

INFORMATION TO USERS

This manuscript has been reproduced from the microfilm master. UMI films the text directly from the original or copy submitted. Thus, some thesis and dissertation copies are in typewriter face, while others may be from any type of computer printer.

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted. Broken or indistinct print, colored or poor quality illustrations and photographs, print bleedthrough, substandard margins, and improper alignment can adversely affect reproduction.

In the unlikely event that the author did not send UMI a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if unauthorized copyright material had to be removed, a note will indicate the deletion.

Oversize materials (e.g., maps, drawings, charts) are reproduced by sectioning the original, beginning at the upper left-hand corner and continuing from left to right in equal sections with small overlaps. Each original is also photographed in one exposure and is included in reduced form at the back of the book.

Photographs included in the original manuscript have been reproduced xerographically in this copy. Higher quality 6" x 9" black and white photographic prints are available for any photographs or illustrations appearing in this copy for an additional charge. Contact UMI directly to order.

UMI

A Bell & Howell Information Company
300 North Zeeb Road, Ann Arbor MI 48106-1346 USA
313/761-4700 800/521-0600



Université d'Ottawa • University of Ottawa

**L'ÉVOLUTION DE LA JUSTICE PÉNALE MILITAIRE ET
DE L'OFFICE DU JUGE-AVOCAT GÉNÉRAL**

par

 **Mario Léveillé**

THÈSE

présentée dans le cadre du programme de maîtrise en droit

Faculté de droit (civil)

Université d'Ottawa

Décembre 1997



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-36714-2

SOMMAIRE

Cette thèse examine l'évolution parallèle de la justice pénale militaire et de l'office du juge-avocat général des origines à aujourd'hui. La justice militaire au sein de l'armée britannique a été pendant des siècles administrée exclusivement par le commandement, c'est à dire le pouvoir exécutif. Les cours martiales sont alors des instruments de ce pouvoir. La règle de droit et les juristes n'ont pas leur place dans ce système.

L'exercice de la prérogative du commandement fait l'objet d'une surveillance par le juge-avocat général. Cet office civil est confiée à un juriste. Ses interventions fondées sur le droit sont souvent considérées comme une menace à l'autorité du commandement et donc à la discipline. Ses opinions ne lient les autorités militaires. Au Canada en 1911, la charge de JAG est confiée à un militaire clairement subordonné au commandement. Chez-nous le JAG est complice du commandement dans l'exercice de sa prérogative.

Le déclin de la prérogative du commandement au profit d'un pouvoir judiciaire indépendant amorcée après la deuxième guerre mondiale à eu un impact significatif sur le système et sur l'office du JAG. Les rôles du JAG n'ont cessé de diminuer, surtout depuis l'avènement de la *Charte*. Nous croyons que cet office doit être réévalué à la lumière des changements survenus et des nouvelles valeurs du système de justice pénale militaire.

MISE EN GARDE AU LECTEUR

Cette thèse ne reflète pas les opinions officielles et ne lie d'aucune manière le Cabinet du juge-avocat général des Forces canadiennes, les Forces canadiennes, le Ministère de la défense nationale ou le Gouvernement du Canada sur les sujets ou les questions juridiques qui y sont traités. L'auteur est le seul responsable des opinions qu'il exprime.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Me André Jodouin, professeur à la faculté de droit (civil) de l'université d'Ottawa pour sa patience, la pertinence de ses critiques et sa constante collaboration dans l'élaboration de cette thèse. J'aimerais également témoigner ma reconnaissance à Jude Prévost pour son concours à l'impression des nombreuses ébauches de cette thèse.

INTRODUCTION.....	1
PARTIE I LA JUSTICE MILITAIRE: UNE JUSTICE À PART.....	13
INTRODUCTION.....	13
A. LE CADRE JURIDIQUE DE LA JUSTICE MILITAIRE.....	15
1. Les sources de la justice militaire.....	15
a. Origines historiques: la prérogative du souverain.....	15
b. L'adhésion du Parlement à la nécessité d'une justice militaire	25
2. Application de la justice militaire.....	31
a. L'affirmation de la prérogative du commandement.....	31
b. Les cours martiales: instruments du commandement.....	36
B. L'OFFICE DU JAG ET LA JUSTICE MILITAIRE EN GRANDE-BRETAGNE.....	47
1. L'office et la cour martiale.....	48
a. Les origines historiques.....	48
b. Le juge-avocat.....	51
2. L'office et la supervision de la justice militaire.....	55
a. Nature des fonctions.....	55
b. Statut de l'office.....	58
C. L'ADAPTATION DE L'OFFICE DU JAG AU CANADA.....	67
1. L'exercice de la prérogative.....	68
a. Mécanisme de direction.....	68
b. Établissement d'un office militaire.....	73
2. Confirmation de la prérogative du commandement.....	79
a. Subordination du JAG.....	79
b. L'union du commandement et de l'office.....	82
PARTIE II LA JUSTICE MILITAIRE: UNE JUSTICE À PART ... ENTIÈRE.....	87
INTRODUCTION.....	87

