 129 est ainsi rédigé :

Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline

129. (1) Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

(2) Est préjudiciable au bon ordre et à la discipline tout acte ou omission constituant une des infractions prévues à l'article 72, ou le fait de contrevenir à :

a) une disposition de la présente loi;

1. *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5. (ci-après LDN).

2. CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL, *Rapport annuel du Juge-avocat général sur l'administration de la justice militaire dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 28 mai 2001 et 28 mai 2002, annexe D et E. Rapport et statistiques sur les procès sommaires et les cours martiales du 1^{er} avril 2000 au 31 mars 2002. (ci-après Rapport annuel du JAG). Voir également les actes d'accusations pour les cours martiales de 1999 et 2000 et le compte rendu sur les procès sommaires pour la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001 dans la banque de données disponibles à la section du Directeur juridique-Justice militaire politique et recherche du bureau du juge-avocat général des Forces canadiennes. Pour la période allant du 1^{er} avril 2000 au 31 mars 2001, environ 48% des accusations totales portées et entendues au procès sommaire et 52% des accusations portées et entendues au procès sommaire devant un commandant supérieur le furent sous l'article 129 LDN. Pour la même période, les accusations sous l'article 129 LDN représentaient environ 20% des accusations totales entendues à la cour martiale.

- b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;
- c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.
- (3) Est également préjudiciable au bon ordre et à la discipline la tentative de commettre l'une des infractions prévues aux articles 73 à 128.
- (4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'application du paragraphe (1).
- (5) Le présent article ne peut être invoqué pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128; le fait que l'accusation contrevient au présent paragraphe ne suffit toutefois pas pour invalider la condamnation de la personne ainsi accusée, sauf si la contravention paraît avoir entraîné une injustice à son égard.
- (6) La validité de la condamnation ne porte pas atteinte à la responsabilité d'un officier en ce qui a trait à la contravention.

Notons la nature générique et indéterminée des infractions prévues à l'article 129 alors que la majorité des autres infractions énoncées au code visent des inconduites spécifiques³. L'article 129 énonce aux paragraphes (1) et (2) deux façons à la fois similaires et distinctes de commettre une inconduite qui pourra éventuellement être jugée comme préjudiciable au bon ordre et à la discipline, mais ne prévoit qu'une seule et même peine, que la contravention soit au paragraphe (1) ou au paragraphe (2)⁴. Par conséquent, il nous apparaît

3. Les articles 79 (mutinerie), 84 (violence envers des supérieurs), 86 (querelles et désordres), 88 (désertion), 90 (absence sans permission), 100 (libération non autorisée ou aide à l'évasion), 112 (usage d'un véhicule des Forces canadiennes à des fins non autorisées), 113 (incendie), 114 (vol), 115 (recel), 119 (faux témoignage) et 125 (infractions relatives à des documents) de la LDN sont des exemples d'infractions spécifiques.

4. L'article 129 LDN prévoit une peine maximale sous déclaration de culpabilité de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. La peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté est une peine plus sérieuse dans l'échelle de gravité des peines que l'emprisonnement de moins de deux ans. Pour faciliter la compréhension du problème, voir l'article 139(2) de la LDN.
La conséquence de la peine de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, qui est une forme de stigmatisation, est que le militaire n'est plus admis à servir à nouveau Sa Majesté tant comme civil que comme militaire. Cette peine peut être concomitante à une peine d'emprisonnement. À cet effet, consulter le paragraphe 140.1(1) de la LDN.

primordial de faire la distinction entre les paragraphes (1) et (2) de l'article 129, ce que cette étude se propose de faire.

L'infraction prévue au paragraphe (1) fait référence à un acte, à un comportement ou encore à une négligence qui est considéré par l'autorité militaire qui porte, dispose ou encore juge d'une telle accusation, comme étant une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Il s'agit de l'infraction par excellence pour punir les comportements qui vont à l'encontre des standards d'éthique militaire du jour. Contrairement au paragraphe (2), le paragraphe (1) vise à punir des inconduites sans les définir⁵. Le paragraphe (1) vise une infinité d'actes, de comportements ou de négligences de nature indéterminée qui pourront éventuellement avoir comme conséquence de préjudicier le bon ordre et la discipline. L'abondance et la gravité des comportements potentiellement visés, l'absence de notification préalable de la conduite interdite, le caractère vague et imprécis de l'expression «préjudiciable au bon ordre et à la discipline» et une application qui est laissée à l'interprétation subjective des autorités militaires en font une infraction très controversée⁶. Tout comme le paragraphe (2), le paragraphe (1) peut être utilisé comme infraction principale ou comme

5. Il est important de souligner que les notions de discipline et de bon ordre ne sont pas définies ni dans la *Loi sur la défense nationale*, ni dans les ORFC, quoique cette infraction soit celle qui est le plus souvent invoquée devant les tribunaux militaires. Consulter la note C de l'article 103.60 des ORFC.

6. Voir notamment : E.F. Sherman, *Military Law in a Democratic Society*, thèse de maîtrise en droit, Université de Harvard, Hein's legal theses and dissertations, 1981; G.G. Ackroyd, «The General Articles, articles 133 and 134 of the Uniform Code of Military Justice» (1961) 35 *St. John's L.Rev.* 264; C.B. Arrowood, «Military Law – The Standard of Constitutionality» (1975) 11 *Wake Forest L.Rev.* 325; K.S. Bernard, «Structures of American Military Justice» (1976) 125 *U.Pa.L.Rev.* 307; P. Camp, «Section 69 of the army act 1955» (1999) 149 *New L.J.* 1955.; J.A. Hagan, «The General Article : Elemental confusion» (1960) 10 *Mil. L.R.* 63.; D.J. Kornstein, «Taps for the Real Catch 22» 81 *Yale L.J.* 1518; D.B. Nichols, «The Devil's Article» (1963) 22 *Mil.L.R.* 111; F.B. Wiener, «Are the General Military Articles Unconstitutionally Vague?» (1968) 54 *A.B.A.J.* 357; D.N. Zillman et E.J. Imwinkelreid, «Constitutional Rights and Military Necessity : Reflections on the Society Apart» (1976) 51 *Notre Dame L.Rev.* 396; J.K. Gaynor, «Prejudicial and Discreditable Military Conduct : A critical Appraisal of the General Article» (1971) 22 *Hasting L.J.* 259; K.J. Hodson, «Perspective, the manual for Courts Martial-1984» (1972) 57 *Mil.L.Rev.* 1.

infraction subsidiaire aussi bien à la cour martiale qu'au procès sommaire⁷. Le paragraphe (1) constitue donc l'infraction résiduaire du code de discipline⁸. Il vise à punir les comportements qui, bien que non-énumérés spécifiquement dans les autres dispositions du code, constituent néanmoins une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

L'infraction prévue au paragraphe (2) de l'article 129 crée l'obligation pour les justiciables du code de discipline de se conformer aux dispositions de la LDN et aux règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes. Le fait d'enfreindre une disposition de la loi, un règlement, un ordre ou une directive est considéré, par l'effet de la loi, préjudiciable au bon ordre et à la discipline⁹. Il faudra donc étudier le contenu du règlement, de l'ordre ou de la directive dont on allègue contravention pour être en mesure de déterminer les éléments constitutifs de l'infraction sous le paragraphe 129(2)¹⁰. Celui-ci a pour effet de donner force de loi à des textes qui ne sont pas nécessairement de nature législative¹¹. Les

-
7. *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, D.O.R.S. /99-1305. Ces règlements ne sont ni dans la codification de 1978 ni dans la partie 2 de la Gazette du Canada. *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c. S-22, art. 20 et *Le règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C. 1978, c.1509, art. 7; les règlements pris en vertu de l'art. 12 de la Loi sur la défense nationale sont soustraits à l'enregistrement, et l'art. 15(1) du même règlement soustrait ces règlements à la publication. (ci-après ORFC.). Voir plus particulièrement les notes A, E, F, G et H de l'art. 103.01, les notes A, D et H de l'art. 103.16, les notes A et F de l'art. 103.08, les notes A, G et H de l'art. 103.19, la note A de l'art. 103.25, les notes A, B, C, D, F et G de l'art. 103. 60 et les notes A, B, C D, E et F de l'art. 107.05 des ORFC.
 8. Ce caractère résiduaire ou fourre-tout du paragraphe (1) est établi par le paragraphe (4) de l'article 129. Voir la note D de l'article 103.60 des ORFC.
 9. *R. c. Latouche* (2000), 147 C.C.C. (3^e) 420 aux pp. 424-427. Pour comprendre comment la cour d'appel des cours martiales décrivait l'infraction prévue au paragraphe 2 de l'article 129 LDN, veuillez référer à la p. 426 du jugement.
 10. *Ibid.* à la p. 427 et voir aussi à la p. 431.
 11. J.B. Fay, «Canadian Military Criminal Law; an Examination of Military Justice» (1975) 23 Chitty's L.J. 120 aux pp. 122-123. L'auteur écrit : «The authority in the National Defence Act providing for the creation of military law through regulations and orders is so extensive as to have the effect of taking the responsibility for making of what must be termed a form of criminal law, from the hands of Parlement and placing it in the hands of individuals.» Voir également N. Caron, *L'incorporation par renvoi de directives au Code de discipline militaire en application de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale*, Mémoire de recherche, Université d'Ottawa, 2001(non publié).

exigences réglementaires de notification et de publication des règlements, ordres et directives aux militaires sont la responsabilité de leur commandant¹².

À ce point, il nous apparaît nécessaire de faire un bref survol du contexte particulier dans lequel s'applique le système de justice militaire. Cela nous permettra de mieux comprendre sinon de justifier la raison d'être et les fonctions de l'article 129 et ainsi de fixer le cadre de référence de notre analyse. Le système de justice militaire vise à contrôler et à influencer les comportements et à assurer le maintien de la discipline dans l'objectif ultime de créer des conditions favorables au succès de la mission militaire. L'existence de normes de conduite propres au domaine militaire explique la raison d'être d'un système de justice militaire distinct¹³. Ce système est essentiel pour garantir le maintien de l'ordre, de la discipline et de l'efficacité des forces armées permettant ainsi à ces dernières d'être en mesure de défendre efficacement la souveraineté du Canada¹⁴.

L'article 91 paragraphe 7 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*¹⁵ est à l'origine de l'existence des Forces armées canadiennes. C'est en application de cette compétence constitutionnelle que le Parlement a adopté la *Loi sur la défense nationale*¹⁶. L'étendue d'application de la LDN et du code de discipline

12. Voir la note E de l'article 103.60 et les articles 1.20, 1.21 et 4.26 des ORFC, *supra* note 7 à la p 78. Voir les articles 1.23, 1.235, 4.12, 4.21 des ORFC sur le pouvoir de certaines autorités militaires d'émettre des ordres et directives, les articles 4.01, 4.02, 5.01 des ORFC sur la responsabilité générale des membres de connaître, observer et faire respecter la loi, les règlements, ordres et directives, et finalement les articles 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC sur la responsabilité pour le commandant de mettre à la disposition des membres ces règlements et ordres, de voir à ce qu'ils reçoivent une publicité adéquate et de voir à les expliquer aux militaires du rang dès leur réception si cela devait s'avérer nécessaire.

13. *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, voir les propos du juge Lamer aux pp. 288 et 294.

14. Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire, *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire*, Ottawa, 14 mars 1997, annexe A, 1 (ci-après *Rapport Dickson*).

15. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3 reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 91 para. 7., art. 91 para 7 stipule que : «...l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à ...7. La milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays».

16. *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 1. La loi prévoit l'organisation du ministère, la constitution des Forces armées canadiennes et du système de justice militaire.

militaire est encadrée par les pouvoirs conférés par la Constitution au Parlement d'établir des lois concernant «la Milice, le service militaire, le service naval et la défense.» Ces pouvoirs incluent celui d'édicter des lois pour régir la conduite et la discipline des membres des forces armées¹⁷. En 1997, la Cour d'appel des cours martiales dans l'affaire *Reddick* venait d'ailleurs confirmer cet encadrement législatif :

The basic issue in that context is whether legislation is clearly within the constitutional assignment of jurisdiction of its enactor, or at least necessarily incidental to the exercise of that jurisdiction¹⁸.

Ensuite , à la page 501 :

Parliament has sought to delimit the scope of military justice to that which is reasonably necessary to the exercise of its powers over defence and the armed forces.

Et plus loin à la page 505 :

As to the application of the exemption for military tribunals from the Charter requirements of trial by jury, this really involves statutory interpretation or division of powers issues as to whether the offence in question is truly «an offence under military law» in the words of paragraph 11(f) of the Charter. Is the offence in question in its essence a «military offence» validly prescribed by Parliament under head 91(7) of the *Constitution Act, 1867*? If so, then the exception in the Charter applies.

Et finalement à la page 507 :

All of the offences, both the purely service offences [accusations en vertu de l'article 129 de la LDN] and those also falling under the *Criminal Code* [accusations sous l'article 130 LDN en contravention à l'article 266 du Code criminel], involved acts committed on an Armed Forces base, allegedly by a sergeant on a subordinate, a corporal, while both were in the service. The allegations involve

17. *Mackay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 370 à la p. 390.

18. *R. c. Reddick* (1997), 112 C.C.C. (3^e) 491 à la p. 493.

alleged assaults and sexual harassment which must surely be seen as relevant to the *maintenance of discipline and morale*. (nos italiques et les accusations entre crochets aussi)

L'objectif du code de discipline militaire n'est pas que de punir les contrevenants mais aussi de promouvoir la discipline essentielle au succès de la mission¹⁹. D'ailleurs, sans ce rôle disciplinaire, le code n'aurait aucune raison d'être. Ce n'est qu'accessoirement qu'il joue un rôle semblable à celui du code criminel²⁰. Les devoirs et obligations prévus au code de discipline militaire viennent donc s'ajouter aux infractions énoncées au droit pénal général²¹. Évidemment, seules les personnes justiciables du code de discipline militaire

19. *Rapport Dickson, supra* note 14 à la p. 7. Le rapport énonce : «Il n'est donc pas surprenant que les membres des Forces canadiennes soient assujettis non seulement aux lois du pays comme tout citoyen mais aussi à un code de discipline militaire stipulant de nombreuses "infraction d'ordre militaire" qui témoignent des besoins uniques des forces armées, par exemple, l'absence sans permission et l'insubordination. Il est essentiel de disposer d'un système de justice militaire qui permette de traiter les infractions au code de discipline militaire de façon expéditive, décisive et pourtant juste. En effet, la justice militaire ne vise pas uniquement à garantir la discipline, mais aussi – et ceci doit être souligné – à encourager les individus à corriger leur conduite afin qu'ils puissent reprendre leurs fonctions le plus tôt possible. [...] Les commandants, particulièrement dans un contexte de combat, ne peuvent attendre des mois ou des années avant que la discipline ne soit rétablie et que la justice ne soit rendue».

20. *R. c. Généreux, supra* note 13 aux pp. 281-282.

21. Voir l'article 71 de la LDN.

Jusqu'en 1985, l'article 62 de la *Loi sur la défense nationale* mentionnait cependant que le code de discipline militaire n'avait pas pour effet d'empêcher les tribunaux civils de juger les infractions pour lesquelles ils avaient compétence et cela nonobstant le fait que l'accusé avait été préalablement jugé par un tribunal militaire pour une infraction semblable. L'ancien article 62 de la *Loi sur la défense nationale* réitérait ainsi le principe de la suprématie des tribunaux civils sur les tribunaux militaires. Les infractions civiles étaient incluses dans le code de discipline militaire sans pour autant amoindrir le principe de la suprématie des tribunaux criminels civils. Depuis 1985, la *Loi sur la défense nationale* a été modifiée afin d'empêcher toutes poursuites subséquentes devant un tribunal civil pour une infraction comparable qui découle des mêmes faits et pour laquelle un accusé aurait été acquitté ou déclaré coupable par un tribunal militaire. Notons que sauf dans les cas d'infractions prévues à l'article 70 de la LDN lorsqu'elles sont commises au Canada et pour lesquelles les tribunaux civils ont compétence exclusive, le système de justice militaire et le système de tribunaux criminels civils possèdent des juridictions concurrentes. Cela implique qu'un militaire qui a déjà été jugé pour une infraction donnée devant un tribunal civil ou militaire ne pourra faire l'objet à nouveau de la même accusation ou d'une accusation semblable devant l'autre tribunal.

peuvent être reconnues coupables d'une infraction d'ordre militaire alors que le droit pénal est quant à lui d'application générale et universelle²².

Il existe bien entendu des chevauchements entre les systèmes de justice militaire et civile; tous deux visent à régir la conduite des personnes auxquelles les infractions s'appliquent. Certaines infractions d'ordre militaire sont d'ailleurs identiques aux infractions criminelles civiles alors que d'autres leur sont totalement étrangères²³. Les procédures entreprises devant les tribunaux militaires visent à promouvoir le bon ordre et la discipline des membres pour permettre aux forces armées d'accomplir leur mission²⁴ alors que les procédures pénales ont pour objectif principal de maintenir l'ordre public²⁵.

C'est en garantissant le respect des ordres et des obligations propres aux Forces armées canadiennes que le système de justice militaire contribue au maintien du bon ordre et de la discipline²⁶. Les obligations auxquelles sont assujettis les membres des Forces canadiennes sont énoncées dans la LDN, les règlements, les ordres et les directives. Il existe plusieurs façons de définir et de percevoir la notion de discipline²⁷.

22. Voir les articles 60 à 65 de la *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 1.

23. On peut penser par exemple à l'infraction d'absence sans permission (art. 90 LDN), d'insubordination (art. 85 LDN), de désobéissance à un ordre légitime (art. 83 LDN) ou encore de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline (art. 129 LDN). Le vol et recel prévus aux articles 114 et 115 de la LDN sont des infractions identiques à celles énoncées dans le droit pénal général. L'article 130 de la LDN incorpore d'ailleurs au Code de discipline militaire toutes les infractions prévues aux lois fédérales, ce qui bien entendu comprend les infractions incluses dans le Code criminel du Canada.

24. Voir l'art. 108.02 des ORFC, *supra* note 7 et le *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 15.

25. *R. c. Généreux*, *supra* note 13, voir l'opinion du juge Lamer s'exprimant au nom de la majorité aux pp. 293-294.

26. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 293.

27. Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, *Un héritage déshonoré : les leçons de l'affaire somalienne*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 30 juin 1997, vol. 1 à la p. 26 (ci-après *Rapport d'enquête sur la Somalie*).

Tel que l'écrivait en 1975 l'ex-colonel Fay :

Discipline can be defined as an attitude of respect for authority which is developed by leadership, precept and training. It is a state of mind that leads to a willingness to obey an order no matter how unpleasant the task to be performed. This is not a characteristic of the civilian community. It is the ultimate characteristic of the military organization. [...]. Military law achieves great importance when viewed in the context of the above. 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 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 based.²⁸

Comme dans la majorité des régimes démocratiques, les Forces armées canadiennes sont sous le contrôle des autorités civiles. Les ordres et directives qui leur sont adressés par le chef d'état-major de la défense visent à donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre²⁹. Les Forces armées canadiennes sont une organisation hiérarchique; de personnes selon leur grade respectif, d'unités selon les ordres organisationnels du ministre de la défense³⁰. Ce sont les autorités civiles qui d'ailleurs créent ses unités, les affectent aux divers commandements et formations et en autorisent leurs effectifs maximaux³¹.

Les militaires doivent connaître, observer et faire respecter la LDN, les règlements, ordres ou directives se rapportant à l'exercice de leurs fonctions.

28. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123.

29. *Loi sur la défense nationale, ibid.*, art. 18(2). Voir notamment les ORFC 4.12, 4.20 et 4.21. Voir plus particulièrement l'extrait suivant tiré du brevet d'officier des Forces canadiennes: «[...] Et Nous leurs ordonnons, par les présentes de vous obéir en tant que leur officier supérieur, et, à vous, d'observer et d'exécuter les ordres et instructions que vous recevrez, de temps à autre, de Nous ou de votre officier supérieur, quel qu'il soit, selon la Loi, en raison de la confiance mise, par la présente, en vous».

30. *Loi sur la défense nationale, ibid.*, art. 17(1), 21(1), et la colonne I de l'annexe à la LDN. Il existe 17 grades différents dans les Forces armées canadiennes.

31. Voir les art. 12, 15, 16, 17 et 22 de la LDN et les art. 2.08 et 2.09 des ORFC.

Chaque militaire doit promouvoir le bien-être, l'efficacité et l'esprit de discipline de tous ses subordonnés. Chacun est tenu de signaler aux autorités compétentes les infractions au code de discipline militaire. En fin de compte, chaque militaire a l'obligation d'obéir aux ordres de ses supérieurs et de leur rendre compte de l'accomplissement convenable et efficace de ses fonctions³².

Les officiers sont requis de signaler les infractions aux autorités compétentes lorsqu'ils ne peuvent régler la question eux-mêmes de façon satisfaisante. Ils sont également responsables envers leurs supérieurs de l'accomplissement convenable et efficace de leurs fonctions³³. À chaque palier de la hiérarchie militaire, on s'attend à ce que le militaire du palier supérieur dispose des pouvoirs nécessaires pour exiger de ses subordonnés qu'ils rendent compte de leurs actions et pour imposer des mesures disciplinaires et administratives afin d'assurer cette imputabilité³⁴.

Le système de justice militaire est le moyen ultime pour faire respecter la discipline. La légitimité de ce système pourrait être compromise si l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des autorités militaires chargées de sa mise en œuvre était insuffisamment circonscrit. Favoriser un système qui vise à restreindre les occasions de décisions arbitraires, c'est en fin de compte privilégier une meilleure discipline³⁵.

Par contre, nous ne sommes pas sans savoir que les Forces armées canadiennes ont besoin de souplesse pour garantir leur efficacité. En bout de ligne, pour promouvoir au maximum les chances de succès de la mission, la chaîne de commandement doit être en mesure d'administrer la discipline afin de contrôler les inconduites qui mettent en péril le bon ordre, l'efficacité militaire et finalement la raison d'être de l'organisation, la sécurité nationale. Ce

32. Voir notamment les art. 83 et 129 de la LDN et les art. 4.01, 19.01 et 19.015 des ORFC.

33. ORFC, *supra* note 7, art. 4.01, 4.02 et 5.01

34. *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 10.

35. J. B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123. L'auteur mentionne : « It is the responsibility of those who command to instill discipline in those they command. In doing so there must be the correction and the punishment of individuals. Fairness and justice are indispensable. » Voir notamment le *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 9.

phénomène est au centre des tensions intrinsèques entre les notions théoriques de justice et leurs applications concrètes dans le monde militaire³⁶.

Au moment de porter des accusations, les autorités militaires doivent décider du type d'accusations à porter ainsi que la façon d'en disposer. Bien que certains règlements et politiques guident les autorités dans ces prises de décisions, en pratique ces décisions sont soumises à très peu de restrictions³⁷. Les lignes de démarcation incertaines entre les deux types de tribunaux militaires³⁸, les chevauchements de compétence quant à la poursuite des infractions et le manque de distinction entre les infractions mineures et graves ne délimitent pas suffisamment l'exercice des pouvoirs décisionnels des autorités. Il nous apparaît que la possibilité pour les autorités militaires de fonder leurs décisions sur des motifs étrangers aux principes de justice est suffisamment significative pour justifier une réévaluation du mode d'utilisation de l'article 129 de la LDN.

La *Charte canadienne des droits et libertés*³⁹ confirme la validité constitutionnelle d'un système de justice militaire séparé du système des

36. *Rapport Dickson, supra* note 14 aux pp. 10-11.

37. On peut penser par exemple aux art. 106.01, 106.02 et 106.03 des ORFC visant la nécessité de tenir une enquête si une plainte est portée ou lorsqu'il y a d'autres raisons de croire qu'une infraction d'ordre militaire a été commise. Les art. 107.02, 107.03, 107.09, 107.11 et 109.05 indiquent les mesures à prendre par les autorités militaires avant le dépôt d'une accusation, après le dépôt d'une accusation et à l'étape du renvoi à une autorité de renvoi. Ces restrictions réglementaires obligent les autorités militaires à obtenir l'avis d'un avocat militaire dans les circonstances visées. Les avocats militaires appelés à fournir les avis doivent quant à eux se conformer aux dispositions de la directive # 010/00 du juge-avocat général intitulée Politique relative à l'évaluation des accusations dans le Rapport du JAG du 28 mai 2001, *supra* note 2 à la p 95. Cette directive énonce les critères dont les avocats militaires doivent tenir compte lors de l'analyse juridique qu'ils devront effectuer lorsqu'ils auront à conseiller les autorités militaires aux différentes étapes du processus disciplinaire tel que discuté ci-dessus. Voir également la Politique du QGDN-Directive révisée sur les enquêtes de la police militaire, 2120-4-0 (GPFC), 7 mai 1999.

38. Selon l'art. 108.02 des ORFC, le procès sommaire serait un tribunal militaire chargé de rendre justice à l'égard d'infractions mineures.

39. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, plus précisément l'al. 11f) qui prévoit que : «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» (ci-après Charte).

tribunaux civils de juridiction criminelle⁴⁰. Il est intéressant de noter que la Charte prévoit expressément l'existence d'infractions et de tribunaux militaires distincts⁴¹. L'adoption de la Charte en 1982 fut le catalyseur de la modernisation du système de justice militaire⁴². Les décisions *Généreux* et *Ingebrigtsen*⁴³ au début des années 1990, et celle de la Cour d'appel des cours martiales dans *Lauzon*⁴⁴ en 1998, déclaraient que les Cours martiales générales et permanentes, telles que constituées à l'époque, portaient atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et que cette violation était incompatible avec la Charte. Ce processus de modernisation devint davantage pressant au milieu des années 1990 suite à l'enquête publique sur les incidents survenus en Somalie, aux allégations d'actions inappropriées survenues à l'hôpital de Bakovici en Bosnie-Herzégovine et à des incidents de harcèlement sexuel. Ces événements ont mis en lumière des problèmes internes de leadership et de discipline et ont remis en question la capacité du système de justice militaire à promouvoir la discipline, l'efficacité, le moral des troupes et la justice dans les Forces canadiennes⁴⁵. Le Parlement adoptait, le 10 décembre 1998, le *Projet de*

-
40. La cour suprême du Canada a reconnu à deux reprises la nécessité de maintenir un système de justice militaire distinct. À cet effet voir *Mackay c. R.*, *supra* note 17 à la p. 370 et *R. c. Généreux*, *supra* note 13.
41. *R. c. Généreux*, *supra* note 13, voir les propos du juge Lamer à la p. 296. La version anglaise de l'alinéa 11f) de la Charte est d'ailleurs plus explicite que la version française à cet égard. La version anglaise de l'alinéa 11f) stipule : «Any person charged with an offence has the right ...f) except in the case of an *offence under military law* tried before *a military tribunal*, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment; ...» (nos italiques).
42. Les principes énoncés dans ce document constitutionnel sont à première vue incompatibles avec les valeurs traditionnelles des Forces armées. Voir D.J. Corry, «Military Law under the Charter» (1986) 24 Osgoode L.J. 67 à la p. 68 : « The constitution defines the limits of democratic rule : individual rights are sacred and the will of the majority shall not tread upon them. Military society stands in marked contrast to the constitutional democracy. The fundamental objective of the armed force is military efficiency to create an effective and integrated fighting force. All private considerations must give way to the fundamental goals of the military organization. » Pour une analyse détaillée des modifications apportées à la procédure sommaire depuis l'adoption de la *Charte* voir notamment Cabinet du juge-avocat général, *Justice militaire au procès sommaire*, version 2.0, Ottawa, 14 septembre 2001.
43. *R. c. Généreux*, *supra* note 13; *Ingebrigtsen c. R.*, [1990] 5 C.A.C.M. 87.
44. *R. c. Lauzon* (1998), 129 C.C.C.(3^e) 399.
45. *Modification à la Loi sur la défense Nationale*, ministère de la Défense nationale, octobre 1997 à la p. 4.