A. LES NOUVELLES VALEURS DU SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE.....	88
1. Les moteurs du changement: conscientisation et critiques.....	88
2. Vers une réforme de la justice militaire.....	97
a. La révision des sentences au Canada.....	97
b. Examen et réformes de la justice militaire aux États-Unis.....	99
c. Examen et réformes de la justice militaire au Royaume-Uni.....	101
B. UN DROIT MILITAIRE CANADIEN: LA <i>LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE</i>	106
1. La portée des réformes.....	107
a. Révision et appel des décisions des cours martiales.....	109
b. Poursuite et défense des infractions.....	111
c. Le juge-avocat.....	115
2. Statut et attributions conférés au JAG par la <i>Loi</i>	116
a. Statut.....	116
b. Attributions.....	119
C. LE MODÈLE JUDICIAIRE DE LA JUSTICE MILITAIRE ET LA <i>CHARTÉ</i> <i>CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS</i>	124
1. Évolution de la justice militaire avant l'adoption de la <i>Charte</i>	125
a. Participation du JAG dans la poursuite et la défense des infractions.....	125
b. Interventions timides des tribunaux d'appel.....	128
2. L'impact de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	138
a. Sur le système.....	138
(i) Les modifications législatives initiales.....	138
(ii) L'indépendance des cours martiales.....	140
b. Sur l'office du JAG.....	147
CONCLUSION.....	153
BIBLIOGRAPHIE.....	161
TABLE DE LA LÉGISLATION ET AUTRES ACTES GOUVERNEMENTAUX.....	166
TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE.....	169

INTRODUCTION

Afin qu'une discipline adéquate règne au sein des Forces canadiennes (FC), il faut notamment avoir recours au système de justice militaire pour faire appliquer les lois, les normes, de façon corrective et, au besoin, de manière punitive. Le système de justice militaire est distinct du système de justice civile. Le code de justice militaire, qui figure dans la *Loi sur la défense nationale*¹, définit les normes de conduite spéciales auxquelles les membres des FC doivent se conformer. Un système de tribunaux militaires sert à faire respecter ces normes.

La justice militaire a pendant des siècles été considérée comme une partie intégrante de la prérogative du souverain, le commandant en chef des forces armées. Cette prérogative était exercée personnellement par le souverain et ses officiers. À partir du 19^e siècle s'amorce le processus par lequel la prérogative s'exerce par l'entremise d'un ministre responsable devant le Parlement. Jusqu'à l'adoption de la *Loi sur la défense nationale*² en 1950, la justice militaire était administrée exclusivement par le commandement.

Le mot commandement signifie le pouvoir exécutif. Le commandement s'exerce par la voie d'une chaîne hiérarchique par laquelle l'autorité de la Couronne est confiée à des

¹ *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5. Les parties IV à IX forment le code de justice militaire.

² S.C. 1950, c. 43.

officiers subordonnés qui relèvent directement d'elle. Ainsi se forme la chaîne de commandement. Cette chaîne va du commandant en chef jusqu'à la dernière recrue.

Avant 1950, les lois britanniques régissaient la discipline au sein de l'Armée canadienne. Ces lois conféraient une autorité absolue au commandement sur la justice militaire. Ce système de justice fonctionne en vase clos. Les tribunaux supérieurs de droit commun refusent systématiquement de surveiller l'exercice de la prérogative. L'influence du commandement se fait sentir à toutes les étapes du processus de justice. Les accusations sont initiées par le commandant de l'accusé. Le commandant, en suivant la chaîne de commandement, demande à son supérieur hiérarchique de convoquer une cour martiale. La cour martiale est convoquée de manière *ad hoc* par le souverain ou ses officiers supérieurs afin de juger une seule affaire. Les officiers qui composent la cour sont nommés et subordonnés à l'autorité convocatrice. Les décisions de cette cour sont interlocutoires tant qu'elles n'ont pas été confirmées par cette autorité. La décision de l'autorité convocatrice est finale. Les tribunaux militaires sont alors, somme toute, des instruments de l'exécutif qui n'ont qu'un objet et une justification: aider le commandement à maintenir la discipline. La prérogative absolue du commandement s'oppose alors à la règle de droit³. Cette dernière n'a pas sa place dans ce système qui ne considère pas encore le soldat comme un citoyen.