*loi C-25*⁴⁶ qui apportait des modifications importantes à la Loi sur la défense nationale et aux Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC). Ces modifications étaient le résultat de nombreuses études internes et externes⁴⁷. Les modifications législatives visaient à rendre le système de justice militaire davantage conforme aux exigences de la Charte en établissant une séparation institutionnelle entre les fonctions d'enquête, de poursuite, de défense et les fonctions judiciaires à la cour martiale⁴⁸ et à mener à terme la réforme du procès sommaire⁴⁹. Ces modifications législatives nous ont mené au système de tribunaux militaires actuels.

Il existe deux types de tribunaux militaires distincts. Il y a donc deux chemins parallèles dans l'administration de la justice militaire. Malgré leurs différences fondamentales en ce qui concerne la procédure générale applicable au procès, l'administration de la preuve, l'indépendance du décideur, l'impartialité du décideur et notamment les pouvoirs de punition, les objectifs du procès sommaire et de la cour martiale demeurent essentiellement les mêmes. Le maintien de la discipline se réalise donc à travers ces deux types de tribunaux, qui sont mis en oeuvre par des autorités distinctes et selon des critères d'application différents⁵⁰.

46. *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 1^{re} sess., 36^e Parl., 1997. Ce projet de loi fut adopté par le Parlement le 10 décembre 1998. Le 1^{er} septembre 1999 sont entrées en vigueur les modifications à la *Loi sur la défense nationale* ainsi qu'aux ORFC. Ces modifications législatives vont de paires avec la réforme du système de justice militaire et plus particulièrement avec la réforme du procès sommaire qui avait déjà été entreprise en 1997. À cet effet, voir les ORFC, D.O.R.S./97-1584 et 99-1305.

47. Voir notamment CABINET DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL, *Rapport du groupe de travail sur les procès sommaires*, vol. 1-2, Ottawa, 2 mars 1994 (ci-après Rapport du GTPS); *Rapport Dickson*, *supra* note 14; MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE, *Rapport au Premier ministre sur le leadership et l'administration dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 25 mars 1997 (ci-après Rapport Young); *Rapport d'enquête sur la Somalie*, *supra* note 27.

48. Pour corriger les irrégularités constitutionnelles soulevées par les tribunaux civils en ce qui avait trait à l'indépendance et l'impartialité des cours martiales. Voir *R. c. Généreux*, *supra* note 13; *Ingebrigtsen c. R.*, *supra* note 43 et *R. c. Lauzon*, *supra* note 44.

49. Des modifications aux règlements relatifs aux procès sommaires avaient déjà été apportées avant les modifications législatives de 1999. Ces modifications réglementaires étaient d'ailleurs en force depuis le 30 novembre 1997.

50. Voir les para. 6, 8, 9, 10 et 23 de l'annexe H de la directive #010/00, Politique relative à l'évaluation des accusations dans le Rapport du JAG du 28 mai 2001, *supra* note 2. Voir le paragraphe 10 de la Politique relative à l'évaluation des accusations ainsi que le paragraphe

Le procès sommaire s'occupe d'affaires de nature pénale et disciplinaire. En ce sens, il est un tribunal hybride. Il est ni plus ni moins qu'un outil de gestion pour promouvoir les standards et les normes de conduite propres aux Forces armées canadiennes. La décision de porter des accusations devant ce tribunal est prise par les autorités de la chaîne de commandement ou par un enquêteur du Service national d'enquêtes des Forces canadiennes⁵¹. Le procès sommaire est présidé par des officiers occupant des positions précises dans la chaîne de commandement⁵². Ce tribunal est compétent pour juger les infractions énumérées à l'article 108.07 des ORFC, ce qui inclut certaines des infractions prévues au Code criminel et à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*⁵³. Contrairement à la cour martiale, l'accusé n'a pas le droit d'être représenté par un avocat devant ce tribunal. Le commandant peut infliger une peine maximale de détention d'une période de 30 jours ou une peine moindre. La compétence du procès sommaire est limitée à une liste d'infractions qui visent à régler les dossiers mineurs liés au maintien de la discipline de l'unité⁵⁴. On peut demander la révision du procès sommaire à l'officier immédiatement supérieur envers qui l'officier ayant présidé le procès sommaire est responsable pour les questions de discipline⁵⁵.

La cour martiale a aussi une fonction à la fois pénale et disciplinaire. Le tribunal obéit à des règles de procédures au procès qui sont semblables à celles utilisées devant les tribunaux civils de juridiction criminelle. La décision de porter des accusations devant ce tribunal est prise par le Directeur des poursuites militaires⁵⁶. Tout comme les cours de juridiction criminelle, la cour martiale est assujettie à un processus judiciaire. C'est donc à travers ce processus que la cour martiale accomplit sa fonction disciplinaire. Des juges militaires, regroupés dans une unité distincte ne relevant pas de la chaîne de commandement, président les cours martiales. Ce tribunal militaire offre des garanties d'indépendance

23. Voir également les art. 107.03, 107.11, 109.05 et 110.04 des ORFC.

51. Voir les art. 107.02, 107.03, 107.09, 107.11 et 107.12 des ORFC.

52. Il s'agit du commandant, de l'officier délégué nommé par le commandant et du commandant supérieur. Voir les art. 108.06, 108.10 et 108.12 des ORFC.

53. L.C. 1996, c. 19.

54. Voir les art. 108.02, 108.07 et 108.25 des ORFC.

55. Voir l'art. 108.45 des ORFC.

56. Voir les paragraphes 110.04 (1) et 110.06(1) des ORFC.

judiciaire et d'impartialité comparables à celles exigées des tribunaux civils⁵⁷. Enfin, on peut faire appel des décisions de la cour martiale à la Cour d'appel des cours martiales et, subséquemment, à la Cour suprême du Canada⁵⁸.

La compétence des deux types d'audiences militaires dépend de la classification des infractions prévues dans la réglementation applicable, du grade de l'accusé et, sauf exception, du droit de l'accusé de choisir d'être jugé devant la cour martiale. Les infractions énumérées à l'ORFC 108.07 sont de la compétence des deux tribunaux. Les infractions qui n'y sont pas énumérées sont de la compétence exclusive de la cour martiale. Celle-ci peut donc juger tous les justiciables pour toutes les infractions d'ordre militaire. Le procès sommaire ne peut juger que les justiciables du grade de soldat à major inclusivement⁵⁹. Les justiciables du grade de lieutenant-colonel ou d'un grade supérieur doivent obligatoirement être jugés par la cour martiale, peu importe la nature des infractions faisant l'objet des accusations portées contre eux. Sauf pour les infractions spécifiquement énumérées au paragraphe 108.17(1)a) des ORFC, les accusés du grade de soldat à major ont le droit de choisir d'être jugés par la cour martiale lorsque les autorités ont décidé de disposer de l'affaire par procès sommaire⁶⁰.

L'entrée en vigueur de la Charte et l'interprétation que les tribunaux lui ont donnée, ont entraîné des modifications législatives qui ont eu pour effet de

57. *R. c. Valente*, [1985] 2 R.C.S. 673 à la p. 689. La cour stipule : «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... [...]».

58. Art. 230 et 245 LDN.

59. Les militaires d'un grade inférieur à celui de lieutenant-colonel ou le militaire du rang d'un grade supérieur à celui de sergent doivent être jugés par procès sommaire au niveau du commandant supérieur. L'art. 163 de la LDN prévoit que le commandant peut juger sommairement les accusés de grade d'élève officier.

60. Il s'agit des infractions aux articles suivants de la LDN : 85 (Acte d'insubordination), 86 (Querelles et désordres), 90 (Absence sans permission), 97 (Ivresse) et 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.

reconsidérer et de réviser la classification des infractions militaires⁶¹. L'objectif de cette nouvelle classification visait essentiellement à préciser davantage la compétence respective des tribunaux militaires dans le but avoué d'assurer la survie du procès sommaire, considéré indispensable au système, alors qu'aucune mesure n'a été prise pour réviser et réformer les infractions militaires comme telles⁶². Nous suggérons que l'étude de la nature et de la gravité de ces infractions est indispensable à une réforme globale du système de justice militaire. Les infractions militaires sont les piliers du code de discipline et la raison d'être d'un système de justice militaire distinct.

Cette thèse ne fera aucune recommandation à savoir si telle ou telle infraction devrait être de la compétence du procès sommaire ou de la cour martiale mais suggérera une approche pour évaluer la nature et la gravité des infractions militaires pour ensuite faire l'analyse de l'article 129 dans ce nouveau contexte. Pour ce faire, nous devons procéder au reclassement des infractions pour ensuite être en mesure de suggérer une nouvelle approche dans l'utilisation de l'article 129.

61. Avant les modifications réglementaires de 1997, on pouvait juger sommairement de presque toutes les infractions d'ordre militaire à condition que l'accusé ait refusé d'exercer son droit d'être jugé par la cour martiale. Voir l'ancien art. 108.31 des ORFC.

62. *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 46. Le rapport énonce : «Nous considérons comme capitale la question de la validité constitutionnelle de la procédure sommaire actuelle, étant donné que ces procès sont au cœur même du système de justice militaire». Voir également le *Rapport du GTPS*, *supra* note 47 à la p. 16.

**Partie I - LES INFRACTIONS D'ORDRE MILITAIRE : UN CODE
D'INFRACTIONS ORIENTÉ VERS LE SUCCÈS DE LA
MISSION**

**A. Un système de classification des infractions qui n'encadre pas
suffisamment l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des
intervenants**

**1. Les classifications proposées par les études ayant donné lieu aux
réformes législatives actuelles**

On constate que les infractions, en général, visent toute une gamme de comportements des plus anodins aux plus graves. Par exemple, on qualifiera de «vol qualifié» à la fois le fait de frapper une vieille dame pour lui prendre son sac à main et celui de faire un vol à main armée dans une banque avec des complices armés. Dans le cas des infractions de l'article 129, cette diversité se reflète non seulement dans la gravité des actes posés, mais aussi dans leur nature même. Il nous semble donc nécessaire d'examiner à quels comportements l'article 129 s'applique et à quelles fins systémiques il sert.

Pour ce faire, on doit procéder au classement des infractions. Diverses instances ont abordé la question du classement des infractions d'ordre militaire. Avant de proposer un nouveau modèle taxonomique nous allons passer en revue leurs recommandations et conclusions.

Nous ferons d'abord référence aux travaux de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie⁶³. On se rappellera que cette commission avait été établie par le gouvernement en mars 1995⁶⁴ afin d'examiner les circonstances troublantes entourant les événements survenus en Somalie en 1992-1993. Ces incidents avaient escaladé jusqu'à la torture et le

63. *Rapport d'enquête sur la Somalie, supra* note 27.

64. La commission a été établie le 20 mars 1995 et le dépôt de son rapport fixé au 20 décembre 1995. La date du dépôt fut reportée à trois reprises, soit au 28 juin 1996, au 31 mars 1997 et finalement au 30 juin 1997. Il est intéressant de constater que le *Rapport d'enquête sur la Somalie* a été rendu public dans la même année que le *Rapport Dickson, supra* note 14, a été déposé.

meurtre, en mars 1993, d'un jeune somalien alors détenu par les Forces canadiennes. La convocation de cette enquête publique coïncidait avec des allégations d'actions inappropriées survenues à l'hôpital de Bakovici lors d'une mission en Bosnie-Herzégovine et des incidents de harcèlement sexuel.

La commission d'enquête présidée par l'Honorable juge Létourneau, avait été constituée dans le but d'enquêter et de faire rapport sur le système de la chaîne de commandement, le leadership, la discipline, les opérations, le système de justice militaire, les actes et les décisions des Forces canadiennes ainsi que les mesures et décisions prises par le ministère en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie. La commission a présenté son rapport au gouvernement le 30 juin 1997. Ce rapport constitue sans contredit l'une des études les plus élaborées sur les Forces canadiennes. Dès son dépôt, le rapport fut pris à partie par le gouvernement comme étant trop critique, figé dans le temps et ne tenant pas compte des réformes qui avaient déjà été effectuées. Malgré ces critiques, 132 des 160 recommandations du rapport ont été retenues alors que les 28 restantes ont été mises en oeuvre par des moyens alternatifs⁶⁵.

Le rapport s'est penché particulièrement sur la capacité du système de justice militaire à réagir aux incidents reliés au déploiement des Forces canadiennes en Somalie. Le système de justice militaire est le mécanisme ultime de contrôle de l'inconduite dans les forces armées. La commission s'est donc attardée aux grandes composantes de ce système, soit l'enquête, la poursuite et le processus disciplinaire. Après avoir identifié et analysé les problèmes systémiques reliés à la justice militaire, la commission a fait ses recommandations afin de pallier aux difficultés identifiées par l'enquête. Une des recommandations prévoyait notamment la restructuration du régime disciplinaire suivant une nouvelle classification des infractions d'ordre militaire. Les infractions deviendraient alors sujettes à des procédures d'enquête et de poursuite distinctes en fonction de leur nature et de leur gravité. Les manquements mineurs à la discipline devraient se restreindre aux inconduites qui ne peuvent justifier la détention, l'emprisonnement ou le renvoi et seraient

65. Le rapport de la Commission contient 48 recommandations sur la justice militaire, dont 37 ont été acceptées en tout ou en partie.

alors de la compétence du procès sommaire. Les manquements graves à la discipline et les inconduites de nature criminelle seraient quant à eux de la compétence de la cour martiale⁶⁶.

Pour évaluer la nature et la gravité des comportements visés par le Code de discipline militaire, la Commission d'enquête sur la Somalie s'est attardée en premier lieu à définir comment elle comprenait la notion de discipline dans le contexte militaire. Selon elle, la discipline militaire a deux composantes essentielles soit «l'imposition de lois, de normes et de mœurs, et leur application à des fins correctives et parfois punitives» et une seconde, davantage importante dans le contexte militaire, «l'application de moyens de contrôle cherchant à canaliser l'énergie et la motivation de tous dans la poursuite d'un objectif commun»⁶⁷. La discipline permet une application contrôlée de la force dans l'accomplissement de l'objectif militaire en permettant de canaliser l'effort de chacun en fonction des besoins du groupe vers le succès de la mission. La probabilité de succès d'une mission dépend du degré de cohésion qui existe entre les soldats. Cette cohésion se retrouve essentiellement chez les soldats disciplinés⁶⁸. Dans cette optique, le système de justice militaire doit, tout comme le système pénal civil, chercher à promouvoir l'ordre public en général en faisant respecter les normes de la société canadienne énumérées dans le code criminel et aux autres lois fédérales. Le système doit aussi chercher à promouvoir une stricte discipline, l'efficacité et le bon moral des forces en vue de la réalisation de la mission militaire⁶⁹.

Le Rapport d'enquête sur la Somalie ne recommandait pas la création de nouvelles infractions mais préconisait plutôt une nouvelle classification qui

66. Notons que cette recommandation de la commission n'a pas été retenue lors des réformes législatives qui ont suivi. L'art. 108.07 des ORFC limite la compétence du procès sommaire à une liste d'infractions d'ordre militaire spécifiques ainsi qu'à 8 infractions criminelles particulières qui sont considérées comme essentielles pour maintenir la discipline au niveau de l'unité. Le pouvoir de punition maximal du procès sommaire fut réduit de 90 à 30 jours de détention. Ces modifications devraient assurer la distinction entre les infractions d'ordre militaire de nature mineure et sérieuse tout en tenant compte des circonstances dans lesquelles l'inconduite s'est produite. Voir l'ORFC 108.17.

67. *Rapport d'enquête sur la Somalie*, supra note 27.

68. *Ibid.* à la p. 26

69. *Ibid.*, 1447 et voir *R. c. Généreux*, supra note 13 à la p. 293.

tiendrait compte de la distinction entre les inconduites disciplinaires et criminelles. Certaines infractions ne revêtent pas un caractère criminel et ne donneraient lieu à aucune peine dans la vie civile. On n'a qu'à penser aux infractions de désertion, d'insubordination, et faire preuve de lâcheté face à l'ennemi⁷⁰. Le Rapport d'enquête sur la Somalie recommanda la classification des infractions militaires suivant les trois catégories d'inconduites suivantes :

- a) Les manquements mineurs à la discipline, c'est-à-dire les fautes que l'on ne considère pas comme suffisamment importantes pour justifier la détention, le renvoi ou l'emprisonnement. À titre d'exemples, mentionnons le fait de ne pas saluer un autre membre des forces ou de se quereller avec lui. Cette catégorie ne comprendrait pas les infractions militaires anciennement énumérées à l'article 108.31(2) des ORFC⁷¹;
- b) Les manquements graves à la discipline, c'est-à-dire les fautes considérées comme suffisamment importantes pour justifier la détention, l'emprisonnement ou le renvoi. À titre d'exemples, mentionnons le fait de se livrer à des activités d'espionnage pour le compte de l'ennemi ou de prendre part à une mutinerie. Seraient assimilables à cette catégorie les inconduites similaires à celles prévues à l'ancien article 108.31(2) des ORFC mais ne

70. Voir respectivement les articles 88 (désertion), 85 (acte d'insubordination) et 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi) de la LDN.

71. Les infractions de la LDN visées par l'ancien paragraphe 108.31(2) ORFC étaient les articles 73 (manquement au devoir face à l'ennemi-commandant), 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 (infractions en matière de sécurité), 76 (infractions à l'égard des prisonniers de guerre), 77 (infractions relatives aux opérations), 78 (espionnage au service de l'ennemi), 79 (mutinerie avec violence), 80 (mutinerie sans violence), 81 (infractions liées à la mutinerie), 82 (préconiser le renversement du gouvernement par la force), 84 (violence envers un supérieur, mais seulement dans le cas d'une accusation d'avoir frappé un supérieur ou d'avoir employé la violence envers lui), 88 (désertion), 92 (conduite scandaleuse de la part d'officiers), 94 (propos traîtres ou déloyaux), 98 (simulation ou mutilation, mais a) et b), seulement lorsqu'en service actif ou si tenu de se présenter au service actif), 99 (détention inutile), 104 (perte, échouement ou mise en danger de navires), 105 (infractions à l'égard des convois), 107 (actes dommageables relatifs aux aéronefs, mais seulement lorsque l'action ou l'omission est volontaire), 111(1) a) et b) (conduite répréhensible de véhicules), 113 (incendie, mais seulement lorsque l'action ou l'omission cause un incendie ou est volontaire), 114 (vol), 115 (recel), 119 (faux témoignage), 128 (complot), 130 (procès militaire pour des infractions d'ordre civil) et 132 (infractions en vertu de lois en vigueur à l'étranger).

comprendraient pas les infractions relevant du Code criminel ou d'autres lois fédérales;

c) Les conduites de nature criminelle, c'est-à-dire les conduites qui constituent une infraction en vertu du Code criminel ou d'autres lois fédérales⁷².

Outre celles qui sont spécifiquement exclues de la liste des manquements mineurs à la discipline «les infractions énumérées à l'ancien article 108.31(2) des ORFC», la distinction entre un manquement grave et un manquement mineur à la discipline serait fonction de la sanction justifiée en cas de condamnation. Le commandant décidera alors si la faute constitue un manquement mineur ou grave à la discipline selon les circonstances entourant la faute en question. Les manquements mineurs seraient de la compétence du procès sommaire. Ce tribunal s'apparenterait aux tribunaux disciplinaires dont disposent les corporations professionnelles. Le commandant ne pourrait pas condamner les contrevenants à des peines de détention, d'emprisonnement ou de renvoi. La décision du commandant de donner suite ou de rejeter les accusations n'empêcherait pas une poursuite pénale subséquente pour la même infraction. Le régime de preuve serait celui de la prépondérance des probabilités et l'accusé n'aurait pas droit au recours à un avocat. Suivant cette nouvelle approche, le commandant ne pourrait exercer ses pouvoirs d'enquête, de poursuite et de sanction que dans les cas de manquements mineurs à la discipline⁷³.

Les manquements graves et les conduites de nature criminelle seraient de la compétence de la cour martiale. Ces conduites feraient l'objet de procédures d'enquête, de mise en accusation et de poursuite indépendantes tout comme dans les cas de poursuites pénales civiles. La norme de preuve serait celle du droit criminel, soit la preuve hors de tout doute raisonnable et l'accusé aurait droit aux services d'un avocat. L'accusé pourrait choisir d'être jugé par un tribunal civil s'il était passible d'une peine d'emprisonnement de 5 ans ou plus pour ainsi avoir droit à un procès avec jury⁷⁴.

72. *Rapport d'enquête sur la Somalie, supra note 27, vol. 5 à la p. 1450.*

73. *Ibid.* à la p. 1450.

74. *Rapport d'enquête sur la Somalie, supra note 27 à la p. 1449.*

Toujours dans la lignée des événements ayant mené au Rapport d'enquête sur la Somalie, le ministre de la défense nationale ordonnait, le 17 janvier 1997, l'établissement du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire pour évaluer le code de discipline militaire⁷⁵. Ce groupe consultatif externe présidé par l'ancien juge en chef de la cour suprême du Canada, le regretté Brian Dickson, avait comme mandat d'entreprendre une analyse du système de justice militaire et de proposer des réformes⁷⁶. Le groupe consultatif déposa son rapport au ministre le 14 mars 1997, trois mois après le début de ses travaux. Ce rapport devait être un élément fondamental d'un examen approfondi des Forces armées canadiennes dont l'objectif principal était de rétablir la confiance du public canadien⁷⁷. Les 35 recommandations du Rapport Dickson furent appuyées sans réserve par le ministre de la défense nationale et retenues dans les réformes législatives de 1997 et 1999⁷⁸.

Le Rapport Dickson reconnaissait que le maintien de la discipline est essentiel au fonctionnement des forces armées; la nature particulière de plusieurs infractions militaires témoignant d'ailleurs de cette exigence⁷⁹.

Voici la classification suggérée par le rapport Dickson :

75. *Rapport Dickson, supra note 14.*

76. *Ibid.*, annexe A à la p. 1. L'orientation du ministre de la défense stipule : «Le Groupe consultatif spécial a pour mandat, en ce qui concerne la justice militaire, d'évaluer le code de discipline militaire, non seulement en tenant compte de son objectif sous-jacent, mais aussi en tenant compte de la nécessité de posséder des tribunaux militaires mobiles capables, grâce à des méthodes à la fois rapides et équitables, de fonctionner en temps de paix comme en temps de guerre, au Canada et à l'étranger».

77. Dans cette réforme, on retrouve le *Rapport au Premier ministre sur le leadership et l'administration dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 25 mars 1997, le *Rapport du groupe consultatif spécial sur le rôle quasi-judiciaire du ministre de la défense nationale*, Ottawa, 25 juillet 1997, le *Rapport de la commission spéciale sur la restructuration des réserves*, Ottawa, 30 octobre 1995 et le document intitulé : Une volonté de changement, *Rapport sur les recommandations de la Commission d'enquête sur la Somalie*, Ottawa, octobre 1997.

78. Voir le *Rapport au Premier ministre sur le leadership et l'administration dans les Forces canadiennes*, Ottawa, 25 mars 1997.

79. Par exemple : art. 85 (acte d'insubordination), art. 90 (absence sans permission.) et art. 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline) de la LDN.

- a) Les infractions de nature militaire «les articles 73 à 129 de la LDN». Les infractions de nature proprement militaire de différents niveaux de gravité⁸⁰, «absence sans permission, insubordination, désobéissance à un ordre légitime» et les infractions de nature essentiellement criminelle au sens courant, «vol (art. 114 LDN), recel (art. 115 LDN), complot (art. 128 LDN), etc.»;
- b) Les infractions criminelles incorporées dans le code de discipline militaire en vertu de l'article 130 de la LDN, à savoir les infractions mentionnées dans le Code criminel et les autres lois fédérales. Seraient exclues de la compétence du système de justice militaire les infractions suivantes, lorsque commises au Canada : le meurtre, l'homicide involontaire coupable, les infractions visées aux articles 280 à 283 du Code criminel. Ces dernières infractions seraient soustraites à la compétence des tribunaux militaires car leurs répercussions dans la société surpasseraient l'intérêt des Forces canadiennes pour ce qui est du maintien de la discipline;
- c) Les infractions en vertu d'une loi du pays où le militaire est en poste, «article 132 LDN»⁸¹.

Pour ce qui est de la peine au niveau du procès sommaire, le Rapport Dickson préconisait le maintien de la punition de détention mais recommandait que la période maximale de détention soit réduite d'une période de 90 jours à 30 jours⁸². La peine de détention pouvait se justifier comme instrument

80. Par exemple : Les infractions relatives à l'insubordination : violence envers un supérieur (art. 84 LDN) qui prévoit la peine maximale de l'emprisonnement à perpétuité; l'acte d'insubordination (art. 85 LDN) prévoit la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté et les querelles et désordres (art. 86 LDN) prévoit l'emprisonnement de moins de 2 ans; l'infraction relative à la conduite répréhensible de véhicules militaires (art. 111 LDN) prévoit l'emprisonnement de 5 ans; l'usage non-autorisé de véhicules militaires (art. 112 LDN) prévoit un emprisonnement de moins de 2 ans; les infractions contre les biens : l'incendie (art. 113 LDN) prévoit l'emprisonnement à perpétuité, le vol (art. 114 LDN) prévoit l'emprisonnement de 7 ans, le recel (art. 115 LDN) prévoit l'emprisonnement de 7 ans, dommage, perte ou aliénation irrégulière (art. 116 LDN) prévoit l'emprisonnement de moins de 2 ans et infractions diverses de nature frauduleuse (art. 117 LDN) prévoient l'emprisonnement de moins de 2 ans.

81. *Rapport Dickson*, supra note 14 à la p. 17.

82. *Rapport du GTPS*, supra note 47 aux pp. 99-107. Le GTPS avait proposé une forme de détention «correctionnelle» dont l'objectif principal en était un de réforme plutôt que de punition. Cette recommandation n'a toutefois pas été retenue.

disciplinaire ou à tout le moins pourrait être justifiable sous l'article premier de la Charte⁸³.

Le rapport reconnaissait que plusieurs efforts avaient été déployés par le Groupe de travail sur les procès sommaires⁸⁴ en vue de catégoriser les infractions et les peines qu'elles pouvaient entraîner, mettant en lumière les difficultés du système de justice militaire canadien qui doit à la fois répondre aux besoins disciplinaires des Forces canadiennes tout en demeurant compatible avec les principes de la primauté du droit. Ce système doit être utilisé à la fois comme outil de leadership pour promouvoir la discipline et l'efficacité militaire et comme outil de justice⁸⁵.

Le Rapport Dickson était d'opinion que les circonstances entourant la commission d'une infraction et sa sanction éventuelle devaient être aussi des facteurs à considérer dans le classement des infractions mineures et des infractions graves. Ces facteurs auraient également une influence quant au type de tribunal militaire choisi et conséquemment quant aux protections procédurales offertes à l'accusé⁸⁶.

Le Rapport Dickson reconnaissait cependant les avantages d'établir une distinction entre les infractions mineures et les infractions graves. Une telle distinction faciliterait le choix du type d'enquête approprié, assurerait l'indépendance de la poursuite et assisterait le commandant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de disposer de l'affaire par procès sommaire ou par cour martiale. Le Rapport Dickson conclut cependant qu'il est impossible d'établir une distinction claire et précise entre les infractions mineures et les infractions graves et adopta donc l'approche que recommandait le Rapport du GTPS⁸⁷.

83. *Rapport Dickson, supra* note 14 à la p. 51.

84. *Rapport du GTPS, supra* note 47.

85. *Rapport Dickson, supra* note 14 aux pp. 17-18.

86. *Ibid.* à la p. 48

87. *Rapport du GTPS, supra* note 47. C'est d'ailleurs cette approche qui fut retenue lors des modifications législatives de 1997 et 1999. L'art. 108.17 des ORFC précise cinq infractions d'ordre militaire pour lesquelles il n'est pas nécessaire, si elles sont poursuivies au niveau du procès sommaire, de fournir à l'accusé le droit d'être jugé devant une cour martiale. Il s'agit des infractions prévues aux articles suivants : art. 85 (acte d'insubordination), art. 86

2. La classification adopté lors de la réforme du système de justice militaire

Le GTPS est un groupe de travail interne qui avait été formé suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Généreux* en 1992. On se rappellera que cette décision de la plus haute cour canadienne déclarait que la Cour martiale générale, telle que constituée à l'époque, portait atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et que cette violation était incompatible avec la Charte. Il devint alors évident que le procès sommaire, tel qu'alors constitué, ne satisfaisait probablement pas lui non plus aux exigences constitutionnelles. Toutes les contestations judiciaires entreprises jusqu'alors par voie de procédures de révision contre le procès sommaire à la Cour fédérale s'étaient toujours soldées par des règlements hors cour⁸⁸. Des changements devaient donc être initiés afin d'éviter que les tribunaux civils n'imposent un système qui pouvait ne pas répondre aux besoins disciplinaires des Forces canadiennes⁸⁹.

(querelles et désordres), art. 90 (absence sans permission), art. 97 (ivresse) et art. 129 (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) de la LDN. Ces cinq infractions pourraient, en quelque sorte, relever exclusivement des procès sommaires. Le règlement précise cependant que les cinq infractions énumérées seront de la compétence exclusive du procès sommaire que dans les cas suffisamment mineurs où l'officier qui préside au procès sommaire conclut à l'avance qu'une peine de détention, de rétrogradation ou une amende dépassant 25% de la solde mensuelle de base, ne serait pas justifiée si l'accusé était reconnu coupable de l'infraction. Une modification proposée aux ORFC prévoit ajouter à l'exception déjà prévue à l'art. 129 (mentionnée ci-dessus), toutes contraventions aux ordres ou instructions émis en vertu de l'article 4.12 des ORFC (ordres de commandement) ou de l'article 4.21 des ORFC (ordre permanent émis au niveau de l'unité). Cette modification projetée de l'ORFC 108.17 n'est cependant pas encore en vigueur.

88. *Glowczewski c. Canada* (1989), 27 F.T.R. 112 (1^{re} inst.); *Veilleux c. Canada* (1991), A.C.F. n° 821 T-2174-91 et *Fontaine c. Canada* (1990), 44 F.T.R. 266. Dans ces trois dossiers, les membres avaient été condamnés à la détention à la suite de procès sommaires. Lors des requêtes préliminaires ayant précédé l'audition au fond des dossiers, la Cour fédérale ordonnait la libération des membres condamnés à la détention en déclarant que les dispositions de la LDN et des ORFC contrevenaient aux articles 7, 9, 11(e), 15(1) et 24(1) de la Charte. Aucun dossier n'a cependant fait l'objet d'une décision finale de la Cour. Les trois dossiers ont plutôt fait l'objet de règlements hors cour suite à une modification à la baisse de la sentence initialement imposée.

89. *Rapport du GPTS, supra* note 47 aux pp. 5-6.

Le GTPS avait comme mandat d'identifier les violations constitutionnelles possibles de la procédure sommaire et de faire des recommandations pour la moderniser. Ces modifications devaient être suffisantes pour garantir la survie du procès sommaire s'il devait faire l'objet d'un débat constitutionnel. Le GTPS prenait pour acquis que le système de procès sommaire était indispensable à la capacité opérationnelle des Forces canadiennes⁹⁰.

Comme nous l'avons mentionné, le Rapport Dickson a adopté de façon générale les résultats et conclusions de l'analyse du GTPS⁹¹. Il nous apparaît donc essentiel de revoir leurs travaux sur l'analyse et la classification des infractions militaires. Tout comme la Commission d'enquête sur la Somalie et le Rapport Dickson, le GTPS insistait sur le fait selon lequel le maintien de la discipline dans les forces armées est unique et particulier à cette institution⁹². L'existence de forces armées disciplinées est une condition indispensable à la défense du Canada⁹³. Les manquements à la discipline devraient donc être sanctionnés par des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes particulières de la discipline militaire. Ces tribunaux seraient les seuls qui permettraient aux forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes⁹⁴. Selon le groupe de travail, le système des procès sommaires serait beaucoup plus apte à répondre à ces besoins particuliers des Forces canadiennes que celui des cours martiales⁹⁵.

Dans son étude quant à l'importance de la discipline dans le contexte opérationnel des forces armées, le GTPS mentionne :

Often the difficulty in accepting that the objective of maintaining a disciplined armed force is so important that administrative expediency should be viewed as a justifiable limit under s.1 at all times, arises

90. *Ibid.* à la p. 33.

91. *Rapport Dickson, supra* note 14 à la p. 48.

92. *Rapport du GTPS, supra* note 47 à la p. 64.

93. *Rutherford c. R.* (1983), 4 C.M.A.C. 262.

94. *R. c. Généreux, supra* note 13 à la p. 283.

95. *Rapport du GTPS, supra* note 47 à la p. 61.

primarily when the deployment of the armed forces in their assigned roles is linked solely to the concept of «war». In reality there is no longer any readily identifiable distinction between peace and war. Canada's armed forces are not maintained solely to repel, or deter, an aggressor in a large scale international conflict. The threat of international terrorism, internal security problems, and the requirement for United Nations and national sovereignty operations all involve threats to Canada as a free and democratic society. All of these threats exist in times of «peace». Military forces are maintained to counter those threats for the very same reasons that they are deployed in times of large scale armed conflicts. Those forces provide a unique mix of discipline, training and equipment that enable them to be used as a force of «last resort» in protecting the country. Of these factors it is discipline which is of primary importance in setting the armed forces apart from civilian society, and the police and other agencies that protect that society under «normal» situations⁹⁶.

La classification suggérée par le GTPS se fondait principalement sur une analyse des infractions en fonction des critères élaborés par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Wigglesworth* et *Généreux*⁹⁷. Avant de s'attarder à leurs recommandations, revoyons d'abord les grandes lignes de ces décisions.

Dans l'affaire *Wigglesworth*, la Cour suprême avait à décider si la déclaration de culpabilité d'un membre de la GRC relativement à une infraction majeure au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*⁹⁸ empêchait des procédures criminelles ultérieures au terme du Code criminel. Pour trancher la question, la cour se devait de décider si l'infraction majeure au sens de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* pouvait être considérée comme une infraction au sens de l'article 11 de la Charte. Le tribunal devait ensuite déterminer si l'alinéa 11h) de la Charte devait s'appliquer aux faits particuliers de la cause⁹⁹.

96. *Rapport du GTPS, supra* note 47 aux pp. 72-73.

97. *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Généreux, supra* note 13.

98. *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9.

99. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 11h).

La Cour, à la majorité, fut d'opinion que les droits garantis par l'article 11 de la Charte protègent les citoyens lorsqu'ils sont poursuivis pour une infraction de nature publique. Par infraction de nature publique, on entend la contravention à des règles qui «vise[nt] à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique...»¹⁰⁰. Un manquement qui n'est pas de nature publique relèvera également de l'article 11 de la Charte si une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale¹⁰¹. En raison du fait que le membre de la GRC était susceptible de se voir imposer une peine d'une année d'emprisonnement par le tribunal de service de la GRC, la cour conclut que l'article 11 de la Charte s'appliquait. Une condamnation devant le tribunal disciplinaire pouvait donc entraîner de véritables conséquences pénales. La juge Wilson, au nom de la majorité, conclut cependant que l'alinéa 11h) n'avait pas été violé en ce sens que l'accusé n'avait pas été jugé ni puni à deux occasions pour son inconnue qui, selon la cour, avait donné naissance à deux infractions différentes¹⁰².

100. Voir à la remarque de la cour dans l'affaire *R. c. Wigglesworth*, *supra* note 97 à la p. 560.

101. *Ibid.* à la p. 560.

102. *Ibid.* à la p. 568. Le juge Estey (dissident) est plutôt d'opinion qu'il s'agit de la même conduite, que la possibilité qu'une année d'emprisonnement soit imposée par le tribunal de la GRC indique qu'il y a une véritable conséquence pénale et que conséquemment l'alinéa 11h) de la Charte devrait recevoir application.

Dans l'affaire Généreux, les remarques suivantes du juge Lamer nous semblent également pertinentes pour comprendre l'analyse proposée par le GTPS pour défendre sa classification des infractions d'ordre militaire :

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 armées 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 publics. *Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du Code de discipline militaire, [...], se rapportent à des affaires de nature publique. [...]* Les tribunaux militaires jouent donc le même rôle que les cours criminelles ordinaires, soit punir les infractions qui sont commises par des militaires [...]. En effet, 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*). Pour ces raisons, je conclus que l'appelant, qui est accusé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*. De toute façon, l'appelant risquait l'emprisonnement en l'espèce. *Même si l'affaire n'était pas de nature publique, l'art. 11 de la Charte s'appliquerait néanmoins à cause de la possibilité de l'imposition de véritables conséquences pénales*¹⁰³. (nos italiques)

Avant de proposer son modèle de classification des infractions d'ordre militaire, le GTPS nota toutefois qu'il considérait regrettables les remarques du juge Lamer à l'effet qu'il existait deux catégories d'infractions militaires : les infractions disciplinaires internes et les infractions militaires similaires aux infractions criminelles qui devenaient ainsi de nature publique¹⁰⁴.

103. *R. c. Généreux, supra* note 13 aux pp. 281-282.

104. *Rapport du GTPS, supra* note 47 à la p. 83. On y stipule : «It is perhaps unfortunate that the Supreme court of Canada in Genereux has taken the position that some service offences could be internal disciplinary offences, while others, due to their similarity to civilian criminal offences are public order offences.» À la page. 79 on stipule : «The public nature

Voici la classification suggérée par le GTPS :

- a) Les infractions militaires de nature publique entraînant des sanctions punitives, c'est-à-dire des infractions criminelles, quasi-criminelles et de nature réglementaire, qui par leur nature même et sans égard à leur gravité objective, sont de nature publique. Ces infractions visent à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique. Par exemple, les infractions criminelles incorporées dans le Code de discipline militaire en vertu de l'article 130 de la LDN. On retrouve également dans cette catégorie les infractions au Code de discipline militaire qui sont identiques ou semblables aux infractions criminelles. Par exemple, le vol (art. 114 LDN), le recel (art. 115 LDN) la conduite d'un véhicule des Forces canadiennes avec les facultés affaiblies par l'alcool (art. 111 b) LDN), l'incendie (art. 113 LDN).
- b) Les infractions militaires disciplinaires ou les infractions de nature purement militaire. Elles sont relatives aux affaires privées, internes ou disciplinaires. De nature réglementaire, protectrice ou corrective, elles sont principalement destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée¹⁰⁵.

Le GTPS soulignait l'aspect artificiel de la classification des infractions d'ordre militaire qui sont identiques ou semblables à des infractions criminelles dans la catégorie des infractions de nature publique qu'il s'est senti imposé par la décision dans l'affaire Généreux, car pour le groupe de travail, il s'agit d'infractions d'ordre militaire. Malgré que le GTPS fasse cette distinction, il considérait que le commandant ne pouvait ignorer certaines de ces infractions sans compromettre l'autorité de la chaîne de commandement¹⁰⁶ et qu'il devait continuer à pouvoir les juger au niveau du procès sommaire¹⁰⁷.

of the proceeding is largely determined by the type of offence falling within the jurisdiction of the tribunal.» Et à la page 84 : «The difficulty in identifying service offences as criminal offences or internal disciplinary infractions highlights the unique nature of military law.»

105. *Rapport du GTPS, supra* note 47 aux pp. 78-96.

106. *Ibid.* à la p. 84.

107. *Ibid.* à la p. 96. Le rapport stipule : «Having determined that summary jurisdiction should be retained over offences which, by their nature, are public order offences the determination of whether trying officers should be able to award penal consequences is a moot point

Le rapport du GTPS démontre bien les difficultés qu'il a rencontrées; ainsi, il n'a pas pu réellement séparer les infractions des facteurs procéduraux, comme la compétence du procès sommaire, le rôle disciplinaire essentiel que joue celui-ci dans les Forces canadiennes et la nécessité de renforcer l'autorité des officiers responsables du maintien de la discipline.

Le GTPS, considérant que les pouvoirs du commandant au procès sommaire devaient être de nature correctionnelle afin d'inculquer au membre l'obéissance instinctive aux ordres légitimes, recommanda que l'on supprime au niveau du procès sommaire la peine de détention et proposa plutôt la création

regarding whether s. 11 of the Charter applied to those proceeding.» Le GTPS recommandait que le procès sommaire conserve la compétence à l'égard des infractions suivantes : Les infractions prévues aux articles: 86 (querelles et désordres), 87 (désordres), 89 (connivence dans le cas de désertion), 90 (absence sans permission), 91 (fausse déclaration concernant un congé), 95 (mauvais traitement à l'égard de subalternes), 96 (fausses accusations ou déclarations), 97 (ivresse), 99 (détention inutile, sans jugement ou non-signalée), 100 (libération non autorisée ou aide à l'évasion), 101 (évasion), 102 (résistance à la police militaire dans l'exercice de ses fonctions), 103 (refus de livraison ou d'assistance au pouvoir civil), 107 (actes dommageables relatifs aux aéronefs), 108 (signature d'un certificat inexact), 109 (vol à trop basse altitude), 112 (usage non-autorisé de véhicule des FC), 113 (incendie), 116 (dommage, perte ou aliénation irrégulière), 117 (infractions diverses de nature frauduleuse), 118(2) (outrage au tribunal), 120 (mauvaise conduite dans les cantonnements), 126 (refus d'immunisation ou d'examens médicaux) et 127 (négligence dans la manutention de matières dangereuses) de la LDN. Cette liste d'infractions a été retenue dans la nouvelle législation de 1999. Les infractions prévues aux articles : 83 (désobéissance à un ordre légitime), 84 (violence envers supérieur), 98 (simulation ou mutilation), 106 (désobéissance aux ordres du commandant), 110 (désobéissance aux ordres du commandant) qui prévoient des peines d'emprisonnement à perpétuité, 85 (acte d'insubordination), 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline) qui prévoient la destitution ignominieuse du service de sa Majesté, 93 (cruauté ou conduite déshonorante) et 111 (conduite répréhensible des véhicules) qui prévoient l'emprisonnement de cinq ans, 114 (vol) et 115 (recel) qui prévoient l'emprisonnement de 7 ans et 125 (infractions relatives aux documents) l'emprisonnement de 3 ans, de la LDN. La compétence du procès sommaire relative aux infractions prévues aux articles 124 et 125 de la LDN n'a pas été retenue dans la nouvelle réglementation. Le GTPS recommandait que les infractions prévues aux articles 74 para a), c), f) et h) (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 paragraphes c), d), e), f), h) et i) (relatif à la sécurité) et 77 (diverses infractions relatives aux opérations) puissent être de la compétence du procès sommaire. Cette dernière recommandation n'a pas été retenue. Les infractions prévues aux articles 73 à 82 inclusivement sont de la compétence exclusive de la cour martiale.

d'une forme de détention correctionnelle visant principalement à favoriser la réforme du contrevenant plutôt que de pénaliser le membre¹⁰⁸.

Le GTPS recommanda également que le procès sommaire conserve une compétence à l'égard d'une liste d'infractions criminelles incorporées au code de discipline militaire par le biais de l'article 130 LDN¹⁰⁹ : par exemple, les infractions criminelles relatives à la violence, à l'usage abusif de l'alcool, à l'usage prohibé des armes ainsi qu'à certaines infractions relatives à la paix publique qui seraient toutes reliées au maintien de la discipline au niveau de l'unité¹¹⁰.

108. Notons que le *Rapport Dickson* a rejeté cette recommandation du GTPS et a opté plutôt de conserver la peine de détention qui serait toujours, selon ce rapport, justifiée au sens de l'article premier de la Charte. Le *Rapport Dickson* recommandait cependant que la période de la peine maximale de détention soit réduite de 90 à 30 jours. La position du *Rapport Dickson* fut d'ailleurs retenue dans les modifications législatives de 1999.

109. Jusqu'alors, presque toutes les infractions criminelles étaient de la compétence du procès sommaire. Voir l'ancien article 108.31 des ORFC, *supra* note 71.

110. Les infractions prévues aux articles 82, 86 à 91, 104, 129, 253 et 254, 266 et 267, 270, 334 et 335, 420, 430, 437 du Code criminel et l'art. 3 de la *Loi sur les stupéfiants* et les art. 39(2) et 48(2) de la *Loi sur les aliments et drogues*. Toutefois, les réformes législatives de 1999 ont retenu seulement les infractions criminelles suivantes : 129, 266, 267, 270, 334 (vol lorsque la valeur ne dépasse pas \$5000), 335, 430, 437 du Code criminel et 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Voir le paragraphe 108.07(3) des ORFC, *supra* note 54.

B. Une taxonomie des infractions fondée sur l'objectif ultime des forces armées

1. Un modèle de classification fondé sur les obligations inhérentes aux fonctions des Forces armées canadiennes

Malgré les mises en garde du monde militaire quant au risque d'assimiler le système disciplinaire des institutions carcérales à celui du domaine militaire, il nous a toutefois semblé important et pertinent d'étudier ce qui se fait dans le monde des prisons afin d'identifier les critères qui pourraient nous assister dans notre effort d'établir une nouvelle classification des infractions militaires. Nous constatons que plusieurs des infractions disciplinaires utilisées dans les systèmes des prisons sont similaires à celles que nous retrouvons dans le code de discipline militaire¹¹¹. L'étude des systèmes disciplinaires utilisés dans les prisons est particulièrement enrichissante afin de mettre en perspective la dynamique des systèmes disciplinaires en général. Nous comprenons la réticence de plusieurs à faire des comparaisons ou des parallèles entre les systèmes disciplinaires des prisons et celui du monde militaire. Il est difficile d'accepter que des citoyens qui se portent volontaires pour défendre leur pays puissent être soumis à un système disciplinaire comparable en plusieurs points à ceux utilisés dans les prisons. Bien entendu, les détenus, contrairement aux membres des forces armées, ne sont assujettis à l'accomplissement d'aucun devoir public; ils ne sont tenus qu'à l'obligation de purger leur terme de détention, à accomplir le travail qui leur est assigné et à l'obligation d'obéir aux ordres légitimes des autorités. De plus, dans le milieu des prisons, on ne retrouve pas la structure hiérarchique fondamentale aux forces armées¹¹² et aucune infraction de type opérationnel telle que celles que l'on retrouve dans le code de discipline militaire canadien n'existe dans les codes disciplinaires des prisons¹¹³.

111. Voir la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20, art. 40.

112. Il existe 17 grades dans les Forces armées canadiennes.

113. Voir les art. 73 à 78 de la LDN.

Le *Report of the Committee on the Prison Disciplinary System*¹¹⁴ de 1985, sur la réforme du système disciplinaire des prisons au Royaume-Uni, présentait une réflexion approfondie sur les sujets qui intéressent les systèmes disciplinaires en général. C'est sur ce rapport principalement qu'a été fondée la réforme du système disciplinaire des milieux carcéraux anglais. C'est un des rares ouvrages qui discutent des distinctions entre les systèmes disciplinaires et ceux de droit pénal¹¹⁵.

Le Rapport Prior reconnaissait la difficulté de différencier entre certaines infractions d'ordres disciplinaire et pénal; toutes deux visant à réglementer la conduite des individus auxquels elles s'appliquent. Il n'est donc pas surprenant qu'il existe des chevauchements¹¹⁶. Le rapport n'est cependant pas en mesure d'identifier les critères qui pourraient nous aider à les distinguer¹¹⁷. Le rapport reconnaissait cependant que les deux systèmes ont des objectifs distincts¹¹⁸.

Les distinctions à établir entre ces deux systèmes nécessitent des décisions sur des questions de fond qui impliquent des considérations complexes. On s'interrogea sur la possibilité d'éliminer les tribunaux disciplinaires et de disposer de tous les dossiers devant des cours de juridiction criminelle. On remet en question la validité d'un système disciplinaire qui

114. Secretary of State for the Home Department, *Report of the Committee on the Prison Disciplinary System*, London, octobre 1985, vol. 1 et 2 (ci-après Le Rapport Prior).

115. M. Groves, «The purpose and scope of prison discipline» (2002) 26 Crim. L.J. 10. L'auteur mentionne : «This article commences with an analysis of the nature and purpose of disciplinary systems, which explains the common principles that govern disciplinary schemes irrespective of the particular group or activity to which they apply» et à la page 13 : «The distinction between prison disciplinary codes and the criminal law is rarely the subject of detailed discussion, but an examination of the relationship between the two systems can assist a proper understanding of the nature and purpose of prison disciplinary systems». Ces réformes auraient été influencées par les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Engel 1* EHRR à la p. 647, *Campbell and Fell 7* EHRR à la p. 165 où on a discuté, tout comme dans l'affaire *Wigglesworth*, des affaires de nature disciplinaire ou criminelle. Voir à ce sujet le *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 2 à la p. 134. Le *Rapport Prior*, notamment, fait spécifiquement l'étude et l'analyse d'une infraction disciplinaire semblable à l'infraction militaire que l'on retrouve à l'article 129 de la LDN.

116. M. Grove, *supra* note 115 à la p. 14.

117. *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 1 à la p. 18

118. *Ibid.*, vol. 2 à la p. 48.

permet qu'un contrevenant puisse être en danger de se voir imposer une peine sévère pour une accusation concernant une inconduite interne mineure. Le rapport argumenta qu'il est inapproprié qu'une infraction de nature disciplinaire puisse être introduite dans un système de nature judiciaire. Une telle façon de faire aurait le potentiel de compromettre l'application des critères qui doivent normalement régir l'exercice du pouvoir discrétionnaire des autorités civiles responsables des poursuites criminelles. On pourrait alors mettre en doute l'indépendance des autorités de la poursuite.

Les critères applicables aux mesures disciplinaires sont différents de ceux qui s'appliquent aux poursuites criminelles. Le fait qu'une poursuite criminelle ne soit pas justifiée dans un cas donné ne signifie pas que des mesures disciplinaires soient inappropriées dans les circonstances¹¹⁹. En raison de ces considérations, le rapport ne recommanda pas l'abolition des tribunaux disciplinaires dans les prisons, pas plus d'ailleurs que la création d'un tribunal hybride de type «criminel et disciplinaire», mais recommanda cependant avec insistance qu'on interdise de poursuivre à nouveau un détenu déjà acquitté ou déclaré coupable devant un tribunal disciplinaire ou criminel¹²⁰.

Le Rapport Prior discute de la nature et de la gravité de certaines infractions disciplinaires. Il recommanda que les infractions extrêmement graves, comme la mutinerie, l'incitation à la mutinerie ou la «gross personal violence to an officer» ne soient plus de la compétence du système disciplinaire interne. Il s'agirait d'infractions graves qui intéressent la paix publique et le bon ordre en général. Ces inconduites graves devraient faire l'objet d'infractions criminelles distinctes et devraient être de la compétence exclusive des tribunaux de compétence criminelle¹²¹.

119. *Ibid.*, vol. 2 aux pp. 145-146.

120. *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 2 aux pp. 54-55 et 151.

121. *Ibid.*, vol. 1 aux pp. 32-33. Selon le rapport, la mutinerie dans le milieu carcéral serait clairement une infraction qui devrait être soustraite de la compétence du système disciplinaire. La formation d'une coalition dans le but de renverser les autorités carcérales légitimes constituerait une des menaces les plus significatives à l'ordre public. Toujours selon le rapport, les voies de fait sur les officiers de prison devraient être soustraites de la compétence du système disciplinaire. Cette infraction constitue un exemple clair où il y va de l'intérêt public que le dossier soit disposé devant un tribunal civil de juridiction criminelle et cela malgré le fait que la sentence qui pourrait être infligée dans l'éventualité

Le Rapport Prior proposa donc deux catégories d'infractions disciplinaires en fonction de leur nature, soit :

- a) Les infractions qui existent également dans la société et qui sont indispensables à son bon fonctionnement. Ces infractions disciplinaires sont dans bien des cas des répliques d'infractions criminelles (vol, voies de fait, etc.)
- b) Les infractions qui sont spécifiquement reliées à la dynamique du milieu carcéral, c'est-à-dire reliées à l'incarcération, à l'hébergement dans des endroits restreints, au fait que le détenu ne puisse quitter le lieu d'incarcération, aux comportements anti-sociaux, etc. Ces infractions font référence à des inconduites qui ne constituent pas une infraction en vertu du droit criminel. Elles représentent la majorité des dossiers disciplinaires et sont nécessaires à la gestion efficace d'une institution pénitentiaire¹²².

Malgré les problèmes reliés aux chevauchements des affaires disciplinaires et criminelles, le Rapport Prior préconisa une approche pragmatique, c'est-à-dire qu'afin de contenir le système disciplinaire à l'intérieur de limites appropriées, on se devait de restreindre ses pouvoirs punitifs¹²³. Pour ce qui est des affaires qui impliquent des inconduites qui constituent à la fois des infractions disciplinaires et criminelles, il appartiendrait alors aux autorités carcérales et civiles de décider du forum devant lequel le prisonnier devrait être poursuivi¹²⁴. Finalement, le Rapport Prior précisa que ses

d'une condamnation ne soit pas plus importante que celle que le contrevenant pourrait recevoir si le dossier était adressé dans le cadre du système disciplinaire des prisons. Le public devrait être informé et conscient des dangers que courent ses officiers de prison dans l'accomplissement de leur devoir journalier. Leurs tâches consistent à interagir avec des criminels qui sont parfois dangereux. Les officiers de prison ne peuvent tout simplement pas fermer les yeux sur les événements qui mettent les autorités ou la sécurité de la prison en danger. Le Parlement devrait donc faire état de son support en incorporant cette infraction au code criminel. L'intérêt public transcenderait alors les besoins disciplinaires des milieux carcéraux.

122. *Rapport Prior*, supra note 114, vol. 2 aux pp. 48-49.

123. *Ibid.*, vol. 1 à la p. 48.

124. *Ibid.*, vol. 1 à la p. 20.

recommandations font partie d'une révision globale du système disciplinaire des prisons et qu'elles doivent être ainsi considérées¹²⁵.