³ *Renvoi: Résolution pour modifier la constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 à la p. 805-806: "[l]a règle de droit est une question haute en couleur qui ... communique par exemple, un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues, et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale". A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Constitution*, Londres, Mcmillan, 1961, p. 188: "[t]he rule of law is contrasted with every system of Government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary or discretionary powers of constraint".

Les critiques du système trouvèrent peu d'échos dans le public au Royaume-Uni et au Canada avant le déclenchement de la deuxième guerre mondiale. Le recrutement de millions de civils au sein des armées canadiennes et alliées et le maintien du service militaire obligatoire après la guerre au Royaume-Uni et aux États-Unis allaient changer cette situation. Le "citoyen-soldat" prend alors conscience des lacunes du système de justice militaire et demande que des réformes soient apportées. Ces réformes témoignent des nouvelles valeurs du système. Comme l'affirmait un comité chargé d'examiner la justice militaire au Royaume-Uni après la deuxième guerre mondiale: "in the matter of legal safeguards, citizens should be no worst off when they are in the Forces than in civil life unless considerations of discipline or other circumstances make such a disadvantage inevitable"⁴.

Les réformes adoptées au Canada en 1950 ont eu pour effet d'affaiblir la prérogative du commandement sur la justice militaire. L'effritement de la prérogative s'est effectué en faveur d'un pouvoir judiciaire exercé par les cours martiales et un tribunal d'appel civil. Le commandement conserve toutefois de nombreux pouvoirs. Ainsi, il continue notamment d'initier les accusations, de convoquer les cours martiales, de nommer le procureur de la poursuite et les membres de la cour martiale. Il maintient aussi le pouvoir de modifier les décisions des cours martiales.

⁴ *Report of the Army and Air Force Committee 1946*, Londres, H.M.S.O. 1949, p. 30.

Malgré la dépendance évidente de la cour martiale face à l'exécutif, on juge qu'elle ne prive pas le militaire de son droit à une audition impartiale devant un tribunal indépendant⁵. Ce n'est qu'après l'adoption, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶ que l'on mit un terme à l'influence indue du commandement sur la cour martiale. La Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Généreux*⁷, a reconnu la nécessité d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de justice militaire. Elle devait par ailleurs conclure que la structure de la cour martiale générale (CMG)⁸ au moment du procès de *Généreux* contrevenait à l'al. 11*d*) de la *Charte*. La Cour décida que la CMG n'était pas un tribunal indépendant, et cela pour plusieurs raisons, dont les suivantes: d'abord, les membres de la cour avaient été nommés par le responsable militaire qui avait ordonné le procès et nommé le procureur de la poursuite et, ensuite, parce que le juge-avocat avait été nommé par le JAG qui était le mandataire de l'exécutif dans la surveillance des poursuites⁹.

⁵ Voir *Mackay c. R.* [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3^e) 393.

⁶ *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

⁷ *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, 70 C.C.C. (3^e) 1.

⁸ Cette cour est composée de cinq officiers qui, à l'époque du procès de *Généreux*, étaient nommés par l'officier qui ordonnait la tenue du procès. Cet officier est appelé "autorité convocatrice". Ce même officier nomme aussi le procureur de la poursuite. La cour est assistée par un juge-avocat nommé à cette époque par le JAG. Le juge-avocat est un membre du cabinet du JAG. Il remplit des fonctions auprès la CMG à peu près de la même façon que le juge qui préside l'audience d'une cour de justice ordinaire. Il n'est toutefois pas le juge des faits. Il peut être appelé à statuer sur les questions de droit ou les questions mixtes de fait ou de droit survenant durant le procès. La cour ne peut passer outre l'avis du juge-avocat que pour des raisons sérieuses.