Le Rapport d'enquête sur la Somalie, le Rapport Dickson et le Rapport du GTPS insistaient tous sur l'importance de la discipline pour les forces armées et chacun nota certains critères propres à leur conception de la discipline. Le Rapport d'enquête sur la Somalie suggéra que la discipline aurait deux composantes essentielles, soit l'imposition de lois, de normes et de mœurs à des fins correctives ou comme moyen de contrôle et l'application de moyens de contrôle visant à canaliser l'énergie de tous dans la poursuite d'un objectif commun; le Rapport Dickson insista sur le fait que le maintien de la discipline ne doit pas déroger au principe de la primauté du droit et qu'il sert d'outil de leadership. Enfin, selon le Rapport du GTPS, le concept de discipline militaire est unique et particulier et cherche à former «l'habitude d'obéissance», c'est-à-dire inculquer à ses membres l'obéissance instinctive aux ordres légitimes et ainsi renforcer les pouvoirs des autorités militaires chargées de les faire respecter¹²⁶.

Nous remarquons que la façon de considérer la discipline a influencé les classifications des infractions que les études ont suggérées. Bien qu'il y ait certaines différences, toutes trois favorisent une approche procédurale qui est fonction de la compétence respective du procès sommaire et de la cour martiale. C'est-à-dire que la gravité d'une infraction militaire serait de façon générale dépendante du tribunal qui a compétence de la juger; elle serait considérée mineure si entendue au procès sommaire et grave si à la cour martiale¹²⁷. Notons toutefois que le concept de discipline n'est défini à nulle part dans la législation.

La Charte canadienne des droits et libertés n'est pas venue modifier ni abolir la réalité militaire. Les Forces armées canadiennes existent pour assurer la défense du Canada. Pour y parvenir, les Forces armées canadiennes sont structurées selon une hiérarchie autoritaire fondée sur la notion d'obéissance, c'est-à-dire que chacun est tenu d'obéir aux ordres de ses supérieurs et de leur

125. *Rapport Prior*, *supra* note 114, vol. 1 à la p. V.

126. *Rapport d'enquête sur la Somalie*, *supra* note 27, vol. 1 à la p. 26; *Rapport Dickson*, *supra* note 13 à la p. 9 et *Rapport du GTPS*, *supra* note 47 à la p. 84.

127. Voir l'art. 108.02 des ORFC, *supra* 7.

rendre compte¹²⁸. Le respect envers les autorités est donc un élément essentiel du fonctionnement efficace de l'armée¹²⁹. Lorsqu'il accepte de devenir membre des Forces armées, le citoyen canadien accepte de se soumettre à un code de discipline qu'il doit respecter afin d'être en mesure d'accomplir ce à quoi il s'est engagé, c'est-à-dire la défense du Canada¹³⁰. Ainsi, les militaires sont soumis à des obligations auxquelles les autres citoyens canadiens ne sont pas assujettis¹³¹.

L'objectif premier du système de justice militaire n'est pas, comme c'est le cas pour le système de droit pénal, de préserver l'autorité des lois et d'en promouvoir le respect par l'imposition de sanctions mais de promouvoir l'efficacité, le bon ordre et la discipline afin d'assurer l'objectif ultime de la mission : la défense du pays. Le code de discipline militaire ne vise donc pas à remplacer le droit criminel mais plutôt à élaborer des obligations supplémentaires aux personnes auxquelles il s'applique¹³². Ce n'est qu'accessoirement, par le biais du chevauchement inévitable entre les infractions disciplinaires et criminelles que le système de justice militaire joue

128. Voir par exemple les articles 83 (désobéissance à un ordre légitime) et 124 (négligence dans l'exécution des tâches) de la LDN et les art. 19.01 et 19.015 des ORFC.

129. De façon générale, ces obligations sont : le devoir de servir en tout temps ou un engagement illimité, le militaire ne peut pas abandonner; (art. 33 LDN) l'obéissance due à l'autorité, l'obligation d'obéir aux ordres légitimes, même ceux qui représentent un risque de mort ou de blessures sérieuses; le refus d'obéir peut entraîner des sanctions disciplinaires; (art. 83 LDN et 19.01 et 19.015 des ORFC), la subordination à ceux qui commandent; le respect et l'imposition de la discipline et le bien-être des subordonnés.

130. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 259, voir les propos du juge Lamer au nom de la majorité à la p. 283.

131. *Mackay c. R.*, *supra* note 17 à la p. 370. Voir page 402. Voir également l'arrêt *The Queen and Archer c. White*, [1956] R.C.S. 154. Voir l'opinion du juge Rand à la page 158.

132. *Loi sur la défense nationale*, *supra* note 1, art. 70. Voir également l'art. 273 LDN. L'art. 130 de la LDN qui incorpore les infractions du Code criminel ou de toute autre loi fédérale prévoit à son paragraphe 2 b) i) et ii) que la peine qui peut être imposée par le tribunal militaire est soit : i) la peine prévue par le Code criminel ou toute autre loi pertinente ou : ii) la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté ou une punition moindre. Il serait donc possible pour le tribunal militaire, après avoir trouvé un membre coupable d'une infraction au Code criminel par exemple, d'infliger une peine plus importante que celle prévue au Code criminel.

le rôle du droit criminel¹³³. C'est pourquoi les infractions criminelles sont généralement considérées plus graves en tant qu'infractions militaires¹³⁴.

Voici la classification des infractions que nous suggérons :

- 1) *Les infractions de nature militaire.*
 - a) Les infractions liées à l'obligation d'obéissance aux autorités militaires et civiles. L'obligation d'obéissance est essentielle à l'accomplissement ordonné des tâches¹³⁵;
 - b) Les infractions liées à l'obligation d'exécuter les tâches et les missions avec soin et de façon consciencieuse. L'efficacité des forces dépend de l'exécution minutieuse des tâches dans l'accomplissement de la mission¹³⁶;

133. *R. c. Reddick, supra* note 18 aux pp. 501 et 505.

134. *R. c. Généreux, supra* note 13 à la p. 283. Le juge Lamer écrit : «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.»

135. Les infractions liées à l'obligation d'obéissance sont les infractions prévues aux articles 73a) (le commandant, après avoir reçu ordre, ne fait pas tout en son pouvoir pour engager le combat), 74a) (retarde action contre ennemi), 74c) (ayant reçu ordre d'effectuer une opération de guerre, ne met pas ordre à exécution), 75i) (ne respecte pas l'interdiction de passage d'une sentinelle), 76a) (est fait prisonnier suite à désobéissance), 77d) (sans ordre détruit un bien), 83 (désobéissance à un ordre légitime), 87a)(i) (refus d'obéir à l'ordre), 106 (désobéissance aux ordres du commandant du navire), 110 (désobéissance aux ordres du commandant-aéronef), 112c) (usage de véhicule contrairement aux règlements), 126 (refus d'immunisation), 127 (violation des ordres dans la manutention de matières dangereuses) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

136. Les infractions liées à l'obligation d'exécuter avec soin ou de façon consciencieuse les tâches ou missions militaires sont les infractions prévues aux articles 73a) (manquement au devoir face à l'ennemi-commandants), 73b) (commandant-ne pas encourager subalternes à se battre courageusement), 73c) (commandant-étant en mesure d'opposer une défense livrer matériel militaire à l'ennemi), 73e) (commandant-ne poursuit pas l'ennemi ou ne consolide pas une position), 74g) (provoque la capture de personnes ou de matériel par actions infondées), 74i) (fait preuve de lâcheté face à ennemi), 74j) (acte ou omission qui compromet le succès de l'opération), 76a) (est fait prisonnier faute de précautions suffisantes), 104 (perte, échouement ou mise en danger de navires par négligence), 107 (actes dommageables relatifs aux aéronefs), 111(1)a) (conduite répréhensible de véhicules), 116a) (dommage au bien par négligence), 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

- c) Les infractions reliées à l'obligation d'assurer la sécurité et l'intégrité des membres et du matériel¹³⁷;
- d) Les infractions reliées à l'obligation du service obligatoire. Les forces armées doivent pouvoir compter en tout temps sur des ressources en personnel. Il va de soi qu'il ne pourrait pas être permis au membre de quitter le service de son propre chef¹³⁸;
- e) Les infractions reliées à l'obligation de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles. La complexité de l'organisation des Forces armées canadiennes

137. Les infractions reliées à l'obligation d'assurer la sécurité et l'intégrité physique des membres et du matériel de la force sont les infractions prévues aux articles 73c) (commandant-étant en mesure d'opposer une défense livrer matériel militaire à l'ennemi), 74d) (sans raison valable abandonne un bien public), 74e) (fournit du matériel à l'ennemi), 74f) (jette au abandonne matériel en présence de l'ennemi), 74g) (provoque capture ou destruction de matériel), 75 a) à j) (communiqués des renseignements à l'ennemi, quitter son poste de guetteur, nuit à la sécurité de la force) 77 a) à c) (fait preuve de violence envers une personne apportant du matériel, retient irrégulièrement du matériel, détourne irrégulièrement du matériel), 78 (espions au service de l'ennemi), 84 (violence envers supérieur), 86 (querelles et désordres), 87 (désordres), 95 (mauvais traitements à subalternes), 96 (fausses accusations), 97 (ivresse), 98 (simulation ou mutilation), 104 (perte, échouement ou mise en danger de navires), 107 (actes dommageables aux aéronefs), 108 (signature d'un certificat inexact concernant un aéronef), 109 (vol à trop basse altitude), 111 (conduite répréhensible de véhicules), 112 (usage non autorisé de véhicules), 113 (incendie), 114 (vol), 115 (recel), 116 (dommage, perte ou aliénation irrégulière), 117 (infractions frauduleuses), 120 (mauvaise conduite dans les cantonnements), 121 (enrôlement frauduleux), 122 (fausses réponses à l'enrôlement), 123 (aide à enrôlement frauduleux), 125 (infractions relatives à des documents), 126 (refus d'immunisation), 127 (négligence dans la manutention de matières dangereuses) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

138. Les infractions reliées à l'obligation de service obligatoire sont les infractions prévues aux articles 73d) (commandant-étant au combat s'en retire sans raison valable), 73g) (commandant-étant au combat abandonne sans raison valable son poste), 74b) (passe à l'ennemi), 74h) (à proximité de l'ennemi quitte son poste, dort ou est ivre), 75h) (agissant comme sentinelle quitte son poste, dort ou est ivre), 76b) (ne réintègre pas son poste après avoir été fait prisonnier de guerre), 76c) (ayant été fait prisonnier de guerre se met au service de l'ennemi), 88 (désertion), 89 (connivence dans le cas de désertion), 90 (absence sans permission), 91 (fausse déclaration concernant un congé), 97 (ivresse), 98 (simulation ou mutilation), 126 (refus d'immunisation) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.

- nécessite des mécanismes de contrôle afin d'assurer l'ordre et la cohésion¹³⁹;
- f) Les infractions reliées à la subordination des opérations militaires au respect de la primauté du droit. Les activités militaires sont assujetties au respect des principes du droit national et international ainsi qu'aux décisions des tribunaux civils et militaires¹⁴⁰.
- 2) *Les infractions de nature civile incorporées au code de discipline militaire.*

Les infractions qui s'appliquent à la société en général et qui sont indispensables à son fonctionnement. Ce sont les infractions prévues au code criminel et aux autres lois fédérales.¹⁴¹ Le succès de la mission

-
139. Les infractions reliées à l'obligation de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles sont les infractions aux articles 79 (mutinerie), 80 (prend part à mutinerie), 81 (infractions connexes à la mutinerie), 82 (infractions séditieuses), 83 (désobéissance à un ordre légitime), 84 (violence envers un supérieur), 85 (acte d'insubordination), 92 (conduite scandaleuse de la part d'officiers), 93 (cruauté ou conduite déshonorante), 94 (propos traîtres ou déloyaux), 106 (désobéissance aux ordres du commandant du navire), 110 (désobéissance aux ordres du commandant-aéronef) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.
140. Les infractions reliées à la subordination des opérations militaires au respect de la règle de droit en général sont les infractions aux articles 77d) (sans ordre de supérieur détruit un bien), 77e) (pénètre par infraction dans un lieu à la recherche de butin), 77f) (attenter aux biens ou à la personne d'un habitant d'un pays où il est en service), 77g) (durant combat vole ou tente de voler un mort), 77h) (vol de bien après combat), 77i) (prend des biens abandonnés par l'ennemi à d'autre fin que le service public), 87 (désordres), 99 (détention inutile, sans jugement ou non signalée), 100 (libération non autorisée ou aide à évasion), 101 (évasion), 101.1 (défaut de respecter une condition), 102 (résistance à la police militaire), 103 (refus de livraison ou d'assistance au pouvoir civil), 118 (outrage au tribunal), 118.1 (défaut de comparaître), 119 (faux témoignage) et 129 (conduite préjudiciable au bon ordre et discipline ou acte contraire aux ordres) de la LDN.
141. Les infractions de meurtre, d'homicide involontaire coupable et les infractions visées aux articles 280 à 283 inclusivement du Code criminel devraient demeurer soustraites à la compétence des tribunaux militaires lorsqu'elles sont commises au Canada. L'intérêt public transcenderait alors l'intérêt des Forces canadiennes pour ce qui est du maintien de la discipline. Voir *R. c. Reddick*, *supra* note 18 à la p. 502. La cour mentionne : «First there is the important limitation in section 70 which provides that a service tribunal shall not try any person for any of the serious offences listed in that section, if those offences are committed in Canada. [...]. Parliament has thus struck a balance as to when civilians or civilian offences ought to be tried in courts martial.» Voir l'art. 70 LDN, *supra* note 132.

dépend du degré de cohésion des membres d'une armée; cette cohésion est dépendante du respect par ses membres des règles et des lois de la société¹⁴².

2. Des peines qui reflètent la gravité des infractions : une notion de gravité qui varie suivant l'impact de l'inconduite sur l'objectif militaire

Tel que le notait le Rapport d'enquête sur la Somalie, «toutes les infractions d'ordre militaire, aussi mineures soient-elles, sont passibles d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement si l'affaire passe devant la cour martiale»¹⁴³. Ce manque de précision dans le rapport entre les infractions et les peines est la cause principale des difficultés de classification et de catégorisation des infractions selon leur gravité respective : les infractions mineures et les infractions graves.

C'est le règlement et non la loi qui énumère les infractions que le commandant a compétence de juger sommairement¹⁴⁴. Avant les modifications réglementaires de 1997, le procès sommaire avait compétence pour juger presque toutes les infractions militaires¹⁴⁵. Cette compétence fut limitée suite aux modifications à une liste d'infractions plus restreinte afin de respecter les objectifs et les buts de la procédure sommaire¹⁴⁶. Les paragraphes 108.07(2) et (3) des ORFC visent à limiter la juridiction du procès sommaire à l'égard de certaines infractions militaires mineures liées à la discipline de l'unité. Cette liste d'infractions demeure toujours très appréciable; elle inclut des infractions

142. Nous n'avons pas tenu compte dans notre classification des infractions en vertu d'une loi du pays où le militaire est en poste qui sont prévues à l'article 132 de la LDN et cela intentionnellement, étant donné la nature particulière et l'utilisation limitée de cette infraction. Mentionnons seulement que l'infraction prévue à l'article 132 n'existe pas en droit militaire américain et britannique. Si aucune loi particulière n'a été violée, les autorités militaires américaines et britanniques utilisent plutôt l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

143. *Rapport d'enquête sur la Somalie*, supra note 27, vol 5 à la p. 1448.

144. Art. 162.1 de la LDN. Voir l'article 108.07 des ORFC, supra note 54.

145. Voir l'ancien art. 108.31 des ORFC, supra note 71.

146. ORFC, art. 108.02, supra note 127.

objectivement graves ainsi que des infractions au Code criminel et à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*¹⁴⁷.

La possibilité pour le procès sommaire de pouvoir juger certains types d'infractions objectivement graves et l'absence de compétence à l'égard d'infractions moins graves illustrent la difficulté et même parfois l'incohérence de la catégorisation prévue à l'article 108.07 des ORFC.¹⁴⁸ Certaines infractions, bien que directement liées à la discipline de l'unité et de gravité comparable à d'autres infractions de la compétence du procès sommaire, en sont néanmoins soustraites¹⁴⁹.

Nous suggérons qu'il est possible d'établir une distinction plus nette entre les infractions mineures et les infractions graves. D'ailleurs, comme le soulignait le Rapport de la commission canadienne sur la détermination de la peine¹⁵⁰, la gravité de l'infraction en cause devrait toujours être évaluée en fonction des autres infractions de la loi; ainsi, la sévérité de la peine reflétera la gravité de l'infraction. Deux infractions de gravité comparable ne doivent pas être passibles de peines maximales dont la sévérité est nettement différente, et réciproquement deux infractions dont la gravité n'est manifestement pas la même ne devraient pas donner lieu à la même peine maximale¹⁵¹.

147. *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, supra note 53 et l'art. 108.07 des ORFC, supra note 54.

148. Par exemples : désobéissance à un ordre légitime (art. 83 LDN), désobéissance aux ordres du commandant de bateau ou d'aéronef (art. 106 et 110 LDN) et violence envers un supérieur (art. 84 LDN) prévoient des peines maximales d'emprisonnement à perpétuité. L'infraction d'agression armée ou infliction de lésions corporelles prévoit quant à elle une peine maximale de 10 ans d'emprisonnement. (art. 267 du Code criminel).

149. On peut penser notamment aux infractions prévues aux articles 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 125 (infractions relatives à des documents) de la LDN.

150. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine *Réformer la sentence : une approche canadienne*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1987 (ci-après: Rapport sur la détermination de la peine). À la page 132, le rapport stipule : «C'est seulement dans le cadre d'un ensemble d'infractions ordonnées selon leur gravité respective que l'on peut appliquer le principe de la proportionnalité et fixer le quantum des sanctions, en comparant la gravité des infractions».

151. *Ibid.* à la p. 218.

Voici les peines maximales prévues à la Loi sur la défense nationale pour les infractions d'ordre militaire. Ces peines sont énumérées dans un ordre décroissant de gravité :

- a) emprisonnement à perpétuité comme peine minimale;
- b) emprisonnement à perpétuité comme peine maximale;
- c) emprisonnement de quatorze ans;
- d) emprisonnement maximal de sept ans;
- e) emprisonnement de cinq ans;
- f) emprisonnement de trois ans;
- g) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté;
- h) emprisonnement de moins de deux ans¹⁵².

Pour les infractions de nature civile incorporées au code de discipline militaire, la *Loi sur la défense nationale* affirme le principe de la parité entre la peine qui peut être infligée par le tribunal militaire et la peine prescrite par la disposition législative correspondante dans le cas d'une infraction commise en violation de la partie VII de la LDN, du code criminel ou de toute autre loi fédérale. Si la peine prescrite par la disposition législative est moindre que la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, alors le tribunal militaire pourra infliger cette peine ou encore une moindre peine¹⁵³.

On constate pourtant que des infractions qui ne sont pas de même gravité sont néanmoins passibles de la même peine maximale; ainsi, l'acte d'insubordination prévu à l'article 85 de la LDN¹⁵⁴ est passible de la même peine maximale que l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la

152. Voir les articles 73 à 147 de la LDN.

153. Voir le paragraphe 130(2) de la LDN. Ce pouvoir de punition est limité également à la peine maximale que le tribunal militaire a compétence d'infliger. (Procès sommaire, le para 163(3) LDN; 30 jours de détention. Cour martiale disciplinaire, art. 172 LDN; destitution ignominieuse du service Sa Majesté. Cour martiale permanente, art. 175 LDN; destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. Cour martiale générale spéciale, art. 178 LDN; emprisonnement ou amende, etc.).

154. Voir l'article 85 de la LDN.

discipline prévue à l'article 129, malgré ce qui est stipulé aux notes E, F, G et H de l'article 103.18 des ORFC¹⁵⁵ :

(E) Il faut que les paroles menaçantes ou insultantes aient été adressées à un supérieur et renferment une intention d'insubordination, c'est-à-dire qu'elles doivent être insultantes ou irrespectueuses en soi ou encore dans la manière ou dans les circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées.

(F) Dans le cas d'une conduite méprisante, l'acte ou l'omission reprochés doit avoir eu lieu à la vue ou à portée de voix du supérieur en cause.

(G) Les paroles ou les actes d'insubordination qui ne tombent pas sous les notes (E) ou (F) ne relèvent que de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale. (voir l'article 103.60-Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline).

(H) De simples paroles injurieuses ou violentes ou des actes méprisants de la part d'une personne ivre ne devraient pas faire l'objet d'accusation en vertu de l'article 85 de la Loi sur la défense nationale. En générale, une accusation portée en vertu de l'article 97 de la Loi sur la défense nationale (voir l'article 103.30-Ivresse) ou de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale (voir l'article 103.60-Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline) servira les fins de la discipline¹⁵⁶.

Par ailleurs, l'infraction de mauvais traitements infligés aux subalternes prévue à l'article 95 de la LDN¹⁵⁷ est passible d'un emprisonnement de moins de deux ans alors que l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et la discipline prévue à l'article 129 prévoit la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté, une peine pourtant plus grave dans l'échelle des punitions militaires¹⁵⁸. L'infraction relative à la perte, l'échouement ou la mise en danger de navires prévue à l'article 104 de la LDN est passible de la destitution

155. Voir l'art. 1.095 des ORFC. On y mentionne également que ces notes se fondent sur des jugements des tribunaux, des principes exposés dans des manuels juridiques et des avis d'autorités juridiques militaires.

156. Voir également la note D de 103.60 des ORFC *supra* note 8 et la note C de 107.05 des ORFC.

157. Voir l'article 95 de la LDN.

158. Voir l'art. 139 de la LDN, *supra* note 4.

ignominieuse du service de Sa Majesté, tout comme l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Il nous apparaît donc qu'il existe une certaine incohérence entre la gravité des infractions militaires et leur peine respective. Voici ce que le Rapport sur la détermination de la peine¹⁵⁹ notait au sujet des peines prévues au code criminel et qui nous semble très bien s'appliquer au contexte militaire :

En conclusion, donc, les peines maximales actuelles posent deux problèmes bien distincts : elles sont irréalistes et, dans la plupart des cas, trop élevées. Premièrement, leur valeur, lorsqu'il s'agit de guider la décision du juge ou d'instruire l'opinion publique, est nulle. Deuxièmement, elles ne forment pas d'ensemble ordonné : la relation entre la gravité des infractions et la peine maximale qui leur est assignée manque de logique. Pour quiconque veut s'y référer, les peines maximales sont un guide précaire¹⁶⁰.

La gravité des infractions devrait être reliée aux obligations légales particulières au monde militaire que nous décrivions dans notre classification des infractions¹⁶¹. Ainsi, les infractions les plus graves seront celles qui contreviennent de façon significative à l'obligation visée par la catégorie; la désertion est donc considérée plus grave que l'absence sans permission.

Voici l'échelle de gravité que nous proposons :

- a) Les inconduites qui contreviennent de façon significative à l'obligation de la catégorie. Ces infractions ont un impact direct sur le succès de la mission¹⁶²;
- b) Les inconduites qui contreviennent de façon moins significative à l'obligation de la catégorie. Ces infractions ont un impact indirect sur le succès de la mission;

159. *Rapport sur la détermination de la peine, supra* note 150.

160. *Ibid.* à la p. 70.

161. Obligation d'obéissance, obligation de service obligatoire, obligation de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles, etc. *Supra* notes 135 à 142.

162. Voir par exemple les articles 73 (manquement au devoir face à l'ennemi, commandant), 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 (sécurité), 76 (prisonniers de guerre), 77 (diverses infractions relatives aux opérations, si en service actif) et 78 (espions au service de l'ennemi) de la LDN.

- c) Les inconduites qui contreviennent de façon insignifiante à l'obligation de la catégorie. Ces infractions ont un impact négligeable sur le succès de la mission¹⁶³.

Le cadre législatif actuel fait déjà une distinction entre une inconduite commise lors de conflit armé et la même inconduite en situation de paix¹⁶⁴. Ainsi, le fait de quitter son poste au combat est passible de la peine d'emprisonnement à perpétuité, alors qu'en situation de paix c'est une absence sans permission passible au maximum d'un emprisonnement de moins de 2 ans. Il existe donc une échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires.

Comme nous venons de le suggérer dans notre classification, l'article 129 est une infraction de nature militaire. Contrairement aux autres infractions de cette nature qui sont spécifiques en ce sens qu'elles sont reliées uniquement à l'une des obligations visées par les six «sous-catégories» établies par notre taxonomie des infractions (obligation d'obéissance, d'exécuter les missions et les tâches avec soins, etc.), l'article 129 est une infraction générique pouvant être reliée à n'importe laquelle de ces obligations. Ainsi, une contravention à l'obligation d'obéissance ou de respect et de subordination aux autorités militaires et civiles peut être poursuivie en vertu de l'article 129. Comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, il existe une différence notable entre les infractions prévues respectivement aux paragraphes 129(1) et 129(2). Le paragraphe 129(1) crée une infraction à contenu indéterminé qui vise à régir les inconduites allant à l'encontre d'un standard alors que le paragraphe 129(2) crée une infraction à contenu déterminé qui vise à régir les inconduites contrevenant à des normes précises; ces normes figurent dans les règlements, ordres ou directives des Forces armées canadiennes.

163. Nous croyons qu'il serait important de mettre à jour les infractions militaires de nature opérationnelle (art. 73 à 78 de la LDN) afin de refléter les nouvelles réalités dans lesquelles évoluent les Forces armées canadiennes. La mise à jour des infractions devrait tenir compte du spectre complet du genre d'opérations (opérations domestiques et internationales, opérations humanitaires, opérations suivant les chapitres 6 & 7 de la Charte des Nations-unies, conflit armé, etc.) dans lesquelles sont appelées à opérer les Forces canadiennes.

164. Les inconduites qui contreviennent aux obligations militaires dans les situations de conflits armés compromettent de façon importante la défense du Canada. Ces infractions prévoient d'ailleurs des peines très sérieuses allant de la peine minimale d'emprisonnement à perpétuité si le membre s'est conduit en traître à la peine d'emprisonnement à perpétuité comme peine maximale dans tout autre cas. Voir les art. 73 à 78 de la LDN.

Bien que la législation actuelle ne prévoit qu'une seule et même peine pour la contravention au paragraphe (1) ou (2), nous estimons que la nature particulière de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) fait en sorte que cette infraction devrait se retrouver à la limite inférieure de l'échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires. Ainsi, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) viserait à régir les inconduites dans la gamme des infractions qui auraient l'impact le moins significatif sur le succès de la mission.

Partie II - L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* : une infraction générique qui circonscrit insuffisamment le champ d'application des inconduites établies au code de discipline militaire

A. L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* : des infractions sans cadres modérateurs efficaces

1. La nature des infractions contenues à l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*

Avant de discuter de la nature distincte des infractions prévues aux paragraphes (1) et (2) de l'article 129, faisons d'abord un survol historique de cette disposition législative. Tout comme pour les autres infractions prévues au code de discipline militaire canadien, la rédaction de l'article 129 fut inspirée par le droit anglais. Voici la forme que cette infraction prenait dans les Articles de guerre britanniques de 1639 :

In whatever cases or accidents that may occur, for which there is no special order set downe in the lawes here published, there the ancient course of marshall discipline shall be observed untill such time as his Excellence the Lord General shall cause some further orders to be made and published in the Armie, which shall thenceforward stand in force upon the paines therein expressed¹⁶⁵.