⁹ *Généreux*, un caporal des FC, était accusé de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic et de désertion. Selon la procédure usuelle, l'acte d'accusation fut autorisé par son

Le JAG est un personnage méconnu du public et même de la plupart des juristes. La *Loi sur la défense nationale* prévoit que le gouverneur en conseil peut nommer un avocat admis à l'exercice de la profession depuis au moins dix ans pour remplir les fonctions de JAG des Forces canadiennes¹⁰. La *Loi* n'exige pas que le JAG soit un officier ou un autre membre des FC, mais en soit le poste a toujours été occupé par un officier. Cet office est, somme toute, *sui generis*. Le JAG est, "outre les attributions qui lui incombent en vertu de *Loi sur la défense nationale*, responsable devant le ministre des affaires juridiques ayant trait aux Forces canadiennes que le ministre désigne"¹¹. On lui donne aussi le titre de superviseur du système de justice militaire¹². Chacun de ces grands rôles comporte de nombreuses tâches. Dans le cadre de son rôle de supervision de la justice militaire, les attributions suivantes lui incombent: réviser toutes les procédures des cours martiales n'ayant pas fait l'objet d'un appel; formuler des recommandations aux autorités appropriées en ce qui concerne la légalité

commandant. Ce dernier recommanda à son supérieur, le commandant de la base militaire de Valcartier, le brigadier-général Addy, que *Généreux* soit jugé par une cour martiale. Le brigadier-général Addy, n'ayant pas le pouvoir de convoquer une cour martiale, demanda à son supérieur, le commandant de la Force mobile, le lieutenant-général Fox, de le faire. C'est ce dernier qui, en l'espèce, convoqua la cour martiale de *Généreux*. L'art. 165 de la *Loi sur la défense nationale* stipule que "le ministre ou les autres autorités qu'il désigne ou nomme à cette fin peuvent convoquer une cour martiale générale ou disciplinaire". L'art. 111.05 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* précise que le chef d'état-major de la défense, un officier commandant un commandement et les autres autorités militaires désignées par le ministre peuvent convoquer des cours martiales générales ou disciplinaires.

¹⁰ L.R.C. 1985, c. N-5, art. 9.

¹¹ *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, art. 4.08.

¹² Voir Attributions pour le personnel du Quartier général de la Défense nationale, juge-avocat général, ATT. 1.0.2. (1988-08-24).

des verdicts et des sentences des cours martiales; recevoir et réviser les pétitions en vue d'un nouveau procès et fournir des recommandations à ce sujet au chef d'état-major de la défense. Dans son rôle de conseiller juridique principal des forces canadiennes, il est appelé à fournir des avis juridiques au commandement en matière de poursuites pénales et à fournir les services d'avocats militaires compétents de son cabinet dans le but d'assurer la poursuite et la défense des accusés devant les cours martiales¹³. L'avancement et le salaire de ces avocats dépendent dans une large mesure de l'évaluation de leur rendement par le JAG. Les officiers qui occupent les fonctions judiciaires de juge-avocat et de président de cour martiale permanente étaient aussi jusqu'à tout récemment membres du cabinet du JAG¹⁴. Il est donc manifeste que le cabinet du JAG assume divers rôles qui semblent contradictoires.

L'office du JAG fut créé au 17^e siècle en Angleterre. L'office est alors confié à un juriste civil nommé par lettres patentes du souverain. Il a pour fonction d'assurer la surveillance de la justice militaire au sein de l'armée permanente du Royaume¹⁵. Dans ce

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Le 27 septembre 1997, le ministre de la Défense nationale autorisait la constitution du cabinet du Juge militaire en chef comme unité indépendante des Forces canadiennes. Des modifications réglementaires adoptées depuis la décision de la Cour d'appel des cours martiales dans l'affaire *Ingebrigtsen c. R.*, (1990) 5 C.A.C.M. 87, 61 C.C.C. (3^e) 541, leur avait déjà assuré une certaine indépendance face au JAG.