165. Voir C.M. Clode, *The Military Forces of the Crown; Their Administration and Government*, vol. 1, Londres, John Murray, 1868 aux pp. 429-440.

L'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» prévue à l'article 129 serait de provenance continentale¹⁶⁶. Elle remonterait même, selon certains, à l'époque romaine puisque le Digeste la mentionnait¹⁶⁷.

Pour ce qui est du droit anglais, l'infraction serait apparue pour une première fois dans les Articles de guerre de 1625 et aurait subi plusieurs modifications jusqu'au début du dix-huitième siècle alors qu'est introduit le concept de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» entre les années 1700 et 1765 :

All Crimes not capital, and all disorders or neglects, which officers and soldiers may be guilty of, to the prejudice of good order and military discipline, though not mentioned in the above articles of war, are to be taken cognizance of by a court-martial and be punished at their discretion¹⁶⁸.

-1765

À l'époque, les infractions spécifiées dans les Articles de guerre britanniques étaient exclusivement de nature militaire; les infractions de nature pénale civile étaient de la compétence exclusive des tribunaux civils de juridiction criminelle. L'utilisation de l'ancêtre de l'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» permit alors aux autorités militaires anglaises de poursuivre devant les tribunaux militaires les infractions de nature pénale¹⁶⁹. On incorpora par la suite ces infractions de nature criminelle aux Articles de guerre : l'ancêtre de l'article 130 de la LDN¹⁷⁰. Aujourd'hui encore, rien dans la loi canadienne n'empêche d'invoquer l'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» pour justifier une accusation

166. Les Articles de Guerre de Gustave Adolphe de 1621 seraient à l'origine de cette infraction en droit militaire anglais. Voir D.B. Nichols, *supra* note 6 à la p. 114.

167. J.K. Gaynor, *supra* note 6 à la p. 260.

168. W. Winthrop, *Military Law and Precedents*, 2^e éd, Washington, Government Printing Office, 1920 à la p. 946.

169. E.F. Sherman, *supra* note 6. Voir à la page 34 ce que l'auteur y stipule.

170. R.A. McDonald, «Le sentier de la discipline; les racines historiques du code de justice militaire canadien» (1985) 1 J.JAG.F.C. 1. Voir les propos de l'auteur à la p. 9. Voir M. Léveillé, *L'évolution de la justice militaire et de l'office du Juge-avocat général*, thèse de maîtrise en droit, 1997 (non-publiée) aux pp. 30-31. Voir E.F. Sherman, *supra* note 6. Voir art. 130 LDN.

relative au Code criminel ou à toute autre loi fédérale ou encore à tout acte ou omission sensiblement comparable en substance¹⁷¹. Les infractions de nature civile incorporées au code de discipline militaire peuvent donc être poursuivies devant les tribunaux militaires canadiens à titre de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline» ou à titre d'infractions criminelles¹⁷².

Le libellé de l'infraction de «conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline», adopté comme l'article 118 de la Loi sur la défense nationale en 1950¹⁷³, s'inspire de l'article 87 de la *Loi du Service Naval* et 40 du *Army Act* britannique¹⁷⁴ pour les paragraphes (1) (5) et (6) (de l'article 129 actuel)¹⁷⁵ et de

-
171. On pourrait invoquer l'article 129 également pour les infractions visées par l'article 132 de la LDN. Il s'agit des infractions en vertu d'une loi du pays où le militaire est en poste.
172. Voir le para 130(4) de la LDN. Cette disposition vise à empêcher que l'accusé puisse exiger d'être poursuivi sous une infraction spécifiée au code criminel quand les autorités militaires ont décidé de porter une infraction prévue aux articles 73 à 129 qui serait sensiblement comparable en substance à une accusation en vertu d'une infraction prévue au code criminel ou à une autre loi fédérale. Cet article n'a subi aucun changement depuis les modifications législatives de 1985. Rappelons que depuis 1985, l'article 66 de la Loi sur la défense nationale empêche toutes poursuites subséquentes devant un tribunal civil pour une infraction comparable qui découle des mêmes faits et pour laquelle un accusé aurait été acquitté ou déclaré coupable par un tribunal militaire. Voir la *Loi de modification législative (Charte canadienne des droits et libertés)*, L.R.C. 1985 (1^{er} supp.), c. 31; et les art. 66 et 71 de la LDN.
173. *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1950, c. 43, art. 118; S.R.C. 1952, c. 184 et modification, art. 118; S.R.C. 1970, c. N-4 et modification, art. 119; et L.R.C. 1985, c. N-5 et modification, art. 129.
174. À cet effet voir NATIONAL DEFENCE HEADQUARTERS, *The National Defence Act : Explanatory material*, Ottawa, 1^{er} novembre 1950. Voir W.J. Lawson, «Canadian Military Law» (1951) 29 Can.Bar.Rev. 241. Voir les propos de l'auteur à la p. 247. La *Loi du Service Naval*, S.C. 1944-1945, c.23. art. 87. Le *Army Act*, 44 & 45 Vict. (R.-U.), 1881, c. 58, art. 40.
175. Une modification législative en 1985 est venue changer l'ordre dans lequel les cinq paragraphes initiaux, maintenant six paragraphes, de l'article 129, autrefois 119 et initialement 118 de la LDN, étaient disposés à l'époque de son adoption. Le paragraphe (1) continue toujours de former le paragraphe (1) actuel. Le paragraphe (1) n'est plus cependant immédiatement suivi par ce qui est dorénavant les paragraphes 129(5) et (6). Le paragraphe (1) est maintenant suivi par l'ancien paragraphe (3) qui est devenu le paragraphe (2) du présent article. L'ancien paragraphe (2) a été subdivisé en deux paragraphes distincts formant aujourd'hui les paragraphes (5) et (6) de l'article 129. L'ancien paragraphe (5) est maintenant devenu le paragraphe (4). Finalement l'ancien paragraphe (4) est maintenant devenu le paragraphe (3). Voir *supra* notes 1 à 4.

l'article 11 du *Army Act* britannique¹⁷⁶ pour le paragraphe (2) (de l'article 129 actuel). L'article 129 est donc le fruit de l'amalgame de deux infractions distinctes dans un seul et même article.

Les interrogations soulevées à l'égard de la complexité de cette infraction et de la sévérité de la peine prescrite, lors des travaux parlementaires qui ont précédé son adoption, sont d'ailleurs révélatrices :

-Mr. Blackmore : I wonder if we could have some comment on the complexities of that clause.

-The chairman : Will one of the department officials please explain it?

-The witness : The purpose of this clause, which is an historic one in army, navy and air force legislation, both in Canada and the United Kingdom, is to take care of cases where good order and discipline are prejudiced.

-Mr. Blackmore : I wonder if we could have two or three examples of such cases. I do not know anything about what we are letting the lads in for from reading this.

-A.: Exemples would be borrowing money from a subordinate; producing a medical certificate knowing it not to be genuine; improperly wearing a uniform, rank, badge or medal to which the person is not entitled; being unfit for duty due to previous indulgence; giving a false name to service police.

-By Mr George : Actually they are minor offences? – A. :yes.

-By Mr Blackmore : This is a very severe punishment which is prescribed.

-A. : It is the same punishment as in the Army and Air Force Acts with respect to officers.

-Q. : It may be punished by dismissal with disgrace.

-Mr. Stick : They do not have to do that. They are making provision for extreme cases, but the punishment will fit the offence in the opinion of the court.

-Carried¹⁷⁷.

176. Le *Army Act*, *supra* note 174, art. 11.

177. SPECIAL COMMITTEE ON BILL 133, *An act respecting National Defence : Minutes of Proceedings and Evidence*, Ottawa, E. Cloutier, 1950 à la p. 169.

L'article 129 de la LDN est demeuré, en substance, similaire à l'article 118¹⁷⁸.

Il existe une différence considérable entre le paragraphe 129(1) et le paragraphe 129(2) au point où on peut suggérer qu'il s'agit de deux infractions distinctes. Ces infractions posent des difficultés différentes. Ainsi, le problème central du paragraphe 129(1) sera de définir le comportement visé puisque, comme nous le verrons, il érige des standards en normes. La principale difficulté que pose le paragraphe 129(2) est reliée essentiellement aux mécanismes de publicité des règlements, ordres et directives que l'infraction entend sanctionner. Nous énoncerons d'abord les principales caractéristiques des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) et nous discuterons ensuite des problèmes juridiques distincts reliés à leur utilisation respective.

a) L'infraction prévue au paragraphe 129(1)

Le paragraphe 129(1) actuellement en vigueur est ainsi rédigé :

Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté¹⁷⁹.

Le texte de loi ne fournit aucune indication de ce que signifie l'expression «bon ordre et à la discipline», aucune précision quant à la nature et aux caractéristiques des actes et des comportements pour déterminer s'ils sont préjudiciables au bon ordre et à la discipline. Les justiciables ne seront donc informés du standard qu'après lui avoir contrevenu¹⁸⁰.

178. *Supra* notes 1 à 4.

179. *Ibid.*

180. Une disposition semblable dans le cadre du système disciplinaire correctionnel du Canada a été abrogée suite à des modifications législatives en raison principalement de son caractère vague et imprécis. À cet effet, voir de façon générale *Howard c. Presiding Officer of the Inmate Disciplinary court of Stony Mountain Institution* (1984), 2 C.F. 642; M. Jackson, «Justice behind the walls-a study of the disciplinary process in a canadian penitentiary» (1974) 12 *Osgoode L.J.* 1 et SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Les autorités correctionnelles et les droits des détenus, Révision du droit correctionnel, document de*

Une accusation sous le paragraphe 129(1) s'établit tout d'abord par la preuve de la conduite alléguée et de l'état d'esprit répréhensible de l'accusé, suivie soit du témoignage d'un témoin¹⁸¹ ou, généralement, de la preuve d'un standard de conduite reconnu par le tribunal comme pouvant être préjudiciable au bon ordre et à la discipline¹⁸². La preuve du standard de conduite est habituellement acceptée lorsque le tribunal prend connaissance judiciaire d'une proposition de connaissance militaire générale dont l'exactitude ne peut faire l'objet d'une contestation raisonnable. Lorsque le tribunal prend ainsi connaissance judiciaire d'une telle proposition, elle est alors tenue pour vraie et elle est opposable à l'accusé en ce sens qu'aucune preuve ne peut être reçue par la suite pour contredire cette proposition¹⁸³. L'accusation sera établie si le tribunal conclut par la suite que la conduite de l'accusé est, compte tenu de sa nature et des circonstances où elle s'est produite, préjudiciable au bon ordre et à la discipline¹⁸⁴.

L'objectif du paragraphe 129(1) est de combler les vides laissés par les autres dispositions du code de discipline militaire. Il sanctionne une «common

travail no.5, Ottawa, octobre 1987. P.M. Quinn, «Reflexivity Run Riot : the survival of the prison catch-all» (1995) 34 *Howard Journal of Criminal Justice*. 354. À la page 357, l'auteur écrit : «[...] you don't know what the rules are until you have broken them».

181. Le témoignage de l'expert devra établir un standard de conduite requis de l'accusé dans les circonstances, que l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant de l'existence du standard, que la conduite de l'accusé contrevient au standard et finalement que cette contravention est préjudiciable au bon ordre et à la discipline.
182. À cet effet voir *R. c. LCdr Morrissey*, Cour martiale permanente, 16 décembre 1997 et 4, 6, 7, 11 et 12 août 1998 aux pp. 421-422, *R. c. LS R. Maier*, Cour martiale permanente, 9 décembre 1997 et du 17-20 février 1998 à la p. 55., *R. c. MCpl London*, Cour martiale permanente, du 17-19 juin 1997 aux pp. 270-271 (appel rejeté, CACM-413) et *Pte E.O. McCully c. R.* CACM-360.
183. ORFC. Appendice 1.3, vol IV, Règles militaires de la preuve, art. 16(2), 17, 18 et 19. Par exemple dans *Lunn c. R.* (1993), 5 C.A.C.M. 157. La cour d'appel à la page 169 reconnaît que le président à la cour martiale pouvait valablement prendre connaissance judiciaire de la proposition suivante : «... l'obligation générale des membres des Forces canadiennes de ne pas utiliser des biens publics de grande valeur à des fins qui n'ont pas été approuvées par l'autorité militaire compétente».
184. *Sgt Jones c. The Queen* (2002), CMAC-460. À la page 5, la cour stipule : «The issue was whether, in the circumstances of this particular case, the appellant's conduct did prejudice good order and discipline in that the remarks tended to bring a superior into contempt».

law» militaire¹⁸⁵ : une loi non écrite définie par la pratique et la coutume que l'accusé est présumé connaître. Ces inconduites ne sont toutefois pas nécessairement connues de l'accusé et reposent finalement sur un code d'éthique qui varie suivant les circonstances, d'un commandant à l'autre, d'un juge à l'autre¹⁸⁶.

Le paragraphe 129(1) sanctionne des standards de conduite et non des normes de conduite; il permet donc de pénaliser tout ce qui n'est pas spécifiquement prévu au code de discipline militaire¹⁸⁷. Il ne se contente pas de prescrire ce qui est interdit mais il sert aussi à évaluer les bonnes et les mauvaises conduites¹⁸⁸. En ce sens, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) coïncide davantage avec les caractéristiques d'un système disciplinaire qu'avec les exigences du droit pénal¹⁸⁹.

-
185. La note (G) de l'art. 103.60 - Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline-des ORFC. Voir aussi le début de la note B à l'art. 103.60 - Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline-des ORFC. Voir également F.B. WIENER, *supra* note 6 à la p. 361 : «That is not to say, however, either that the sky is the limit or that there is any scope for hidden-ball plays in what, under a well recognized concept, can fairly and accurately be called the common law military. The General Article (l'équivalent du para. 129(1)) is not such a catchall as to make every irregular, mischievous, or improper act a court-martial offense. The article contemplates only the punishment of that type of misconduct which is directly and palpably - as distinguished from indirectly and remotely - prejudicial to good order and discipline».
186. Voir D.B. Nichols, *supra* note 6 à la p.127. L'auteur écrit : «The problem of the general article is that it covers a wide range of offenses, recognized in varying degrees. Where an offense has clearly crystallized, the approach of custom may be adequate. Where an offense has not crystallized, the approach of custom is useful but must be supplemented by the approach of fact. This at once raises the logical difficulty that the same question should not be both one of law and one of fact».
187. Voir à cet égard, M. Delmas-Marty, «Les standards en droit pénal» (1988) 4 R.R.J. 1019 à la p. 1034. L'auteure y mentionne : «En définitive, cette analyse montre qu'en droit pénal, il y aurait tout intérêt à circonscrire la notion de standard en considérant que : parmi les notions vagues et faisant référence à une normalité, c'est-à-dire à une moyenne des comportements, seules deviennent standards celles qui répondent à l'exigence d'un raisonnement logique [...]».
188. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Édition Gallimard, 1975 aux pp. 181-185. Voir aussi aux pp. 180-182. Voir également la note C à l'ORFC 107.05.
189. A. Jodouin, «La Charte canadienne et la nouvelle légalité» dans G.A. Beaudoin et E.P. Mendes, dir., «Charte canadienne des droits et libertés», 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 789 à la p. 811. L'auteur stipule : «L'arrêt (Nova Scotia Pharmaceutical Society) paraît donner droit de cité aux standards juridiques, dont on constate l'usage croissant en

La fréquence de l'utilisation du paragraphe 129(1) dépend dans une large mesure de l'interprétation que veulent bien donner les autorités militaires au concept de bon ordre et à la discipline. L'imprécision du langage utilisé permet donc aux autorités de bénéficier d'un large pouvoir discrétionnaire pour gouverner la conduite des militaires, leur permettant de sanctionner des inconduites allant des manquements anodins à la discipline aux conduites prohibées par le code criminel¹⁹⁰.

Cette infraction traduit la nécessité pour les Forces canadiennes d'être en mesure de faire face à des inconduites dont la survenance n'est pas spécifiquement prévue ou autrement prévisible mais dont l'impact a un effet sur la discipline et finalement sur l'efficacité militaire.¹⁹¹ Cette nature essentiellement résiduaire du paragraphe 129(1) est d'ailleurs confirmée au paragraphe 129(4) où il est stipulé que «les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'application du paragraphe (1)». C'est en ce sens que l'on réfère à cette infraction comme l'infraction «catch-all».

b) L'infraction prévue au paragraphe 129(2)

Le paragraphe 129(2) tire son origine de l'article 11 du *Army Act* britannique¹⁹². Il n'existait pas de disposition comparable au paragraphe 129(2) dans la *Loi du Service Naval*. À cette époque, la marine royale canadienne poursuivait simplement la contravention aux ordres et règlements sous l'article 87 de la *Loi du Service Naval*; une infraction similaire à celle actuellement

droit moderne, surtout en droit administratif. Le standard est une ... «norme souple, fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, [une] notion cadre». Or, les standards, s'ils présentent des avantages considérables sur les règles en termes de souplesse et d'adaptabilité, posent des problèmes sérieux de légalité pour le droit pénal». *R. c. Généreux*, *supra* note 13. Voir l'opinion du juge Lamer à la p. 275.

190. M. Groves, *supra* note 115 à la p. 21.

191. La note D de l'article 103.60 des ORFC 103.60, *supra* note 8.

192. *Supra* note 176.

prévue au paragraphe 129(1) de la LDN¹⁹³. Le paragraphe 129(2) actuellement en vigueur est ainsi rédigé :

- (2) Est préjudiciable au bon ordre et à la discipline tout acte ou omission constituant une des infractions prévues à l'article 72, ou le fait de contrevenir à :
- a) une disposition de la présente loi;
 - b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;
 - c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.

Cette infraction est demeurée substantivement la même depuis son adoption en 1950. La peine maximale qu'un tribunal militaire peut infliger pour une condamnation sous le paragraphe 129(2) est la même que celle prévue au paragraphe 129(1)¹⁹⁴.

Notons que les termes «préjudiciable au bon ordre et à la discipline» ne figuraient pas dans la disposition législative anglaise sur laquelle s'était fondée la rédaction du paragraphe 129(2)¹⁹⁵. Ils ont été ajoutés à l'article canadien. Les dispositions américaines et anglaises contemporaines ne l'incluent toujours pas dans leur infraction équivalente, faisant l'objet d'un article distinct¹⁹⁶. D'ailleurs, dans tous les systèmes disciplinaires que nous avons consultés, nous n'avons trouvé aucun autre cas où l'infraction équivalente à celle prévue au

193. À cet effet, voir J.B. Fay, *supra*, note 11 aux pp. 127-128. L'auteur écrit : «The Royal Canadian Navy, after the passage of the Naval Services Act of 1944, did not follow this procedure of having two different sections, and charged failure to obey all orders and regulations under a section alleging conduct or neglect to the prejudice of good order and discipline. [...]...accepting the proposition that wording prohibiting an act, neglect or conduct to the prejudice of good order and discipline was wide enough to cover the violation of all orders, no matter what their source.» Voir également l'art. 87 de la *Loi du Service Naval*, *supra* note 174.

194. Il s'agit de la peine de destitution ignominieuse du Service de sa Majesté qui est une peine plus sérieuse que l'emprisonnement de moins de deux ans dans l'échelle des peines militaires. *Supra* note 4.

195. Voir l'art. 11 du *Army Act* britannique, *supra* note 176.

196. Voir *Army Act* (1955), 3 & 4 Eliz 2, c. 18 (RU), art. 36. *Uniform code of Military Justice*, 10 USC 892, art. 92.

paragraphe 129(2) est associée au concept de «préjudiciable au bon ordre et à la discipline»¹⁹⁷. Ces termes sont réservés exclusivement pour l'infraction qui est équivalente à celle prévue au paragraphe 129(1).

Le paragraphe 129(2) n'est pas quant à lui de nature résiduaire. C'est une infraction de nature spécifique visant à sanctionner la contravention des instruments élaborés aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 129(2). Elle crée une obligation pour les justiciables d'observer les règlements et les ordres énumérés au paragraphe 129(2) qui leur ont été dûment émis, publiés et notifiés¹⁹⁸.

L'objet principal du paragraphe 129(2) est de permettre aux autorités militaires de sanctionner les règlements pris par les autorités civiles concernant l'organisation, l'instruction, la discipline, l'efficacité et la bonne administration des Forces canadiennes en vue de l'application de la Loi sur la défense nationale¹⁹⁹. Le paragraphe 129(2) permet également de sanctionner la contravention aux ordres et directives qui sont émis par le chef d'état-major de la défense pour donner effet aux décisions et instructions du gouvernement fédéral ou du ministre²⁰⁰. Ainsi, le paragraphe 129(2) permet de sanctionner à la fois les contraventions à la loi ou aux règlements pris par les autorités civiles et les ordres ou les directives émis par les autorités militaires à tous les niveaux de la chaîne de commandement, du quartier général à l'unité, du général au simple soldat²⁰¹. Ce processus d'incorporation par renvoi des ordres et directives pris par les autorités militaires leur permet ainsi de créer des

197. Nous faisons référence ici aux codes disciplinaires canadiens, américains et anglais applicables au service militaire, au service de police et au service des prisons. Par exemple, voir l'article 40 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, *supra* note 111.

198. Voir les dispositions législatives ayant trait à la notification et à la publication des règlements, ordres et directives destinés aux Forces canadiennes; voir le paragraphe 51(1) de la LDN et les art. 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.

199. Voir les art. 12 à 13.1 de la LDN. Ces articles décrivent les pouvoirs qu'ont le gouverneur en conseil, le ministre et le conseil du trésor de prendre des règlements concernant les Forces canadiennes.

200. Voir le paragraphe 18(2) de la LDN et les art.1.235, 4.12 et 4.21 des ORFC. Ces articles décrivent les pouvoirs qu'ont le chef d'état-major de la défense, les officiers commandant un commandement et les commandants d'émettre des ordres et directives.

201. Voir également l'art. 19.01 des ORFC. Et l'art. 19.015 des ORFC.

infractions²⁰²; le paragraphe 129(2) permet la sanction de leur contravention à travers le système de justice militaire²⁰³.

Après leur adoption, les lois sont rendues publiques par leur sanction royale et les règlements par leur publication dans la Gazette du Canada. Il est alors impossible d'en plaider l'ignorance²⁰⁴. Les règlements, ordres et directives pris sous l'autorité de la LDN sont soustraits à l'enregistrement et ne sont pas sujet à la publication dans la Gazette du Canada²⁰⁵. Leur publication et leur notification sont régies par la LDN et les règlements d'application²⁰⁶.

Si les exigences réglementaires sont respectées, alors l'accusé est présumé en connaître le contenu et la teneur²⁰⁷. Il lui est alors impossible d'en

202. Les dispositions de la LDN et les règlements pris par le gouverneur en conseil, le ministre ou le conseil du trésor en vertu des art.12 à 13.1 de la LDN ont déjà force de loi en raison de leur nature législative. Les ordres et directives qui sont émis par les autorités militaires, quant à eux, n'ont pas été édictés dans l'exercice d'un pouvoir législatif.
203. Voir J.B. Fay, *supra* note 11 aux pp. 122-123. L'auteur stipule : «Thus while military law can be defined, the scope and content is not easily determined. The authority in the National Defence Act providing for the creation of military law through regulations and orders is so extensive as to have the effect of taking the responsibility for making of what must be termed a form of criminal law, from the hands of Parliament and placing it in the hands of individuals».
204. Toute loi fédérale, c'est-à-dire toute disposition de nature législative adoptée par la Chambre des communes et ratifiée par le Sénat et ayant reçu la sanction royale, devient publique lors de son entrée en vigueur. Pour ce qui est des règlements fédéraux, notons que leur publication dans la Gazette du Canada les fait entrer dans le domaine public. Ils sont alors admissibles d'office devant une cour de justice par la production d'un exemplaire de la Gazette du Canada établie par l'imprimeur de la Reine. À cet effet, voir la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c.22, art. 23 et la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 20.
205. En effet les règlements pris en vertu de la LDN ne sont ni dans la codification de 1978 ou dans la partie 2 de la Gazette du Canada. *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c. S-22, art. 20 et *Le règlement sur les textes réglementaires*, C.R.C. 1978, c. 1509, art. 7; les règlements pris en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la défense nationale* sont soustraits à l'enregistrement, et l'art. 15(1) du même règlement, soustrait ces règlements à la publication.
206. *Supra* note 210.
207. En vertu de l'art. 15 des Règles militaires de la preuve, la cour doit prendre connaissance judiciaire de la teneur, mais non de la publication ou de la suffisance de la notification des ORFC ainsi que des ordres (OAFK et DOAD) et instructions donnés par écrit par le chef d'état-major de la défense ou en son nom sous le régime de l'art. 1.23 des ORFC. On devra prouver la fabrication et la teneur des ordres ou directives qui ne sont pas émis sous

plaider l'ignorance²⁰⁸. À défaut de pouvoir bénéficier de cette présomption réglementaire, la poursuite devra établir que l'accusé avait une connaissance personnelle du règlement, de l'ordre ou de la directive sous-jacent à l'accusation portée sous le paragraphe 129(2)²⁰⁹.

Nous remarquons que la connaissance qu'a l'accusé des règlements, ordres et directives dépend essentiellement de l'obligation qu'a le commandant de voir à leur publication et leur notification²¹⁰.

Rappelons que le paragraphe (2) de l'article 129 stipule que le fait de contrevenir à un règlement, ordre ou directive est une inconduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline²¹¹. Cette simple contravention n'est cependant pas suffisante à elle seule pour établir la culpabilité d'un accusé. La Cour d'appel des cours martiales dans l'affaire *Latouche* venait d'ailleurs confirmer cette interprétation :

However, because section 129 is a deemed offence, it is still necessary to examine the underlying QR&O offences in order to determine what *mens rea* is required for a finding of guilt pursuant to section 129²¹².

Lorsque la poursuite veut établir la culpabilité d'un accusé poursuivi sous l'infraction prévue au paragraphe 129(2), elle doit premièrement démontrer hors de tout doute raisonnable que le règlement, l'ordre ou la directive dont elle allègue contravention, avait dûment été publié et notifié à l'accusé. Deuxièmement, elle doit prouver hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs qui varieront selon la rédaction du règlement, de l'ordre ou de la

l'autorité du chef d'état-major.

208. Voir l'art. 150 de la LDN, *supra* note 1.

209. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 120. L'auteur est d'opinion que la présomption législative prévue à l'article 1.21 des ORFC ne pourrait bénéficier seulement qu'aux règlements, ordres et directives visés au sous-paragraphe 129(2) b). Les ordres visés au sous-paragraphe 129(2) c) ne pourraient bénéficier des mécanismes législatifs de présomption de notification et de publication. Voir les propos de l'auteur à la p. 128.

210. Voir les art. 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.

211. Voir le paragraphe 129(2) de la LDN.

212. *R. c. Latouche*, *supra* note 9 à la p. 427. Voir aussi à cet effet *Howe c. The Queen* (1957), 2 CMAR 51. Voir les propos de la cour d'appel aux pp. 59 et 61.

directive sous-jacent à l'accusation²¹³. Comme le mentionnait la cour dans l'affaire *Latouche* :

The trial judge was, therefore, required to examine the two underlying offences particularized in the charges in order to determine what the essential elements of the underlying offences were, and what *mens rea* was required for those underlying offences. It is the commission of the underlying offences which determines whether or not the accused's act caused prejudice to the good order and discipline of the Canadian military forces²¹⁴.

Ainsi la poursuite aura démontré la culpabilité de l'accusé²¹⁵. Il nous apparaît donc superflu que la loi ait tenu à préciser que le fait de contrevenir aux règlements, aux ordres et aux directives soit préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

2. Les problèmes reliés à la nature des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale

213. *R. c. Latouche*, *supra* note 9. Voir les propos de la cour d'appel des cours martiales aux pp. 428-430.

214. *R. c. Latouche*, *supra* note 9 à la p. 430.

215. Par exemple, l'article 20.04 des ORFC interdit à tout justiciable de faire usage de drogues. Le mot drogue est défini dans le règlement et inclut entre autres une substance désignée, défini dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. L'utilisation de drogue n'est pas une infraction en droit criminel. Devant un tribunal militaire, la poursuite, pour être en mesure de prouver que l'accusé connaissait le règlement adopté par le gouverneur en conseil, car il ne s'agit pas d'une loi, pourra bénéficier de la présomption réglementaire prévue aux articles 1.12 et 1.21 des ORFC et l'accusé ne pourra plaider qu'il en ignorait le contenu et la teneur. À défaut de pouvoir bénéficier de la présomption réglementaire, la poursuite devra démontrer que l'accusé avait une connaissance personnelle du règlement. Si la poursuite réussit à établir ces faits, l'accusé ne pourra suggérer qu'il ne savait pas qu'il était interdit d'utiliser des drogues. Cependant le travail de la poursuite ne s'arrête pas là; elle devra établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé a intentionnellement utilisé une drogue interdite et que, dans les faits du dossier, la substance utilisée par l'accusé était une substance interdite et que l'accusé savait qu'il s'agissait d'une drogue interdite.

a) L'infraction prévue au paragraphe 129(1) présente des problèmes de définition

La nature résiduaire et indéterminée du paragraphe (1) de l'article 129 rend son application sujette à une interprétation subjective. Le paragraphe 129(1) sanctionne des conduites qui contreviennent à un standard alors qu'en principe les infractions pénales sanctionnent des conduites en contravention de normes précises²¹⁶. La notion de standard est difficilement compatible avec le principe de la légalité²¹⁷. Le standard diffère de la règle, ou norme :

Des «standards» en droit pénal. Surprenante expression qu'on ne trouve dans aucun index des principaux manuels de droit pénal. Il est vrai que la notion de standard introduit une référence à la normalité donc une moyenne, à l'«étant»; alors que le droit pénal est par nature normatif. À travers les interdits que sont les infractions pénales il pose un «devoir être», donc un idéal de comportement et non une moyenne. De plus, le standard ne fournit pas de solution unique et univoque. À la différence de la règle, qui permet de déduire, dans une logique binaire, une solution nette, une décision qui tranche entre interdit/permis, coupable/innocent, le standard détermine des possibilités d'autant plus ouvertes qu'il se fonde sur des critères plus nombreux, offrant des combinaisons multiples. En ce sens la logique du standard paraît heurter de front le principe de la légalité que l'on sait au cœur du droit pénal dans les pays de tradition legaliste. On connaît la formule de Portalis : en droit pénal, il faut «des lois précises et point de jurisprudence»...²¹⁸

Le principe de la primauté du droit se manifeste en droit pénal par le principe de la légalité²¹⁹.

The principle of legality is, first of all, a summation of the form of all the penal laws, of what distinguishes them as positive laws from all

216. A. Jodouin, *supra* note 189. Voir les propos de l'auteur à la p. 812.

217. Ce principe s'énonce dans cette maxime latine «nullum crimen nulla poena sine lege».

218. M. Delmas-Marty, *supra* note 187 à la p. 1020.

219. A. Jodouin, *supra* note 189 à la p. 796.

other rules; and it qualifies and is presupposed by everything else in penal theory²²⁰.

En droit pénal, les interdits sont spécifiques. L'infraction pénale est une création de la loi. Le principe de la légalité est à la source de la notion de «non-rétroactivité» ainsi que de l'interprétation restrictive des infractions²²¹. Le principe de la légalité impose des limites aux agissements des officiers de l'État par la prescription de règles strictes et spécifiques couvrant toutes les étapes du processus pénal²²².

Dans «*De la règle Nulla poena sine lege*»²²³, l'auteur fonde la rationalité du principe de la légalité sur la nécessité d'éviter l'arbitraire :

Telle est la raison pour laquelle on exige dans la loi une définition préalable des incriminations. La liste ainsi dressée permet aux individus de régler leur activité en conséquence et de jouir de la sécurité la plus complète, tant qu'ils ne dépassent pas les limites ainsi tracées. Mais précisément, ce but ne peut être pleinement rempli, que si ces limites sont précises. Il sera inutile de promulguer un Code, si les formules de ce Code sont vagues. Sous couleur d'interprétation de la loi, le juge recouvrera son pouvoir arbitraire et ce sera alors beaucoup plus dangereux. Tout vaut mieux que l'hypocrisie. Pour notre part nous préférons un système, laissant franchement au juge un pouvoir discrétionnaire, à une législation, fondée sur un Code, si ce Code se compose de textes tellement larges, que le magistrat sera en fait presque entièrement libre.

L'imprécision inhérente à l'infraction prévue au paragraphe 129(1) limite la capacité qu'ont les autorités militaires de voir au maintien de la

220. J. Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2^e éd., Bobbs-Merrill, 1960 à la p. 27

221. Voir G. Levasseur, A. Chavanne et J. Montreuil, *Droit pénal général et procédure pénale*, 11^e éd., Paris, Édition Sirey, 1994. Voir plus précisément les propos des auteurs aux pp. 33, 34 et 43.

222. A. Jodouin, *suupra* note 189 à la p. 794.

223. L.J. Morandière, *De la règle Nulla poena sine lege*, Paris, Recueil Sirey, 1910 aux pp. 60 et 61.

discipline de leurs subordonnés et de leur indiquer clairement ce qui constitue une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline :

If one wishes to deter people from engaging in various activities by holding out to them a threat of punishment, it seems essential to state quite clearly and precisely what the forbidden activity is. For, it would seem, the threat cannot have any effect on the mind of the prospective criminal unless he or she can associate it easily with a particular proposed activity on his or her part²²⁴.

La littérature juridique s'est d'ailleurs préoccupée de la constitutionnalité et de la légalité de l'infraction prévue au paragraphe 129(1). Plusieurs auteurs ont remis en question la validité de cette disposition; certains en recommandant même son abolition²²⁵.

Voici comment, en 1972, le major-général Hodson, ancien juge-avocat général des Forces terrestres américaines et ancien juge en chef du United States Army Court of Military Review, s'exprimait au sujet de l'article 134 du Uniform Code of Military Justice (UCMJ), l'équivalent américain du paragraphe 129(1) :

I would abolish Article 134.[...]. We would thus rid ourselves of the Devil's Article. We don't really need it, and we can't defend our use of it in this modern world. It probably could not withstand a vague and indefinite attack in the Supreme Court²²⁶.

De même, dans une affaire relative au droit à la représentation par avocat devant un tribunal disciplinaire des détenus, la cour d'appel fédérale du Canada (en rapport à une accusation portée sous l'article 39k) de l'ancien article

224. M. Grove, *supra* note 115 à la p. 22. M. Jackson, *supra* note 182 à la p. 7.

225. E.F. Sherman, *supra* note 6; G.G. Ackroyd, *supra* note 6; C.B. Arrowood, *supra* note 6; K.S. Bernard, *supra* note 6; P. Camp, *supra* note 6; J.A. Hagan, *supra* note 6; D.J. Kornstein, *supra* note 6; D.B. Nichols, *supra* note 6.; F.B., Wiener, *supra* note 6; D.N. Zillman, et E.J. Imwinkelreid, *supra* note 6.

226. K.J. Hodson, *supra* note 6 à la p. 12. Uniform Code of Military Justice, *supra* note 196, art. 134.

39 du Règlement sur les services des pénitenciers²²⁷, une disposition semblable au paragraphe 129(1)) notait :

En outre, une des trois autres accusations lui reprochait d'avoir agi de manière à nuire à la discipline et au bon ordre, chef d'accusation notoirement vague et difficile à contester pour quiconque. Ces caractéristiques indiquent également que la protection des droits du détenu exigeait l'assistance d'un avocat.[...]. Une des accusations portées contre l'appelant en l'espèce, soit celle d'avoir eu une conduite propre à nuire à la discipline ou au bon fonctionnement de l'établissement, est une accusation fourre-tout tellement vague que la nécessité d'obtenir l'aide d'un avocat afin de préciser les faits et de contester les allégations ne peut que sauter aux yeux²²⁸.

L'article 39k) des *Règlements sur les services des pénitenciers* a été abrogé essentiellement parce qu'il avait été considéré comme vague et imprécis et qu'il ne structurait pas suffisamment les pouvoirs discrétionnaires des autorités²²⁹.

Les caractères vagues et imprécis du paragraphe 129(1) et de l'article 134 américain²³⁰ ont été discutés devant les cours de justice : la Cour martiale générale, la Cour d'appel des cours martiales et la Cour suprême des États-Unis ont toutes trois reconnu leur validité constitutionnelle, jugeant que le paragraphe

227. *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. c. 1251, art. 39. L'ancien article 39 du *Règlement sur les services pénitenciers* prévoyait à son paragraphe k) ce qui suit :

«39. Est coupable d'une infraction à la discipline, un détenu qui : [...] k) commet un acte propre à nuire à la discipline ou au bon ordre de l'institution;».

228. *Howard c. Presiding Officer of the Inmate Disciplinary court of Stony Mountain Institution*, *supra* note 180 aux pp. 665 et 681.

229. Solliciteur général du Canada, *Les autorités correctionnelles et les droits des détenus*, *supra* note 180 aux pp. 3-4 et 40-50. Voir ce que le rapport stipule à la p. 3. Voir la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, *supra* note 111, art. 40. et M. Jackson, *supra* note 180.

230. *Parker c. Levy* (1974), 417 U.S. 733. Notons que dans cette décision de la cour suprême des États-Unis, trois des huit juges étaient dissidents.

129(1) ainsi que l'article 134 n'étaient pas imprécis au point d'être inconstitutionnels²³¹.

Toutefois, malgré la reconnaissance judiciaire de la validité constitutionnelle du paragraphe 129(1), sa nature indéterminée continue d'avoir un impact significatif sur la discipline militaire et sur la légitimité des autorités chargées de l'appliquer²³². L'ex-colonel Fay notait :

For the soldier the ultimate result of obedience to an order can be death in battle. The serviceman, to take such a risk, must have confidence in those who issue the orders and have the belief that the system he is called upon to support, and that the military system of which he is part, are good ones, fair, and with regard for him as an individual. When the serviceman has confidence in his commanders and believes in the organization, there is discipline. [...]. Military law achieves great importance when viewed in the context of the above. 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 based²³³.

Il est donc important de respecter les principes de justice qui sont compatibles avec la primauté du droit si l'on entend promouvoir la discipline tellement nécessaire au maintien de forces armées efficaces.

231. *R. c. Lcol Michaud*, Cour martiale générale, 26 juin, 9 octobre, 6, 19 au 22 novembre 1990; *Lunn c. R.*, *supra* note 183 à la p. 166. La cour en se référant au principe énoncé dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 stipule : «Ce qui constitue ou non un comportement préjudiciable au bon ordre et à la discipline dans le contexte des Forces armées canadiennes peut de toute évidence faire l'objet d'un débat judiciaire. [...]. Elle n'est pas imprécise du tout quand on donne convenablement toutes les précisions nécessaires à son égard».

232. Voir President's Commission on Law Enforcement and the Administration of Justice, «Task force Report : The Courts», Washington, Government Printing Office, 1967 à la p. 107.

233. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123

Le paragraphe (5) de l'article 129 stipule, par ailleurs, que le paragraphe (1) ne peut être invoqué pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128 de la LDN²³⁴. Cependant, rien n'empêche d'invoquer le paragraphe 129(1) pour porter une accusation similaire à une infraction criminelle incorporée au code de discipline militaire par le biais de l'article 130 de la LDN. Cette possibilité est amplifiée par la sévérité de la peine attribuée à l'infraction de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline prévue au paragraphe 129(1).

Notons également que plusieurs des infractions énoncées aux articles 73 à 128 de la LDN sont semblables et dans certains cas identiques aux infractions criminelles civiles qui sont incorporées au code de discipline militaire par l'article 130 de la LDN, comme par exemple : l'article 84 LDN (frapper un supérieur) et l'article 265 du Code criminel (voie de faits); l'article 125 LDN (infractions relatives à des documents) et l'article 366 du Code criminel (faux documents)²³⁵. Il est donc ainsi possible de porter une accusation sous le paragraphe 129(1) pour des infractions similaires à celles prévues aux articles 73 à 128 sans contrevenir au paragraphe 129(5). D'ailleurs, la note (G)²³⁶ de l'article 103.60 - Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline - des ORFC semble autoriser une telle façon de procéder :

Note (G) Voici quelques exemples de cas qui font l'objet d'accusations et d'allégations dans l'exposé des détails d'un chef d'accusation établi aux termes de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale :

234. Voir le paragraphe 129(5) de la LDN.

235. Par exemple, les infractions suivantes : art. 85 LDN (menace envers supérieur) et 264.1 C.cr. (proférer des menaces); art. 111 de la LDN (conduite répréhensible des véhicules), 249 C.cr. (conduite dangereuse) et 253 C.cr. (capacité de conduite affaiblie); art. 113 LDN (incendie) et 433 C.cr. (incendie criminel); art. 114 LDN (le vol) et 334 C.cr. (vol); art. 115 LDN (recel) et 354 C.cr. (possession de biens criminellement obtenus); 116 LDN (dommage, perte ou aliénation irrégulière) et 430 C.cr. (méfait); art. 117 LDN (infractions diverses à caractère frauduleux) et les articles 119 (corruption de fonctionnaires judiciaires), 120 (corruption de fonctionnaires), 121 (fraudes envers le gouvernement), 122 (abus de confiance par un fonctionnaire public) et 380 (fraude) du C.cr.; art. 128 LDN (complot) et 465 C.cr. (complot).

236. La note (C) de l'art. 107.05, *supra* note 156.

- Avoir illégalement en sa possession des effets appartenant à un camarade lorsqu'il n'existe pas de preuve réelle de vol; (infraction similaire à vol sous 114 LDN ou sous l'article 322 du Code criminel)
 - Présenter un certificat médical le sachant faux; (infraction similaire à 125 LDN ou 365 et 366 du Code criminel)...[...]
 - Être inapte au service à cause de la consommation antérieure de stimulants alcooliques. (infraction similaire à l'article 97 LDN)²³⁷.
- (Nous avons ajouté les précisions entre parenthèses)

De toute évidence, le paragraphe 129(5) ne peut empêcher efficacement l'utilisation du paragraphe (1) de l'article 129 pour poursuivre des inconduites similaires en substance ou encore identiques aux infractions prévues aux articles 73 à 128 de la LDN. Il semblerait que ce que le paragraphe 129(5) interdit est permis à la note (G) de l'article 103.60 des ORFC. Bien sûr, le paragraphe (6) qui mentionne qu'un officier pourrait être poursuivi pour une utilisation non conforme du paragraphe (1) ou (2), c'est-à-dire contrevenir au paragraphe (5), ne peut alors être appliqué, car comment peut-on soutenir qu'un officier a contrevenu au paragraphe 129(5) alors que la note (G) l'en autorise?

Comment porter des accusations contre un officier alors qu'il peut répondre qu'il respectait la note (G) de l'article 103.60 des ORFC²³⁸? Malgré nos recherches, nous n'avons trouvé aucun exemple où une telle contravention a été invoquée pour étayer une accusation contre un officier visé par le paragraphe 129(6)²³⁹.

237. Les comportements suivants furent d'ailleurs jugés sous l'article 129 au procès sommaire au courant de l'année 2001 :

- did, when applying for a passport, falsely represent his guarantor to be a senior military officer knowing such representation to be false;
- signed document attesting that a cpl, had met the condition required to establish a common law relationship, knowing the information to be false;
- did retain munitions, without authority, the property of the Canadian Forces, among his personal effects;
- did improperly possess 40 CD Rom, property of her Majesty.
- in an attempt to deceive, produce a medical certificate, a sick report form, knowing it to be not genuine.

238. *Howe c. The Queen*, supra note 212 à la p. 61.

239. Selon notre analyse, nous croyons que 16% des accusations portées sous le paragraphe 129(1) auraient pu faire l'objet de poursuite sous l'une des infractions prévues aux articles 73 à 128, particulièrement les suivantes qui n'ont pas d'équivalents dans la vie civile et qui

La pratique et la note G à l'article 103.60 des ORFC laissent subsister les problèmes suivants dans l'utilisation du paragraphe 129(1). D'abord, en ce qui concerne les garanties procédurales, il est possible de poursuivre devant le procès sommaire des infractions identiques ou semblables à celles prévues aux articles 73 à 128 ou à l'une des infractions civiles prévues à l'article 130 de la LDN. Or, plusieurs de ces infractions, en raison de leur classification réglementaire, sont spécifiquement soustraites à la compétence du procès sommaire²⁴⁰. Il est, par ce mécanisme, permis de poursuivre devant le procès sommaire des conduites qui seraient normalement exclusivement justiciables de la cour martiale. Ce mécanisme lui permettra de choisir le procès sommaire comme mode de procès pour une infraction qui devrait être de la compétence exclusive de la cour martiale²⁴¹. Ainsi, l'accusé se retrouve dans une situation où il peut perdre le bénéfice des protections procédurales accrues qui seraient autrement disponibles au niveau de la cour martiale.

Les garanties procédurales dont on prive l'accusé sont la possibilité d'avoir accès à une procédure pénale de type accusatoire²⁴², au bénéfice de l'application des Règles militaires de la preuve²⁴³, au droit à la représentation

ne pourraient pas être poursuivies sur l'article 130 LDN : accusations d'absence sans permission (art. 90 LDN), d'ivresse (art. 97 LDN), d'insubordination (art. 85 LDN) et d'usage non autorisé de véhicule militaire (art. 112 LDN).

240. Voir l'art. 108.07 des ORFC, *supra* note 54. Ainsi les infractions prévues aux articles suivants de la LDN sont soustraites à la compétence du procès sommaire : 73 (manquement au devoir face à l'ennemi-commandants), 74 (manquement au devoir en général face à l'ennemi), 75 (sécurité), 76 (prisonniers de guerre), 77 (diverses infractions relatives aux opérations), 78 (espions au service de l'ennemi), 79 à 81 (infractions relatives à la mutinerie), 82 (infractions séditieuses), 92 (conduite scandaleuse de la part des officiers), 94 (propos trahis ou déloyaux), 104 (perte, échouement ou mise en danger des navires), 119 (faux témoignage), 121 à 123 (infractions relatives à l'enrôlement), 124 (négligence dans l'exécution des tâches) et 125 (infractions relatives à des documents) de la LDN.

241. Par exemple, on pourrait poursuivre sous le paragraphe 129(1) une inconduite de négligence dans l'exécution des tâches (art. 124 de la LDN de la compétence exclusive de la cour martiale) et alors offrir à l'accusé de choisir de se faire juger soit par procès sommaire ou par cour martiale; rappelons que dans les cas d'élection 95% des militaires choisissent le procès sommaire. À cet effet, voir le *Rapport du JAG (2001-2002)*, *supra* note 2 à la p. 100.

242. Voir K.S. Bernard, *supra* note 6 à la p. 336.

243. Voir les paragraphes 108.21(1) et (2) des ORFC.

par avocat²⁴⁴, à l'impartialité et l'indépendance du juge qui disposera de l'affaire en cour martiale²⁴⁵, à la transcription des débats de la cour martiale²⁴⁶ et au droit d'appel à la Cour d'appel des cours martiales²⁴⁷.

Le problème étudié présente une difficulté en ce qui a trait à l'exception de la chose jugée. Ainsi, si l'accusation portée sous le paragraphe 129(1) vise une conduite similaire à celle visée par l'une des infractions prévues aux articles 73 à 128, au code criminel ou à une autre loi fédérale, on pourra alors invoquer l'exception de la chose jugée. Cela aurait comme conséquence d'empêcher toute poursuite ultérieure devant un tribunal civil ou militaire²⁴⁸.

D'autre part, l'accusation peut ne pas refléter la réalité concrète de l'inconduite sujette à des poursuites sous le code de discipline militaire. En ce qui concerne la peine, elle peut masquer la gravité réelle de l'infraction. Ainsi, il est possible pour l'accusé de se voir infliger une peine qui tiendrait compte de l'infraction spécifique (soit une de celles prévues aux articles 73 à 128, au Code criminel ou à une autre loi fédérale) qui aurait dû faire l'objet de l'accusation²⁴⁹.

Ces problèmes reliés à l'utilisation actuelle du paragraphe 129(1), particulièrement au niveau du procès sommaire, jumelés à sa nature

244. L'accusé n'a pas droit à la représentation par avocat au procès sommaire. Voir l'art. 108.14 des ORFC.

245. Le commandant qui préside un procès sommaire n'est pas avocat et ne possède aucune formation juridique officielle. Il aura à juger un membre de son unité et il y a de fortes probabilités qu'il ait une connaissance du dossier de l'accusé. Le commandant a un intérêt personnel et professionnel dans le résultat du procès étant donné que l'un de ses devoirs est justement de voir au maintien de la discipline de son unité. Il est d'ailleurs redevable de cette obligation envers ses supérieurs hiérarchiques. Au même effet, voir le *Rapport Dickson*, *supra* note 14 à la p. 55.

246. Il n'y a pas de consignation écrite des débats ou des motifs des décisions prises au procès sommaire.

247. L'accusé bénéficie d'un droit de révision du verdict et de la peine au procès sommaire. Cette demande est dirigée par l'accusé à l'autorité de révision. L'autorité de révision est l'officier supérieur envers qui le commandant est responsable en matière de discipline. Voir l'art. 108.45 des ORFC.

248. Voir le paragraphe 66(1) de la LDN.

249. P. Camp, *supra* note 6 à la p. 1957.

indéterminée, créent une situation que Camp, à propos de l'article 69 du *Army Act*²⁵⁰, cousin britannique du paragraphe 129(1), décrivait de la façon suivante :

There is about section 69 a flavour of Alice in Wonderland. Almost any conduct can be proscribed and in the orderly room before his Commanding officer, a soldier is unlikely to be able to challenge effectively that the act concerned was not at least potentially prejudicial to good order and military discipline and will be unlikely to insist that he did not have some implied mental element which is not stated in the charge, indeed neither he nor the Commanding officer may give any consideration to that element²⁵¹.

Nous sommes d'opinion que cette remarque peut très bien s'appliquer au système de justice militaire canadien dans le contexte du procès sommaire devant le commandant de l'accusé.

Dans cette perspective, et particulièrement dans le cas où une accusation sous le paragraphe 129(1) serait entendue au procès sommaire, les remarques du juge Addy, ancien juge à la Cour d'appel des cours martiales, traduisent très bien la situation de l'accusé dans l'hypothèse qui nous occupe :

It is absolutely fundamental that an accused, in order to be convicted, must be convicted on legal evidence adduced before him in Court, and that all the essential particulars and elements of the offence must be proven in evidence, and that the accused must be given an opportunity to meet and explain or contradict this evidence. Any regulation in any way limiting these most basic principles of British justice must, in my opinion, be very strictly interpreted. ...[...] Any extension of this principle, unless such extension were most carefully and completely defined, would lead to an accused before a Service tribunal being in the very unfair position of having to speculate on what usage, what fact or what matter, particulars of which were not given to him, and which custom, matter or fact that has not been given in evidence or even argued at trial, might be used to convict him. He would not even be in a position to know what evidence he should adduce in his

250. *Army Act 1955* britannique, *supra* note 196, art. 69.

251. P. Camp, *supra* note 6 à la p. 1958.

defence or on what grounds he should argue. Furthermore appellate Courts, faced with a very incomplete record in some cases, might be obliged to speculate on what possible unestablished facts the accused might have been found guilty by the court martial.²⁵².

Nous croyons que ces situations ne peuvent que mettre en danger la transparence et finalement la légitimité du système de justice militaire.

b) L'infraction prévue au paragraphe 129(2) présente des problèmes de publicité

Rappelons que le paragraphe (2) de l'article 129 permet à la hiérarchie militaire de sanctionner les règlements pris par les autorités civiles et les ordres et directives pris par les autorités militaires²⁵³. Ces règlements, ordres et directives sont soustraits à l'enregistrement et ne sont pas sujets à la publication dans la Gazette du Canada²⁵⁴; leur notification et publication sont assujetties au respect des exigences réglementaires prévues dans les ORFC tel que le prescrit l'article 51 de la LDN. Le paragraphe 51(1) énonce :

(1) Il suffit, pour que les règlements ainsi que les ordres et directives destinés aux Forces canadiennes soient considérés comme régulièrement notifiés, qu'ils aient été publiés *de la manière réglementaire*, dans l'unité - ou tout autre élément - où sert l'intéressé.
(nos italiques)

252. *Chenoweth c. The Queen* (1954), 1 C.M.A.R. 253 aux 264-265. Au même effet, voir *R. c. Rutherford*, *supra* note 93. Voir les propos des juges majoritaires à la p. 272. Le juge dissident souscrit aux motifs du jugement prononcé par la majorité sur cette question. Voir également *R. c. Lunn*, *supra* note 183 à la p. 169.

253. Voir les art. 12 à 13.1 de la LDN pour les pouvoirs réglementaires attribués aux autorités civiles (au gouverneur en conseil, au ministre et au Conseil du Trésor) de prendre des règlements concernant l'application de la LDN. Voir l'art. 18(2) de la LDN pour les pouvoirs du chef d'état-major de la défense de prendre des ordres et directives. Voir entre autres les paragraphes (1) de l'art. 4.12 des ORFC (Ordre du chef d'état-major de la défense) et (1) de l'art. 4.21 des ORFC (Ordre du chef d'état-major de la défense).

254. *Supra* note 7.

Or, cette disposition peut donner lieu à une situation problématique. En effet, l'article 1.12 des ORFC - Règlements et ordres mis à la disposition des militaires - (Ordre du chef d'état-major de la défense) énonce :

Un commandant doit tenir à la disposition de tous les militaires intéressés les règlements pris et les ordres émis en application de la Loi sur la défense nationale.

L'article 1.21 des ORFC - Notification par réception des règlements, ordres et directives - (Règlement pris par le gouverneur en conseil) énonce :

Sous réserve du paragraphe 51(2) de la Loi sur la défense nationale (voir l'article 1.20-Notification des règlements, ordres et directives-forces de réserve), tous les règlements, ordres et directives émis aux Forces canadiennes sont censés avoir été publiés et régulièrement notifiés à toute personne intéressée si :

- a) d'une part, ils sont reçus à la base, l'unité ou l'élément où cette personne est en service;
- b) d'autre part, le commandant de la base, de l'unité ou de l'élément prend les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que les règlements, ordres et directives sont portés à l'attention et mis à la disposition des personnes qui peuvent y trouver intérêt. (Voir l'article 4.26-Circulation des règlements, ordres, directives, correspondance et publications.).