¹⁵ En Grande-Bretagne l'office du JAG a toujours été propre à l'armée. Il en fut de même au Canada jusqu'en 1923. Le JAG surveille l'administration de la justice militaire au sein de l'armée. La justice au sein des forces navales n'a jamais été supervisée par un tel office. Cela dit, l'office de juge-avocat de la flotte existe depuis fort longtemps en Grande-Bretagne. Le petit nombre de cours martiales en raison des pouvoirs sommaires importants des commandants de navires et l'absence de processus de confirmation des décisions des cours martiales rendaient cet office peu significatif. Voir à ce sujet F. VON ARNOLD, "British

pays, le JAG n'a jamais fait partie de la chaîne de commandement. Ses interventions fondées sur le droit ont traditionnellement servi de contrepoids à la domination de la prérogative du commandement sur la justice militaire. Cela dit, ses opinions juridiques ne lient pas le commandement, même si l'office acquiert un statut politique et ministériel au 19^e siècle. Le JAG représente la règle de droit. Les conflits idéologiques portant sur la place du droit dans le système qui l'opposèrent au commandement servirent à confirmer son indépendance envers la chaîne de commandement. Cette indépendance facilita la reconnaissance définitive du caractère judiciaire de l'office en 1948. Depuis cette date, le JAG rend compte au Lord Chancelier de l'exercice de ses fonctions. Ces dernières consistent, notamment, à fournir les services de juges-avocats auprès des cours martiales. Il jouait aussi, jusqu'à tout récemment, le rôle d'aviseur dans le cadre du processus de confirmation des cours martiales¹⁶. Il n'a aucun rôle dans la poursuite des infractions.

Pour les raisons que nous allons voir, il n'y a au Canada aucune tradition d'indépendance du JAG. Le tenant du poste de JAG a toujours été subordonné au commandement. Dès sa création, l'office appuie le commandement dans l'exercice de sa prérogative. Il n'y a jamais eu chez nous de conflit idéologique entre le JAG et le commandement. Le JAG est un avocat militaire et non un juge.

Military Law and the Supervision of its Application" (1988) 16 Rev. Dr. Pén. Mil. & Dr. de la Guerre, 471-512.

¹⁶ La procédure de confirmation a été abolie dans ce pays par *Armed Forces Act, 1996* (R.U.) 1996, c. 46. Cette procédure a été abolie au Canada en 1950.

L'affaiblissement de la prérogative du commandement sur la justice militaire au Canada a eu et continue d'avoir un impact significatif sur l'office du JAG. Les tâches du JAG n'ont cessé de diminuer au cours de la dernière décennie. Plusieurs des rôles qu'il conserve sont remis en question, soit en raison de leur caractère contradictoire, soit parce qu'ils n'ont plus de véritable utilité dans le système de justice actuel¹⁷. Même si elle a conservé son caractère distinct, la procédure judiciaire militaire s'est considérablement rapprochée de la procédure pénale ordinaire. Ce rapprochement amorcé après la deuxième guerre mondiale s'est accéléré avec l'adoption de la *Charte*. Le système s'est judiciarisé et la justice militaire n'est plus, aujourd'hui, une exception notable au système de justice fondamentale garanti par la *Charte*¹⁸. Ce phénomène continue d'avoir un impact significatif sur les institutions qui forment le système de justice militaire. L'office du JAG est l'une des institutions les plus directement touchées par la transformation du système de justice militaire.

Le 30 juin 1997, la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (la Commission) déposait son rapport¹⁹. Dans ce dernier elle affirme:

¹⁷ Voir par ex.: PETER WORTHINGTON, "Military (in) Justice, *Toronto Sun* (26 nov. 1996) 11; PRESSE CANADIENNE, "Les soldats n'ont pas confiance au système judiciaire militaire" *La Presse* [de Montréal](4 fév. 1997) B4; KEVIN COX, "Military Justice System not trusted, Panel Told" *Globe and Mail* (4 fév. 1997) A3.

¹⁸ C'est ce qu'affirmait la Cour d'appel des cours martiales du Canada dans l'arrêt *R. c. Reddick* (1997), 112 C.C.C. (3^e) 491.

¹⁹ *Un héritage déshonoré: les leçons de l'affaire somalienne - Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*, 5 vols., Ottawa, Ministère des travaux publics, Services gouvernementaux Canada, 1997. La Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie était présidée par l'honorable juge Gilles Létourneau de la Cour fédérale d'appel. Elle avait pour mandat de faire enquête sur le

La fonction de juge-avocat général est un autre vestige regrettable du passé. Le titre même, juge-avocat général, met en évidence le conflit d'intérêts entre la fonction du juge et celle d'avocat et l'absence d'indépendance qui caractérise l'actuel système de justice militaire. L'abolition de l'office de juge-avocat général irait plus loin que le simple changement de nom et servirait grandement la primauté du droit et l'intégrité du système de justice militaire²⁰.

Cette condamnation de l'office s'inscrit dans le cadre des réformes du système de justice militaire proposées par la Commission. De manière générale, ces changements auraient eu pour effet d'éloigner encore plus le commandement du processus de justice militaire et d'assurer une plus grande indépendance aux divers participants dans le processus.

La Commission préconisait que le JAG soit remplacé par deux institutions indépendantes, soit l'office du Juge militaire en chef et l'office du Directeur général des services juridiques. Le premier prendrait en charge les fonctions de nature judiciaire exercées par le JAG. Le second remplirait les fonctions de poursuivant, défenseur et de consultant²¹.

Le 17 janvier 1997, soit quelques mois avant le dépôt du rapport de la Commission, le ministre de la Défense nationale, Douglas Young, autorisa la création d'un groupe

“fonctionnement de la chaîne de commandement, la discipline, les opérations, les mesures et les décisions des Forces canadiennes, ainsi que les mesures et les décisions prises par le ministère de la Défense nationale en ce qui a trait au déploiement des Forces canadiennes en Somalie.” Son mandat est reproduit à C.P. 1995-442 (20 mars 1995).

²⁰ *Id.*, vol. 5, p. 1466.

²¹ *Ibid.*

consultatif externe²² chargé d'évaluer le code de discipline militaire "en tenant compte de son objectif sous-jacent et de la nécessité de posséder des tribunaux militaires mobiles, rapides et équitables"²³. Le Groupe consultatif devait se pencher notamment sur "le rôle, la responsabilité et l'organisation appropriés du bureau du Juge-avocat général à l'appui de la justice militaire; et la relation qui devrait exister entre le commandement et le bureau du Juge-avocat général en ce qui a trait à l'administration de la justice"²⁴. Contrairement à la Commission, le Groupe consultatif recommandait le maintien de l'office du JAG et la confirmation, dans la loi, de "ses fonctions relatives à la défense, à la poursuite et aux aspects judiciaires"²⁵.

Ces deux études sont les premières à aborder le statut du JAG dans le système de justice militaire canadien depuis 1950. Les divergences de leurs conclusions, l'une proposant d'éliminer, l'autre de conserver l'office, illustrent l'antinomie entre les différentes conceptions de la justice militaire dans le discours juridique. Pour les uns, les forces armées sont soumises à la règle de droit de sorte que les principes fondamentaux de justice doivent avoir préséance

²² Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire (le Groupe consultatif). Ce Groupe fut présidé par B. Dickson, ex-juge en chef de la Cour suprême du Canada.

²³ Orientation du ministère par l'honorable Douglas Young, ministre de la Défense nationale, 17 janvier 1997, p.1.

²⁴ *Id.*, p. 2.

²⁵ *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d'enquête de la police militaire*, 14 mars 1997, p. 25.

sur la prérogative du commandement. Pour les autres, la justice militaire est tributaire de son contexte et doit refléter les valeurs institutionnelles des forces armées.

Il n'entre pas dans l'objectif de ce travail de faire l'étude de ces deux rapports. Cette thèse s'intéresse plutôt aux aspects historique et évolutif de la justice militaire et de l'office du JAG. Pour des raisons d'ordre pratique liées à la teneur et à la durée de leurs mandats, ces aspects ont été négligés par ces deux études. En effet, ni l'un ni l'autre de ces rapports ne présente plus qu'une vision fragmentaire et superficielle de l'évolution du système de justice militaire canadien et de l'office du JAG. Ils se sont contentées de manière générale d'évaluer la situation actuelle du système et de l'office. Le rapport du Groupe a décrit en moins d'une page l'historique de l'office du JAG depuis ses origines. Il ne contient pas d'analyse de l'évolution du système de justice militaire canadien. La Commission résume en deux brefs paragraphes l'historique de la justice militaire au Canada et ne fait aucune mention de l'évolution de l'office du JAG.

Notre thèse se propose d'examiner l'évolution parallèle de la justice militaire et de l'office de juge-avocat général. Elle tentera d'offrir une réponse aux interrogations suivantes: dans quelle mesure l'office du JAG est-il le reliquat d'un système de justice militaire aujourd'hui révolu? Le déclin de la prérogative du commandement a-t-il rendu superflu un tel office au Canada? Quel devraient-êtré son statut et ses attributions dans le système actuel?