L'article 4.26 des ORFC - Circulation des règlements, ordres, directives, correspondance et publications - (Ordre du chef d'état-major de la défense) énonce :

- (1) Un commandant s'assure que tout règlement, ordre, directive, correspondance et publication touchant les militaires, soit quant à l'accomplissement de leurs fonctions ou quant aux conditions de leur service, reçoivent une publicité de nature à permettre à ces militaires de les étudier et se familiariser avec leur contenu.
- (2) Les ordres relatifs à toute question exigeant des explications particulières sont lus et expliqués aux militaires du rang dès leur réception.

Notons que certaines de ces dispositions sont des ordres et non des règlements au sens du paragraphe 51(1) de la LDN. Seulement les dispositions qui imposent au commandant des devoirs précis sont des ordres. Les règlements se satisfont du standard imprécis des «mesures qui lui paraissent pratiques».

Rappelons que lorsque la poursuite porte une accusation sous le paragraphe 129(2), elle doit établir que le règlement, l'ordre ou la directive sous-jacent a été publié et notifié à l'accusé. Pour bénéficier de la présomption réglementaire et ainsi éviter d'avoir à établir la connaissance personnelle de l'accusé, la poursuite doit démontrer les conditions énoncées à l'article 1.21 des ORFC. Or, en vertu de cette disposition réglementaire, le règlement, ordre ou directive faisant l'objet de l'accusation sera censé avoir été publié et régulièrement notifié à l'accusé si d'une part il est reçu à l'unité où sert l'accusé et si d'autre part le commandant a pris les mesures qui lui paraissaient pratiques pour s'assurer que le règlement, l'ordre ou la directive soit porté à l'attention et mis à la disposition des personnes pouvant y trouver intérêt. Bien sûr, le commandant a d'autres obligations découlant non pas des règlements mais des ordres (voir les articles 1.12 et 4.26 des ORFC ci-dessus). À la limite, dans l'hypothèse où le commandant ne respecterait pas les ordres, la présomption pourrait trouver application si le tribunal était satisfait que le commandant avait néanmoins pris des mesures qui lui paraissaient pratiques pour s'assurer que le règlement, l'ordre ou la directive soit porté à l'attention et mis à la disposition de l'accusé. On pourrait ainsi craindre que l'accusé n'ait pas eu une connaissance réelle du règlement, de l'ordre ou de la directive faisant l'objet de l'accusation.

Les obligations qu'a le commandant en vertu des articles 1.12 et 4.26 des ORFC ne peuvent être considérées comme faisant partie de la procédure réglementaire visée à l'article 51 de la LDN puisque ces obligations ne sont pas énoncées dans des règlements, mais plutôt dans les ordres émis par le chef d'état-major de la défense²⁵⁵. Notre interprétation de la procédure de notification et publication se confirme à la lecture de la version anglaise du paragraphe 51(1) de la LDN :

255. N. Caron, *supra* note 11. Voir les propos de l'auteure aux pp. 34 et 50. Pour la définition de «texte réglementaire» voir la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. 1985, c. S-22, art. 2. Au même effet, voir *R. c. Strand* 14/98 (Standing court martial) à la p. 223.

(1) All regulations and all orders and instructions issued to the Canadian Forces shall be held to be sufficiently notified to any person whom they may concern by their publication, *in the manner prescribed in regulations made by the Governor in Council*, in the unit or other element in which that person is serving. (nos italiques)

Comme les articles 1.12 et 4.26 des ORFC sont des ordres pris par le chef d'état-major de la défense et non des règlements pris par le gouverneur en conseil, il n'est pas nécessaire, selon nous, dans le cadre de la législation actuelle, de démontrer que le commandant a respecté les ordres prévus aux articles 1.12 et 4.26 afin de bénéficier de la présomption réglementaire.

Malgré tout, nous considérons essentiel que le commandant respecte les obligations prévues aux articles 1.12 et 4.26²⁵⁶ parce que la grande majorité des activités visées par ces règlements, ordres et directives gouvernent des conduites qui ne constitueraient pas autrement des infractions passibles de sanctions dans la vie civile²⁵⁷.

Rappelons qu'en ce qui concerne l'application du paragraphe (2) de l'article 129, selon la réglementation actuelle, c'est au commandant que revient la charge de prendre les actions nécessaires afin que les règlements, ordres et directives soient mis à la disposition et portés à l'attention des militaires qui servent sous son autorité²⁵⁸.

Rappelons aussi que pour établir la culpabilité d'un accusé poursuivi sous l'infraction prévue au paragraphe 129(2), la preuve doit démontrer hors de tout doute raisonnable que le règlement, l'ordre ou la directive dont on allègue contravention avait été publié et notifié à l'accusé. Ensuite, la preuve doit établir

256. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 125.

257. Voir de façon générale le chapitre 19 des ORFC qui gouverne la conduite et la discipline dans les Forces canadiennes. On peut penser aux ordres qui gouvernent la consommation de boissons alcooliques, les rapports avec le public, la divulgation d'opinion, les communications à des agences de nouvelles, les relations sexuelles entre adultes consentants, les relations personnelles entre les membres, les techniques de déchargement des armes, de l'entretien de l'équipement, de la tenue et du maintien, etc.

258. Voir les art. 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.

hors de tout doute raisonnable les éléments constitutifs du règlement, de l'ordre ou de la directive sous-jacent à l'accusation²⁵⁹.

Or, le commandant, à qui ces obligations réglementaires sont imposées, doit également agir comme juge au procès sommaire et donc se satisfaire que ces obligations ont été correctement remplies. La possibilité de conflit d'intérêt nous semble élevée²⁶⁰.

Il nous semble maintenant indiqué d'examiner la fréquence d'utilisation de l'article 129 dans le système de justice militaire ainsi que les proportions dans lesquelles sont respectivement portées les accusations sous les paragraphes (1) et (2) de l'article au niveau de la cour martiale et du procès sommaire. Nous avons aussi révisé les peines infligées sous le paragraphe 129(1) et sous le paragraphe 129(2) dans le but d'établir la gravité relative de ces deux infractions. Pour ce faire, nous avons analysé les données disponibles pour la période du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 2000 pour ce qui est des cours martiales et celles de la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001 pour les procès sommaires.

Pour l'analyse des accusations portées sous l'article 129 de la LDN devant la cour martiale, les données comprenaient 97 dossiers²⁶¹, soit 346 accusations. De ce nombre, 71 accusations, c'est-à-dire 20% avaient été portées

259. *R. c. Latouche*, *supra* note 9.

260. Nous sommes particulièrement inquiets de la modification proposée au sous-paragraphe 108.17(1)a qui consisterait à ajouter à l'exception déjà prévue pour l'article 129, la contravention aux ordres de commandement (art. 4.12 des ORFC) et aux ordres permanents du commandant (art. 4.21 des ORFC). Le commandant qui a l'obligation de tenir à la disposition de tous les militaires intéressés les règlements pris et les ordres émis en application de la LDN et de s'assurer également que ces règlements et ordres reçoivent une publicité et des explications lorsque cela est nécessaire est également l'individu qui agira comme président au procès sommaire. La possibilité pour le commandant de forcer le procès sommaire contre un accusé dans ces circonstances de conflit d'intérêt évident entre ses obligations et les droits de l'accusé met l'accusé et ses droits dans une position très précaire. Comment l'accusé peut-il suggérer au tribunal que les ordres qui font la substance de l'accusation n'ont pas été publiés et notifiés de façon adéquate?

261. Pendant la période du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 2000, il y a eu 122 cours martiales. Voir les feuilles d'enregistrement des cours martiales ainsi que les actes d'accusations gardés au bureau du Juge-avocat général des Forces canadiennes à Ottawa.

en vertu de l'article 129²⁶². Cinquante et une accusations, 15% du nombre total des accusations pour la période, se rapportaient au paragraphe 129(2) et 20 accusations au paragraphe 129(1), c'est-à-dire 6% du total.

Notre analyse révèle que 50% des accusations portées sous le paragraphe 129(1) l'ont été à titre principal par rapport à 84% sous le paragraphe 129(2).

Comme l'article 148 de la LDN prévoit expressément qu'une seule sentence peut être prononcée par le tribunal, même lorsqu'un membre est reconnu coupable de plusieurs infractions²⁶³ et que dans la majorité des cas il y a eu des condamnations sous d'autres infractions, il s'est avéré difficile d'estimer la sévérité des peines attribuables aux paragraphes 129(1) et 129(2) au niveau de la cour martiale²⁶⁴.

Pour l'analyse des accusations portées sous l'article 129 de la LDN devant le procès sommaire, notre analyse se fonde sur un échantillon de 1265 accusations. De ce nombre, 540 accusations ont été portées sous l'article 129 de la LDN. Étant donné que les accusations sous l'article 129 sont souvent portées sans préciser, dans l'exposé des détails²⁶⁵, si l'inconduite est en contravention d'un règlement, ordre ou directive et qu'au procès sommaire on ne transcrit pas les notes des débats²⁶⁶, nous avons présumé, dans les cas où l'inconduite alléguée dans l'accusation pouvait être considérée en contravention d'un règlement, d'un ordre ou d'une directive et aussi comme préjudiciable au bon

262. Voir le *Rapport annuel du JAG (2001-2002)*, supra note 2, annexe E. Ce pourcentage coïncide avec celui de la période du 1^{er} avril 2000 au 31 mars 2002. Durant cette période, 23% des 447 accusations portées devant la cour martiale l'ont été sous l'article 129.

263. Bien qu'une seule sentence puisse être imposée, il arrive fréquemment qu'une peine concomitante facultative soit jointe à une autre peine autorisée dans l'échelle de punition. À cet effet, voir de façon générale le chapitre 104 des ORFC et les art. 108.24, 108.25 et 108.26 des ORFC.

264. Nous avons trouvé 4 dossiers où il y a eu condamnation pour une accusation unique sous le paragraphe 129(1) en cour martiale : Lcol Boulanger, CMP, 22 juin 1999, (blâme et \$1500); Lcol McEachern, CMP, 15 février 2000, (réprimande et \$750), Lcol Atkinson, CMP, 7 juin 2000, (\$5000) et Sgt Myers, CMP, 26 sept 2000, (blâme et \$500).

265. Voir les paragraphes 107.04(2) et (3) des ORFC.

266. L'article 112.66 des ORFC prescrit que les débats des cours martiales doivent être enregistrés et qu'une transcription de tous les débats de la cour doit être préparée aussitôt que possible après la fin des procédures de la cour martiale.

ordre et à la discipline, qu'il s'agissait en fait d'une accusation portée en vertu du paragraphe 129(2). Ainsi, à partir de l'échantillon de 1265 accusations²⁶⁷, 540 accusations ont été portées sous l'article 129 au procès sommaire pour la période analysée²⁶⁸, nous avons comptabilisé sous le paragraphe (2) les accusations où il y avait mention dans l'exposé des détails de «contrairement au règlement, ordre ou directive» dûment précisé²⁶⁹. Nous avons comptabilisé également sous le paragraphe (2) les accusations où il n'était pas spécifié si l'inconduite contrevenait à un règlement, ordre ou directive mais qui constituaient, selon notre estimation, clairement une telle contravention²⁷⁰.

De notre échantillon de 1265 accusations, 330 accusations, soit 26% ont été portées sous le paragraphe (2) et 210 accusations, soit 17% sous le paragraphe (1)²⁷¹; 200 l'ont été à titre principal et 10 à titre subsidiaire²⁷². Nous

267. Pendant la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001, il y a eu 1406 accusations entendues au procès sommaire, dont 681 sous l'article 129 (48% des accusations totales). Dans la banque de données utilisées, les détails de l'accusation étaient disponibles seulement pour 540 des 681 accusations portées sous l'article 129. Notre échantillon se fonde donc sur 1265 accusations.

268. Voir la banque de données du JAG pour un compte rendu sur les procès sommaires pour la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001. Cette banque de données est disponible à la section du Directeur juridique-Justice militaire politique et recherche du bureau du juge avocat général des Forces. Un rapport informatique de chacune des accusations portées au procès sommaire avec l'énoncé de l'infraction et l'exposé des détails de celle-ci peut être obtenu à partir de cette banque de données.

269. Nous avons consulté avec madame Latour, responsable au bureau du juge avocat général à la section du Directeur juridique-Justice militaire politique et recherche, la rentrée dans la banque de données des infractions provenant des procès-verbaux de procédure disciplinaire afin de clarifier les cas où il y avait mention dans l'exposé des détails de l'infraction de l'expression «en contravention au règlement, ordre ou directive spécifique».

270. Les chiffres avancés sont très conservateurs, surtout lorsque nous considérons que la preuve de la publication et de la notification n'est pas, à notre connaissance personnelle, de pratique courante au procès sommaire. La preuve de ces accusations semble reposer de toute évidence sur la prise de connaissance judiciaire du président d'un standard de conduite reconnu par la pratique et la coutume.

271. Voir le *Rapport annuel du JAG (2001-2002)*, *supra* note 2, annexe E. Ce pourcentage coïncide avec celui de la période du 1^{er} avril 2000 au 31 mars 2002. Durant cette période, 49% des 2928 accusations ont été sous l'article 129.

272. Le paragraphe (1) a été utilisé comme accusation subsidiaire à des infractions d'ivresse, d'acte d'insubordination et à d'autres accusations diverses du Code criminel. Notons que dans tous ces cas, l'accusé a été reconnu coupable sous 129(1) et qu'une suspension d'instance a été ordonnée à l'égard de l'infraction principale plus précise.

remarquons que la fréquence d'utilisation du paragraphe 129(1) (6% à la cour martiale et 17% au procès sommaire) et du paragraphe 129(2) (15% à la cour martiale et 26% au procès sommaire) est beaucoup plus élevée au procès sommaire qu'à la cour martiale.

La révision des dossiers a établi que les peines infligées pour les condamnations sous le paragraphe 129(1) au procès sommaire sont généralement moins sévères que celles infligées sous le paragraphe (2)²⁷³. Cette constatation ne fait que renforcer notre position selon laquelle l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait être réservée exclusivement à régir les inconduites considérées comme étant les moins graves.

B. Une réorientation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale : des solutions qui tiennent compte des droits des militaires tout en respectant les impératifs militaires légitimes

Dans quelle mesure peut-on repenser l'article 129 de façon à le rendre l'outil efficace qu'il devrait être pour la promotion de la discipline dans le respect de la légalité? Nous croyons qu'il est primordial de réviser l'article 129 afin que son contenu et sa structure puissent répondre aux besoins disciplinaires des Forces armées canadiennes tout en s'assurant de régler les difficultés reliées à son utilisation dans le cadre du système de justice militaire canadien.

Notre étude de l'article 129 de la LDN nous a révélé un certain nombre de dysfonctionnements et de difficultés à la fois d'ordre théorique et pratique dans la conception et l'application de ces infractions pourtant nécessaires au bon fonctionnement de la discipline militaire. Les problèmes soulevés relèvent en partie de la structure et du contenu des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2). Les problèmes de structures proviennent essentiellement de l'amalgame de deux infractions distinctes dans un seul et même article et les problèmes de contenu, de la portée excessive du libellé du texte du paragraphe

273. Voir les peines infligées suite à une condamnation sous 129(1), les peines infligées (amende et peines mineures) suite à une condamnation sous 129(1), sur l'échantillon de 210 accusations portées sous 129(1); voir aussi les peines infligées suite à une contravention sur 129(2), les peines infligées (amende et peines mineures) suite à une contravention sur 129(2), sur l'échantillon de 330 accusations portées sous le paragraphe 129(2).

129(1) et de la sévérité de la peine prévue. L'infraction prévue au paragraphe 129(2) présente, quant à elle, des difficultés en matière de publicité. Nous traiterons de ces problèmes de façon séparée puisqu'ils nécessitent des solutions différentes.

Ainsi, nous estimons que le regroupement dans un seul article de dispositions nettement distinctes n'améliore pas la compréhension de la nature de ces infractions. La nature, le rôle, la gravité théorique et l'utilisation de ces deux infractions dans le cadre du système de justice militaire commandent un traitement distinct tenant compte de ces différences.

Étant donné la controverse juridique entourant l'utilisation de l'infraction résiduaire prévue à l'actuel paragraphe 129(1) de la LDN, il est essentiel de tenir compte des objections de principe qui existent face à l'utilisation d'une telle disposition législative. À l'heure actuelle, cette infraction permet de mettre à risque la liberté des militaires pour la contravention d'une disposition qui vise à réglementer un domaine essentiellement disciplinaire. Nous croyons que l'utilisation de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait être réservée uniquement à des conduites disciplinaires mineures ne pouvant pas être avantageusement poursuivies sous une autre infraction précise du code de discipline militaire.

Nous sommes d'opinion que le système réglementaire actuel assurant la publicité des règlements, des ordres et des directives destinés aux Forces armées canadiennes est insuffisant. À l'heure actuelle, il n'existe pas de définition réglementaire de ce que signifie l'expression prévue à l'article 1.21 des ORFC «le commandant ...[...] prend les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que les règlements, ordres et directives sont portés à l'attention et mis à la disposition des personnes qui peuvent y trouver intérêt.» Ce règlement crée un standard qui est explicité dans les ordres. Or, les normes prescrites par les ordres n'ont pas à être respectées pour que puisse jouer la présomption réglementaire prévue à l'article 1.21 des ORFC.

Dans un premier temps, nous exposerons les solutions visant à encadrer et à préciser davantage le domaine d'utilisation de l'article 129. Dans un deuxième temps, nous suggérerons des solutions visant à améliorer les mécanismes législatifs actuels qui visent à informer les militaires sur le contenu

et la teneur des règlements, ordres et directives publiés pour la gouverne des Forces canadiennes.

1. Des solutions visant à clarifier et à simplifier l'utilisation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale

La discipline ne peut être promue qu'à l'intérieur d'un système de justice qui est juste et équitable et qui est ainsi perçu par les personnes qui y sont assujetties. Pour qu'il en soit ainsi nous croyons que les infractions, qui sont en quelque sorte les piliers de ce système, doivent être rédigées le plus clairement et simplement possible. De cette façon, les militaires seront informés de façon précise des comportements les mettant à risque de poursuites sous le code de discipline militaire. Ils pourront alors ajuster leur conduite en conséquence.

Il nous semble particulièrement important qu'il en soit ainsi dans le cadre du système de justice militaire canadien. En effet, plus de 90% des dossiers disciplinaires sont jugés devant le procès sommaire où l'accusé n'a pas droit d'être représenté par avocat. Pour favoriser la transparence du système, il nous apparaît primordial que l'accusé puisse comprendre la nature des accusations qui sont portées contre lui.

Dans cette perspective, il nous semble essentiel de séparer les infractions nettement distinctes qui sont énoncées respectivement aux paragraphes 129(1) et 129(2) de la LDN. Rappelons brièvement quelles sont ces différences.

D'abord, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) est de nature résiduaire et indéterminée. Cette infraction est destinée à poursuivre des comportements indésirables qui ne sont pas autrement visés par l'une des infractions expressément prévues au code de discipline militaire. Cette infraction permet aux Forces canadiennes de faire face à des inconduites dont la survenance n'a pas été spécifiquement prévue mais dont l'impact à néanmoins une conséquence néfaste sur la discipline militaire. Il s'agit donc d'une infraction militaire de type disciplinaire. La nature particulière de cette infraction fait en sorte que son utilisation devrait être réservée pour la poursuite d'inconduites mineures. Notre analyse des peines infligées au procès sommaire pour les condamnations sous les paragraphes 129(1) et 129(2) vient d'ailleurs

confirmer notre modèle théorique voulant que l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait se retrouver à la limite inférieure de l'échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires.

L'infraction prévue au paragraphe 129(2) n'est pas de nature résiduaire. Il s'agit d'une infraction générique à contenu spécifique qui est destinée à sanctionner la contravention par les militaires aux règlements, aux ordres et aux directives gouvernant les Forces armées canadiennes. Cette infraction est indispensable au maintien de la discipline militaire et traduit la nécessité pour les membres d'observer les règlements et les ordres qui sont dirigés par les autorités civiles et militaires. Il serait d'ailleurs difficile d'imaginer un code de discipline militaire qui ne disposerait pas d'une telle infraction. Cette disposition donne beaucoup de flexibilité aux autorités civiles et militaires en leur permettant ainsi de créer des infractions militaires qui pourront être sanctionnées dans le système de justice militaire. Ce pouvoir de créer des infractions donne la souplesse nécessaire aux Forces armées canadiennes pour s'adapter efficacement à des réalités opérationnelles changeantes et imprévisibles. L'importance de cette infraction sur l'efficacité opérationnelle des Forces armées canadiennes et l'impact significatif que peut avoir la contravention aux règlements, aux ordres ou aux directives dans certaines circonstances fait en sorte que la peine qui est attribuée à cette infraction doit être plus importante que celle prévue pour une contravention au paragraphe 129(1). Ainsi, la peine rattachée à l'infraction prévue au paragraphe 129(2) devrait être plus sévère que celle prévue au paragraphe 129(1) afin de mieux traduire la gravité relative de ces deux infractions distinctes.

En ce qui a trait à la rédaction de l'infraction prévue au paragraphe 129(2), il nous apparaît inutile de mentionner que le fait de contrevenir à l'un des instruments mentionnés aux sous-paragraphe a), b) et c) soit préjudiciable au bon ordre et à la discipline. Il est entendu que de contrevenir à la loi, aux règlements, aux ordres et aux directives qui gouvernent les Forces canadiennes c'est agir de façon «préjudiciable au bon ordre et à la discipline». Cette expression devrait d'ailleurs être exclusivement réservée à l'infraction résiduaire prévue au paragraphe 129(1). La mention de cette notion à l'infraction prévue au paragraphe 129(2) est donc superflue et ne peut que provoquer de la confusion.

Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de préciser au paragraphe 129(3) de la LDN que la tentative de commettre une infraction d'ordre militaire soit préjudiciable au bon ordre et à la discipline alors que le paragraphe 72(2) de la LDN prévoit explicitement que «quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable de tentative de commettre l'infraction projetée (...)»²⁷⁴. La tentative de commettre une infraction d'ordre militaire devrait d'ailleurs être poursuivie en vertu de l'infraction expressément prévue au code et non en vertu des paragraphes 129(1) ou 129(2). En effet, le paragraphe 129(5) stipule expressément que ces paragraphes ne peuvent être invoqués pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128 de la LDN.

Dans le même ordre d'idées et toujours dans l'objectif de clarifier l'article 129 de la LDN, il nous apparaît curieux que le sous-paragraphe 129(2) a) permet de poursuivre en vertu de cette disposition la contravention à l'une des dispositions de la LDN alors que le paragraphe 129(5) énonce spécifiquement que «le présent article ne peut être invoqué pour justifier une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128; [...]...» Il nous semble que les inconduites expressément prévues au code de discipline militaire devraient être poursuivies en vertu de l'article spécifique et non pas en vertu de l'infraction générique prévue au paragraphe 129(2). Nous croyons que l'utilisation du paragraphe 129(2)a) de la LDN devrait être réservée pour les contraventions aux dispositions de la LDN autres que celles prévues aux articles 73 à 128, 130 et 132 de la LDN. Une telle restriction permettrait ainsi d'abroger les paragraphes 129(5) et 129(6) qui sont, en pratique comme en théorie, inefficaces pour restreindre le champ d'application des infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2).

La création de deux infractions distinctes et l'élimination de la mention de la notion «préjudice au bon ordre et à la discipline» de l'infraction prévue au paragraphe 129(2) de la LDN feront en sorte qu'il sera désormais clair que l'infraction prévue au paragraphe 129(1) se veut l'infraction résiduaire du code de discipline militaire. Pour des fins de pure logique, l'infraction prévue au

274. Le paragraphe 72(2) de la LDN.

paragraphe 129(1) devrait se retrouver à la toute fin de l'énumération des infractions de nature militaire, juste avant l'article 130 de la LDN.

Nous sommes d'avis que la nature indéterminée du paragraphe 129(1) qui sanctionne un standard de conduite «préjudiciable au bon ordre et à la discipline» plutôt qu'une norme viole le strict principe de la légalité qui veut qu'en droit pénal aucune sanction ne puisse être infligée sans l'existence d'un article de loi définissant l'inconduite pour laquelle un individu pourrait se voir punir. Nous reconnaissons les objections de principe relativement à l'utilisation de ce type d'infraction dans le cadre du système de justice militaire actuel ainsi que les répercussions négatives probables qu'une telle infraction peut avoir sur la discipline en général. Cette infraction sera toujours ouverte à la critique car son contenu est incertain et donc sujet à une interprétation subjective.

Nous sommes cependant d'opinion qu'il faille, pour justifier l'utilisation d'une telle disposition dans le domaine de la justice militaire, faire la distinction entre le droit pénal et le droit disciplinaire. Nous croyons qu'il existe des arguments très convaincants et des objections valables à l'utilisation d'une infraction «fourre-tout» dans le domaine du droit pénal où la liberté des individus peut être mise en danger. Nous sommes particulièrement préoccupés par la possibilité de limiter la liberté des membres des Forces armées canadiennes suite à une condamnation sous une disposition législative destinée essentiellement à poursuivre des comportements indésirables qui ne sont pas autrement visés par l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128 du code de discipline militaire. Nous estimons que la nature particulière de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) fait en sorte que cette infraction devrait se retrouver à la limite inférieure de l'échelle de gravité dans la gamme des infractions militaires. Nous croyons que le paragraphe 129(1) n'a pas sa place dans un système où il est possible d'infliger des sanctions pénales.

Cependant, nous ne sommes pas sans savoir que le système de justice militaire canadien a également une fonction disciplinaire et qu'il est donc un outil indispensable du maintien de la discipline. Ce système se veut également un outil de leadership qui doit voir à encourager la discipline qui est indispensable au maintien d'une force armée efficace. Ainsi, ce système demande de la rapidité d'intervention et de la souplesse pour réprimer des conduites qui, dans le monde civil, pourraient être acceptables, mais qui, dans

une institution comme les Forces armées canadiennes, ne peuvent être tolérées. Bien que la solution idéale soit de prévoir dans la loi, les règlements, les ordres et les directives tous les comportements qui pourraient être préjudiciables au bon ordre et à la discipline, il nous semble impossible d'identifier à l'avance tous ces comportements. En fin de compte, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) nous semble indispensable aux objectifs disciplinaires qu'entend promouvoir le système de justice militaire. Il est primordial que cette discipline soit maintenue pour garantir la capacité opérationnelle des Forces armées canadiennes. Il doit être possible de punir les comportements imprévisibles qui sont préjudiciables au bon ordre et à la discipline²⁷⁵.

Comme nous l'avons exposé précédemment, une condamnation sous le paragraphe 129(1) peut entraîner une peine maximale de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté. Rappelons que la cour martiale pourra imposer cette peine ou encore une moindre peine, comme l'emprisonnement pour une période de moins de deux ans ou encore une période de détention. De son côté le commandant au procès sommaire pourra infliger une peine pouvant aller jusqu'à trente jours de détention²⁷⁶. L'infraction prévue au paragraphe 129(1) dans la législation actuellement en vigueur n'est ni plus ni moins qu'une infraction pénale habillée de la robe d'une infraction disciplinaire. Ainsi, une condamnation en vertu de cette disposition du code de discipline militaire peut entraîner de véritables conséquences pénales.