Nous diviserons notre étude en deux parties. La première examinera tout d'abord l'évolution du cadre juridique de la justice militaire, soit ses sources et son application durant toute la période où le système est dominé complètement par la prérogative du commandement. Nous croyons qu'un tel examen est nécessaire, d'une part parce qu'on ne peut dissocier l'office du JAG du système dans lequel il a évolué pendant des siècles et, d'autre part, parce que c'est de ce cadre juridique que la justice militaire a évolué jusqu'à aujourd'hui. Nous ferons ensuite l'analyse de l'office du JAG au Royaume-Uni et en particulier des origines de son rôle auprès de la cour martiale et de sa fonction de juge-avocat, ainsi que de ses attributions et son statut à titre de superviseur de la justice militaire. Finalement, nous verrons que l'office a été adapté au Canada au début du siècle. Nous montrerons comment chez nous la vigueur de la prérogative fut maintenue par l'établissement d'un office du JAG militaire et comment elle fut par la suite confirmée par la subordination et même l'union de l'office au commandement lors de la deuxième guerre mondiale.

Dans la seconde partie, nous examinerons le processus qui a permis à la justice militaire de devenir une justice à part entière. Nous analyserons tout d'abord les nouvelles valeurs du système de justice militaire après 1950. Nous verrons comment les critiques et la conscientisation de la population à l'endroit de la justice militaire ont mené aux États-Unis et au Royaume-Uni à l'examen approfondi du système. Nous analyserons ensuite comment ces nouvelles valeurs ont été traduites dans la première véritable législation canadienne en matière de justice militaire applicable aux trois armes, la *Loi sur la défense nationale*. Nous examinerons les attributions et le statut conférés au JAG dans cette *Loi*. Nous étudierons

finalement l'évolution du modèle judiciaire de la justice militaire reconnu dans la *Loi* avant et après l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous verrons que la *Charte* a confirmé le modèle judiciaire de la justice militaire. Nous examinerons l'impact de cette confirmation sur le système de justice militaire et sur l'office du JAG.

PARTIE 1 LA JUSTICE MILITAIRE: UNE JUSTICE À PART

Jamais les lois dans un État ne seraient admises ainsi qu'il le faut, si la crainte ne régnait pas; et jamais une armée ne ferait montre de sage discipline, sans un rempart de crainte et de respect. Un homme doit savoir que, quand même il aurait la stature de géant, il n'en peut pas moins succomber à un mal de rien²⁶.

INTRODUCTION

Le statut du JAG dans le système de justice militaire ne peut être dissocié de l'évolution générale du droit militaire²⁷. On ne peut saisir l'importance de l'office sans avoir au préalable une connaissance élémentaire des principes et des valeurs du système de justice

²⁶ SOPHOCLE, "Ajax", dans A. DAIN & P. MAZON, *Sophocle*, t. 2, Paris, Les Belles Lettres, 1972, p. 47.

²⁷ Le droit militaire peut être défini comme le droit qui régit en tout temps et en tout lieu la conduite des officiers et soldats et dont l'administration relève des tribunaux militaires. Voir W.E. HODGINS, "Military Law: Its Origin, Development and Application" (1910) 30 Can. L. T. 486. Dans son sens plus large, le droit militaire inclut toute la législation et réglementation se rapportant aux Forces canadiennes et qui touchent à des domaines comme les pensions, la responsabilité civile, les conflits armées, etc. Voir aussi la définition au *Code criminel du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2.

dans lequel il a évolué. Or, comme la politique canadienne a toujours consisté jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale à adopter de manière quasi intégrale les dispositions du droit militaire britannique, l'histoire de ce droit est en fait l'histoire du système de justice militaire canadien²⁸. Nous examinerons d'abord l'évolution des sources du droit qui ont permis l'exercice par le commandement de sa prérogative sur l'administration de la justice militaire. Ensuite, nous mettrons en lumière certaines facettes de l'administration de la justice militaire qui illustrent l'application de cette prérogative et qui la distinguent de la justice civile. Cela dit, nous ne ferons pas un examen comparatif des deux systèmes tant les différences sont évidentes. Ce tableau de la justice militaire avant 1950 permettra de mieux saisir le rôle et l'influence du JAG en Grande-Bretagne et plus tard au Canada.