Nous reconnaissons la nécessité et le besoin de conserver le paragraphe 129(1) dans la LDN. Nous reconnaissons cependant le bien-fondé de l'argument voulant qu'il ne devrait pas être possible pour les militaires de perdre leur liberté suite à une condamnation en vertu d'une disposition législative qui viole les principes fondamentaux du droit pénal. Il y va selon nous du respect même du principe plus général de la primauté du droit. Ainsi, nous sommes en accord et reconnaissons le bien-fondé de cette remarque de la majorité de la Cour suprême du Canada en 1987 dans l'affaire *Wigglesworth* :

275. *Rapport Prior*, *supra* note 114 à la p. 43. Au même effet, voir G.G. Ackroyd, *supra* note 6 à la p. 268.

276. Voir le *Règlement des prisons militaires et des casernes de détention* (voir le volume IV des ORFC, appendice 1.4) qui discute des conditions de la détention dans les prisons militaires et les casernes de détention.

Si une personne doit subir des conséquences pénales comme l'emprisonnement, qui constitue la privation de liberté la plus grave de notre droit, j'estime alors qu'elle doit avoir droit à la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure²⁷⁷.

La gravité de la peine actuelle attribuée à l'infraction prévue au paragraphe 129(1) ne reflète pas la gravité relative de l'infraction. Cette peine est la cause principale des difficultés de l'utilisation de cette infraction. C'est pourquoi nous estimons que la peine maximale qu'un tribunal militaire puisse infliger pour une condamnation sous le paragraphe 129(1) doit être réduite à la peine de rétrogradation²⁷⁸. La diminution de la sévérité de la peine actuellement attribuée à cette infraction est, selon nous, la façon pragmatique de la «décriminaliser» et de s'assurer que cette infraction sera ainsi utilisée seulement pour sanctionner les inconduites disciplinaires mineures n'ayant qu'un impact moins significatif sur le succès de la mission. Ainsi, l'infraction jouera son rôle d'infraction résiduaire de nature exclusivement disciplinaire. De cette façon, nous espérons annihiler à toute fin pratique les objections de principe reliées à l'utilisation de ce type d'infraction dans le cadre du système de justice militaire canadien.

Donc, l'infraction prévue au paragraphe 129(1) sera suffisamment souple pour satisfaire aux besoins disciplinaires des Forces armées canadiennes et la peine maximale qui lui sera ainsi attribuée sera suffisamment mineure pour respecter les principes de justice fondamentale.

2. Des solutions visant à informer et à préciser aux militaires les comportements les mettant à risques de poursuites sous le code de discipline militaire

Nous reconnaissons le bien-fondé du principe voulant que, dans la mesure du possible, les militaires canadiens doivent être clairement informés des comportements les mettant à risque de poursuites sous le code de discipline militaire. Cela est particulièrement important lorsque l'on considère que plusieurs de ces règlements, ordres ou directives visent des conduites qui ne

277. *R. c. Wigglesworth*, *supra* note 97 à la p. 562.

278. Voir l'art. 139 de la LDN, *supra* note 4

seraient pas passibles de sanctions pénales dans la vie civile et que les militaires ont l'obligation d'obéir à ces ordres sous peine de sanctions. En effet, l'obligation d'obéissance est essentielle à l'accomplissement ordonné des tâches militaires et, finalement, de la mission, raison d'être de son existence. Cette obligation est au cœur même de la vie militaire.

Malgré les efforts des commandants pour s'assurer que les règlements, ordres ou directives soient portés à l'attention et mis à la disposition des militaires servant sous leur ordre, il existe toujours à notre avis, dans le système de notification actuel, un risque bien réel qu'un militaire soit poursuivi et condamné pour la contravention à un règlement, ordre ou directive dont il ignorait l'existence et la teneur. L'impact d'une telle situation ne peut être que dévastateur sur la discipline et l'efficacité militaire en général en plus de laisser le membre avec le sentiment d'avoir été injustement traité.

Rappelons d'abord que le système de publication et de notification des règlements, ordres ou directives auprès des militaires canadiens dépend essentiellement des commandants. Le devoir réglementaire qui est imposé au commandant ne réfère pas à des normes précises mais plutôt à un standard. Bien entendu, ce standard réglementaire est précisé dans les ordres mais il n'existe pas de définition réglementaire de ce qui pourra être considéré comme étant «les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que les règlements, ordres et directives sont portés à l'attention et mis à la disposition des personnes qui peuvent y trouver un intérêt». Les ordres précisent ce standard mais le respect de ceux-ci n'est pas essentiel à notre avis pour bénéficier de la présomption réglementaire prévue à l'article 1.21 des ORFC lors de poursuite sous le paragraphe 129(2)²⁷⁹. Il est donc possible que le membre soit reconnu coupable devant un tribunal militaire pour avoir contrevenu à un règlement, ordre et directive dont il ignorait l'existence et la teneur sans qu'il lui soit loisible de plaider l'ignorance de l'instrument réglementaire ou de l'ordre sous-jacent à une accusation sous le paragraphe 129(2).

Au surplus, le commandant, à qui les obligations réglementaires sont imposées, doit agir comme juge au procès sommaire. Rappelons que lorsqu'il

279. Voir les articles 1.12, 1.21 et 4.26 des ORFC.

a à juger au procès sommaire d'une accusation portée sous le paragraphe 129(2), il doit être persuadé qu'il a pris les mesures qui lui paraissent pratiques pour s'assurer que le règlement, l'ordre ou la directive sous-jacent à l'accusation portée sous le paragraphe 129(2) avait été porté à l'attention et mis à la disposition du militaire qui est jugé devant lui. Devant cette situation, il nous apparaît évident que l'accusé ne peut pas plaider efficacement devant le commandant que les mesures prises par celui-ci ont été insuffisantes pour faire en sorte que le règlement ou l'ordre faisant l'objet de l'accusation avait été porté à son attention et mis à sa disposition. Les droits de l'accusé entrent directement en conflit avec les obligations réglementaires du commandant. Il nous apparaît essentiel, pour des fins de transparence et pour le bénéfice de la discipline en général, que les mécanismes actuels de publication et de notification des règlements, des ordres et des directives gouvernant les Forces armées canadiennes soient révisés.

Comme solution possible, nous croyons qu'il y aurait lieu que le gouverneur en conseil adopte les ordres actuels prévus aux articles 1.12 et 4.26 des ORFC comme des règlements au sens du paragraphe 51(1) de la LDN. Cette façon de procéder aurait comme avantage d'explicitier dans les règlements ce que l'on entend par des moyens qui paraissent «pratiques» au commandant. Ainsi, pour bénéficier de la présomption réglementaire, la preuve au procès sommaire comme à la cour martiale devra établir que le commandant de l'accusé a dûment respecté les normes expressément prévues dans les ordres actuels.

Comme autre solution pratique, le chef d'état-major de la défense pourrait voir à établir une nouvelle directive visant à supporter et à guider les commandants dans la mise en œuvre de leurs obligations réglementaires. Cette directive pourrait ordonner aux commandants de donner une séance de formation annuelle²⁸⁰ obligatoire à tous les militaires servant sous ses ordres et de confirmer par écrit la date à laquelle il a tenu cette séance ainsi que la liste

280. Pour ce qui est des écoles de formation des Forces canadiennes, la séance devrait être donnée au début de chaque nouvelle session de formation.

de tous les militaires présents²⁸¹. Cette liste pourra éventuellement être utilisée pour démontrer la connaissance qu'avait l'accusé du règlement, de l'ordre ou de la directive sous-jacent lors d'une accusation sous le paragraphe 129(2)²⁸².

Les modifications suggérées du mécanisme de publicité auraient comme avantage d'accroître l'objectivité et de réduire la position de conflit d'intérêt du commandant qui est appelé à juger d'une accusation sous le paragraphe 129(2) au niveau du procès sommaire en plus de voir à diminuer les situations où un militaire pourrait être reconnu coupable devant un tribunal militaire pour la contravention à un règlement, ordre ou directive dont il ignorait l'existence et la teneur. N'oublions pas qu'une condamnation sous le paragraphe 129(2) de la LDN rend l'accusé passible d'une peine maximale de destitution du service de Sa Majesté ou une peine moindre et de trente jours de détention au niveau du procès sommaire.

Nous sommes bien conscients du fait qu'il est impossible de vouloir prévoir dans les règlements, ordres ou directives tous les comportements que nous pouvons concevoir comme étant des accrocs potentiels à la discipline. Cependant, nous sommes d'avis qu'il y a place à amélioration et qu'il y a lieu d'identifier et de particulariser certains actes et comportements qui font présentement l'objet d'accusations sous le paragraphe 129(1). Avec le temps,

-
281. La séance de formation pourra viser par exemple les sujets suivants : la tenue et le maintien, l'entretien de l'équipement militaire, les directives concernant la manipulation des armes, les politiques concernant les congés, les politiques relatives à l'utilisation de l'Internet, les politiques relatives à l'utilisation des véhicules militaires, les politiques relatives à l'utilisation de l'équipement militaire, les politiques relatives à la consommation de boissons alcoolisées, les politiques relatives à l'utilisation de drogues prohibées, les politiques en matière de racisme, les politiques gouvernant les relations intimes entre les militaires, les politiques sur le harcèlement, les politiques sur les conflits d'intérêts, les influences extérieures et les rapports avec les entrepreneurs, les politiques touchant les rapports avec le public, la divulgation de renseignements ou d'opinion et autres règlements, ordres et directives touchant la conduite des militaires. Les ordres de commandements (article 4.12 des ORFC) et les ordres permanents (article 4.21 des ORFC) spécifiques à l'unité pourraient également être discutés lors de cette séance de formation.
282. Nous croyons que la séance de formation permettra au chef d'état-major de la défense d'insister particulièrement sur les principales inconduites, comme les décharges non-volontaires des armes, identifiées dans le Rapport annuel du juge-avocat général au ministre de la Défense nationale sur l'administration de la justice militaire au sein des Forces canadiennes, et ainsi, nous l'espérons, réduire leur fréquence.

certaines inconduites se sont cristallisées et ont été reconnues par les tribunaux comme pouvant être considérées comme préjudiciables au bon ordre et à la discipline, comme par exemple la possession illégitime de biens publics par un membre des Forces canadiennes, les déclarations mensongères d'un subordonné à un supérieur et la soumission d'une fausse réclamation.

Étant donné leur importance et leur fréquence d'utilisation dans le système de justice militaire, nous croyons que certaines de ces inconduites ne peuvent plus être considérées comme imprévisibles et nous croyons que ces inconduites sont devenues en fait des infractions d'ordre militaire. Les comportements qui auraient acquis ce statut devraient figurer dans la LDN à titre d'infraction distincte. Nous sommes d'opinion que les comportements de possession illégitime et d'emploi d'un faux document officiel ont acquis un tel statut²⁸³. Nos suggestions relatives à la création de nouvelles infractions militaires spécifiques pour viser des comportements qui sont présentement poursuivis sous le paragraphe 129(1) réduiront, à notre avis, substantiellement la nécessité et le besoin qu'ont les autorités militaires de recourir à l'infraction résiduaire pour poursuivre ces types d'inconduites et reflétera davantage la réalité contemporaine de la vie militaire.

Dans le même ordre d'idées, nous sommes d'avis que la fréquence des inconduites relatives aux mensonges et aux fausses déclarations fait en sorte que ces inconduites ne peuvent plus être raisonnablement considérées comme imprévisibles. Nous suggérons donc l'élaboration d'un nouveau règlement visant à régir les inconduites reliées aux fausses déclarations²⁸⁴. Notre analyse des infractions portées sous le paragraphe 129(1) a démontré que ces fausses déclarations étaient généralement relatives :

- aux demandes de congé de maladie;
- aux demandes de congé pour raisons personnelles ou de famille;

283. Le lecteur pourra trouver en annexe à cette thèse la version suggérée pour ces nouvelles infractions militaires.

284. Le règlement devrait viser uniquement les déclarations mensongères de nature frauduleuse à propos d'informations qui pourraient avoir un impact significatif sur les décisions subséquentes des autorités militaires. Ce règlement devrait décrire clairement les circonstances où les fausses déclarations des justiciables pourraient les mettre à risque de poursuite en vertu du code de discipline militaire.

- au statut du membre (union de fait);
- à l'absence sans permission du lieu de travail;
- à la condition médicale du membre;
- aux qualifications militaires du membre;
- et autres raisons semblables²⁸⁵.

Il est donc possible pour les autorités civiles et militaires de se servir de leur pouvoir de faire des règlements et des ordres sous la LDN pour diminuer la nécessité qu'ont les autorités militaires de recourir à l'infraction résiduaire prévue au paragraphe 129(1). Une fois ce règlement dûment publié et notifié, l'inconduite de mensonge ou de fausse déclaration pourra alors être poursuivie sous le paragraphe 129(2) et non plus sous le paragraphe 129(1). Le mécanisme d'incorporation par renvoi prévu au paragraphe 129(2) permettrait ainsi de pénaliser les comportements indésirables qui sont considérés comme ayant un impact suffisamment important sur le succès de la mission.

Cette possibilité d'échange entre les inconduites qui devraient normalement être poursuivies sous le paragraphe 129(1) permettra d'assurer que les militaires sont, dans la mesure du possible, informés des comportements les mettant à risque de poursuite sous le code de discipline militaire tout en permettant de réserver l'utilisation de l'infraction résiduaire prévue au paragraphe 129(1) à des inconduites mineures qui sont imprévisibles.

Pour la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001, 17% des accusations totales, soit 200 accusations, portées au procès sommaire dans l'ensemble du système de justice militaire canadien l'ont été sous le paragraphe 129(1). De ces 200 accusations, nous estimons que 16% d'entre elles, soit 34 accusations, auraient dû être portées sous l'une des infractions prévues aux

285. Étant donné la complexité de l'élaboration d'un tel règlement, nous avons décidé de laisser cet exercice à des autorités plus compétentes. Bien que nous ne fournissions qu'un seul exemple, ce processus pourra s'appliquer pour d'autres inconduites fréquentes ou prévisibles.

articles 73 à 128 (30 des 34 accusations)²⁸⁶ ou sous l'article 130 (4 des 34 accusations) du code de discipline militaire²⁸⁷.

Nous estimons que 5% d'entre elles, soit 10 accusations, auraient dû être portées sous le paragraphe 129(2) parce que l'infraction sous-jacente contrevenait à un règlement, ordre ou directive déjà existant.

Enfin, nous estimons que 41% d'entre elles, soit 80 accusations, sont relatives à des inconduites qui sont devenues en fait des infractions d'ordre militaire (possession illégitime et emploi d'un faux document officiel) ou encore sont relatives à des comportements qui, en raison de leur prévisibilité et de leur fréquence d'utilisation dans le cadre du système de justice militaire, devraient être expressément prévus dans les règlements, ordres ou directives des Forces armées canadiennes comme, par exemple, les déclarations mensongères, et faire ainsi l'objet de poursuite sous le paragraphe 129(2)²⁸⁸.

286. Dans ces dossiers, les accusations auraient pu être portées sous les infractions d'insubordination (art. 85 LDN), d'absence sans permission (art. 90 LDN) ou d'ivresse (art. 97 LDN), d'usage non autorisé de véhicules (art. 112 LDN), de dommage, perte ou aliénation irrégulière (art. 116 LDN), de vol (art. 114 LDN), relatives aux documents (art. 125 LDN). L'utilisation du paragraphe 129(1) ne semblait donc pas nécessaire dans ces dossiers.

287. Dans 4 de ces dossiers, le paragraphe 129(1) semble avoir été utilisé pour des inconduites qui sont de la compétence exclusive de la cour martiale. En effet, nous considérons que les inconduites relatives à la fabrication de faux ou pour l'emploi de documents contrefaits au sens des art. 366, 367 et 368 du Code criminel et 125 de la LDN ne devraient pas faire l'objet de poursuite sous l'article 129. Ce type d'inconduites est de la compétence exclusive de la cour martiale. Voir l'article 108.07 des ORFC qui stipule expressément que de telles accusations ne peuvent pas être jugées par procès sommaire. *Supra* note 54.

288. Les dossiers concernant les décharges non-volontaires des armes sont fréquents, soit plus de 150 des 540 accusations analysées dans notre étude. Ces incidents ne nous semblent plus être de nature imprévisible; une directive précise quant à la marche à suivre devrait être émise et expliquée à tous les militaires. Plusieurs décharges non-volontaires surviennent lorsque le membre oublie de retirer le magazine de l'arme avant de mettre les parties vers l'arrière lorsqu'il procède aux mesures de sécurité sur son arme personnelle. Si l'arme est en bon état de fonctionnement, lorsque les parties reviendront vers l'avant, une cartouche s'engagera dans la chambre. Si le militaire appuie alors sur la gâchette, un coup sera tiré. Donc, la fréquence des décharges non-volontaires pourrait être diminuée par un rappel des procédures de sécurité prescrites dans les manuels des Forces canadiennes relatifs aux armes. Ces incidents pourront alors être poursuivis sous le paragraphe 129(2).

Ainsi, nous estimons que 38% d'entre elles, soit 74 accusations, auraient dû être poursuivies sous le paragraphe 129(1). Cela représenterait de 6% à 8% des accusations totales portées au procès sommaire dans l'ensemble des Forces armées canadiennes durant la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001.

Compte tenu des problèmes de principes reliés à l'utilisation d'une telle infraction dans le cadre du système de justice militaire, nous croyons que son utilisation devrait être la plus restreinte possible. Ainsi, nous estimons que les solutions que nous proposons devraient réduire considérablement la nécessité qu'ont les Forces armées canadiennes de recourir à cette infraction. Il nous apparaît que la fréquence d'utilisation d'une infraction résiduaire à contenu indéterminé devrait être sous la barre des 10%. Ce pourcentage devrait d'ailleurs tendre à se rapprocher le plus possible du pourcentage que nous retrouvons au niveau de la cour martiale²⁸⁹.

CONCLUSION

Comme nous l'avons exposé lors de la première partie de cette thèse, la discipline militaire est indispensable au succès de la mission militaire. Historiquement, le code de discipline militaire a été conçu pour être principalement un instrument de discipline. Il serait difficile de prétendre que, dans sa forme originale, le système de justice militaire pouvait être considéré comme un instrument de justice. Il s'agissait d'un instrument de discipline et non pas d'un système destiné à déterminer de l'innocence ou de la culpabilité d'un accusé en particulier²⁹⁰.

Les modifications législatives qui ont suivi l'arrivée de la Charte, les différentes études et les décisions judiciaires ont amené des modifications qui ont eu pour effets d'améliorer et d'augmenter l'équité procédurale et définir la séparation institutionnelle entre les diverses fonctions du système de justice militaire.

289. L'analyse de notre échantillon révèle que 6% des accusations portées devant la cour martiale le sont sous le paragraphe 129(1). Notons cependant que devant la cour martiale, 50% des accusations portées sous le paragraphe 129(1) le sont à titre subsidiaire.

290. D.A. Schlueter, «The twentieth annual Kenneth J. Hodson Lecture : Military justice for the 1990's – A legal system looking for respect» (1991) 133 Mil.L.Rev. 1.

Ainsi, la cour martiale prévoit des garanties procédurales similaires à celles qui régissent un tribunal civil de juridiction criminelle. Les modifications législatives de 1999 sont venues établir une séparation institutionnelle claire entre les fonctions d'enquête, de poursuite, de défense et les fonctions judiciaires du système des cours martiales.

En ce qui a trait au procès sommaire, les modifications visaient à améliorer l'équité procédurale devant ce tribunal, à limiter la compétence du procès sommaire à des infractions précises et à retirer le monopole exclusif au commandant de porter des accusations sous le régime du code de discipline militaire. Bien entendu, la façon de concevoir la discipline militaire a un impact direct sur la classification des infractions militaires. Nous remarquons que l'accent n'a que très peu été mis jusqu'à ce jour sur la révision et l'analyse des infractions d'ordre militaire.

Aussi longtemps qu'il existera une compétition entre les objectifs de promotion de la justice et du maintien de la discipline, il existera des problèmes de perspective et d'interprétation dans le domaine de la justice militaire canadienne. Si le maintien de la discipline est considéré comme étant l'objectif ultime de ce système, il y a risque que le système de justice militaire soit perçu comme l'outil nécessaire pour maintenir cette discipline et non pas comme un instrument de justice. Il existe le risque qu'en tentant de faire l'équilibre entre les besoins de justice et de discipline, la légitimité du système soit mise en doute par les personnes qui y sont assujetties²⁹¹.

Ainsi, aucune restriction des droits des militaires canadiens ne devrait être justifiée à moins d'être nécessaire à la réalisation d'un objectif militaire légitime et à moins de brimer le moins possible ces droits. Un manque de respect pour les droits des militaires risque d'avoir un impact dévastateur sur la discipline que ce système entend justement promouvoir et finalement sur son objectif ultime : la défense du Canada. Il nous semble incontestable que pour prospérer, le système de justice militaire canadien contemporain doit être perçu avant tout comme un outil de justice et non pas comme un instrument de discipline.

291. D.A. Schlueter, *supra* note 290 à la p.12

Il apparaît donc que pour atteindre l'équilibre voulu, c'est-à-dire protéger efficacement les droits des militaires canadiens tout en tenant compte des préoccupations légitimes des Forces armées canadiennes dans la défense du Canada, il est nécessaire d'élaborer des dispositions législatives qui soient claires et précises autant que faire se peut. De telles infractions favoriseront l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire bien structuré qui sera conforme à des principes qui peuvent être facilement acceptés et compris par les justiciables du code de discipline militaire et par les personnes chargées de mettre en œuvre le système de justice militaire. Les militaires devraient connaître et comprendre les restrictions qu'on peut légalement leur imposer. Les autorités militaires, chargées de faire enquête sur les infractions militaires, de porter des accusations, de décider de la façon dont on devrait disposer des accusations à travers le système des tribunaux militaires et finalement de juger des accusations, devraient connaître leur responsabilité ainsi que la portée de leurs pouvoirs.

De plus, il y a lieu de souligner plus à fond la différence entre le domaine disciplinaire et le domaine pénal. La meilleure façon de le faire consiste à réduire la peine prévue par la disposition législative à une peine qui ne peut mettre la liberté d'un individu en danger. Pour décriminaliser le comportement, il faut donc faire disparaître les possibilités de subir des conséquences pénales.

En raison des chevauchements qui existent entre les affaires disciplinaires et pénales, il sera parfois très difficile de déterminer si une infraction militaire joue un rôle disciplinaire, pénal ou encore les deux. Le droit canadien a proposé, dans l'affaire *Wigglesworth*, des critères visant à distinguer entre le domaine disciplinaire et le domaine pénal. Or, comme nous l'avons vu, la conclusion de la majorité de la cour selon laquelle un seul et même comportement donnerait lieu à deux infractions différentes nous semble difficilement conciliable avec le fait que les tribunaux militaires s'occupent à la fois d'affaires de nature pénale et de nature disciplinaire. Rappelons que le membre qui est jugé par un tribunal militaire ne peut être jugé également par une cour criminelle ordinaire²⁹².

292. *R. c. Généreux*, *supra* note 13 à la p. 282.

Malgré les lacunes du droit actuel à fournir des critères plus précis nous permettant de distinguer davantage entre certaines infractions d'ordre disciplinaire et d'autres d'ordre pénal, il nous semble que le militaire canadien se soumettrait plus volontiers à la sanction d'une infraction qui illustre clairement les objectifs distincts de ces deux systèmes. Le domaine disciplinaire s'intéresse davantage à réformer et à réintégrer le membre alors que le domaine pénal vise essentiellement à punir et à exclure.

Il existe une contradiction entre la nécessité d'être précis en droit pénal et le besoin de souplesse en matière disciplinaire. Les difficultés entre la dualité qui existe entre les notions de justice et de discipline dans le domaine de la justice militaire étant par ailleurs amplifiées au niveau du procès sommaire. Or, nous sommes d'avis que la nature particulière de l'infraction prévue au paragraphe 129(1) de la LDN fait en sorte que l'infraction devrait se retrouver à la limite inférieure dans l'échelle de gravité de la gamme des infractions militaires. Son utilisation dans le cadre du système de justice militaire canadien devrait donc être réservée à des conduites essentiellement disciplinaires et mineures. La peine maximale qui est assignée à l'infraction prévue au paragraphe 129(1) devrait donc refléter cette logique.

Nous croyons qu'il est très difficile de faire l'équilibre entre la discipline et la justice, les deux concepts étant dans le monde militaire inséparables. Il sera toujours problématique de soutenir que les tribunaux militaires sont à la fois des instruments de justice et de discipline. Nous sommes cependant d'opinion que le système de justice militaire devra toujours tendre à respecter les principes de justice si nous voulons qu'il continue à servir les fins de la discipline. Nous reconnaissons le bien-fondé de la remarque suivante :

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 based²⁹³.

Dans l'esprit des modifications législatives qui ont suivi l'adoption de la Charte et qui visaient à augmenter les garanties procédurales et à définir la

293. J.B. Fay, *supra* note 11 à la p. 123.

séparation institutionnelle entre les diverses fonctions du système de justice militaire, nous espérons que cette étude contribuera elle aussi à le rendre davantage transparent et finalement à favoriser l'efficacité opérationnelle des Forces armées canadiennes.

ANNEXE

Voici à titre d'exemple la rédaction que pourrait prendre les infractions prévues aux paragraphes 129(1) et 129(2) de la Loi sur la défense nationale.¹ Le paragraphe 129(2) devient l'article 129 et pourrait se lire ainsi :

- 129.** Commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de moins de deux ans quiconque contrevient à :
- a) une disposition de la présente loi sauf pour une accusation relative à l'une des infractions expressément prévues aux articles 73 à 128, 130 et 132;
 - b) des règlements, ordres ou directives publiés pour la gouverne générale de tout ou partie des Forces canadiennes;
 - c) des ordres généraux, de garnison, d'unité, de station, permanents, locaux ou autres.

Le paragraphe 129(1) devient l'article 129.1 et pourrait se lire ainsi :

- 129.1** Tout acte, comportement ou négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de rétrogradation.
Voici la forme que pourrait prendre les deux nouvelles infractions qui, à notre avis, devraient être introduites au code de discipline militaire.

Possession illégitime

- 114.1** (1) Commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de moins de deux ans quiconque:
- a) possède des biens non-autorisés;

1. Nous sommes conscients que l'introduction d'un nouvel article, la modification d'articles ainsi que l'élimination de certains paragraphes existants auraient des conséquences sur la réglementation actuelle et que nécessairement des révisions et des modifications s'imposeraient. Nous faisons ici référence plus particulièrement aux articles 108.07 et 108.17 des ORFC. Nous ne nous sommes pas soumis à cet exercice car cela n'est pas l'objet de cette étude.

- b) possède des biens en quantité supérieure à ce qui est autorisé;
- c) possède ou se sert des biens d'une façon contraire aux règlements, ordres ou directives;
- d) possède illégitimement des biens appartenant à une autre personne ou aux Forces canadiennes.

Emploi d'un document officiel faux

125.1 Commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de trois ans quiconque, sachant qu'un document officiel est faux :

- a) s'en sert, le traite, ou agit à son égard;
- b) fait, ou tente de faire, accomplir l'un des actes visés à l'alinéa a),
comme si le document était authentique.