Le JAG n'a pas de véritable pouvoir indépendant du commandement. Son influence s'exerce auprès de la cour martiale par l'entremise de son représentant le juge-avocat. Le JAG est aussi conseiller du commandement dans le cadre du processus de confirmation et de révision des cours martiales. Les interventions de ce juriste civil sont parfois considérées préjudiciables à la discipline de l'armée par le commandement militaire. Le JAG représente en quelque sorte la règle de droit qui n'a pas encore d'emprise sur la justice militaire. Au Canada, on a fait du JAG en 1911 un office militaire clairement subordonné au commandement. Cette subordination va assurer pendant un certain temps le maintien de la prérogative du commandement sur la justice militaire.

²⁸ K. WATKIN, *Canadian Military Justice: Summary Proceedings and the Charter*, thèse de maîtrise en droit, Université Queen's 1990 [non publiée], pp. 34-35.

A. LE CADRE JURIDIQUE DE LA JUSTICE MILITAIRE

1. Les sources de la justice militaire

a. Origines historiques: la prérogative du souverain

Dans les premiers temps de la souveraineté anglaise, la gouverne des forces militaires relevait exclusivement du roi. La prérogative du souverain de faire la guerre²⁹ incluait le droit de constituer des armées et d'assurer le bon ordre et la discipline des troupes³⁰. Afin de maintenir la discipline de ses troupes, le roi édictait des ordonnances appelées "Articles of War" qui s'appliquaient en temps de guerre³¹. Ces ordonnances avaient pour objet premier d'assurer l'obéissance du soldat au souverain et aux commandants de l'armée³².

²⁹ Voir à ce sujet: *Chandler c. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 142; E. JENKS, éd., *Stephen's New Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, 14^e éd., Londres, Butterworth, 1903, 493-494; D.S. KEIR, *The Constitutional History of Modern Britain*, 8^e éd., New York, W.W. Norton, 1967, p. 236.

³⁰ R.A. MCDONALD, "Le sentier de la discipline: les racines historiques du code de justice militaire canadien" (1985) 1 J. JAG. F.C. 11.

³¹ Le roi demandait alors l'avis de ses conseillers militaires. Selon H. GODLEY, éd., *Manual of Military Law*, 7^e éd., Londres, H.M.S.O., 1929, p. 6, le plus ancien code de justice militaire régissant l'armée britannique fut promulgué en 1385 par le roi Richard II. Le préambule de ce code énonçait:

These are the Statutes, Ordinances and Customs, to be observed in the Army, and made by good consultation and deliberation of our most Excellent Lord the King Richard, John Duke of Lancaster, Seneschall of England, Thomas Earl of Essex and Buckingham, Constable of England and Thomas de Mowbray, Earl of Nottingham, Mareschall of England, and other Lords, Earls and barons and Banneretts, and experienced Knights, whom they have thought proper to call unto them...

³² L'article premier du code de justice militaire de 1385 prévoyait que: "all manner of persons, of what nation, state or condition they may be, shall be obedient to our lord the

Les armées britanniques de cette époque étaient mises sur pied pour des campagnes déterminées et ensuite démobilisées. En conséquence, les codes de justice militaire ne demeuraient en vigueur que jusqu'à la démobilisation des troupes. Avant l'avènement de l'armée permanente, le roi ne pouvait compter que sur une garde personnelle qui était susceptible des mêmes châtiments que les autres serviteurs³³.

Les infractions d'ordre militaire commises par les troupes du roi en temps de guerre étaient jugées par la Cour du Grand Connétable (*High ou Lord Constable*) et du Comte Maréchal (*Earl Mareschall*), que l'on connaissait aussi sous le nom de Cour de chevalerie³⁴. La Cour de chevalerie faisait partie de la *Curia Regis* établie par Guillaume le conquérant³⁵. Cette cour possédait aussi en temps de paix, jusqu'en 1399, une juridiction criminelle à

King, to his constable and mareschall, under penalty of everything they can forfeit in body and goods”.

³³ HODGINS, *loc. cit.*, note 27, pp. 491- 492.

³⁴ W. C. De HART, *Observations on Military Law and the Constitution and Practice of Courts Martial*, New York, Wiley & Putman, 1846, pp. 10-11; S.P. ADYE, *A Treatise on Courts Martial*, 7^e éd., Londres, T. Malden, 1805, pp. 4-6; E. JENKS, *Stephen's Commentaries New Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 14^e éd., Londres, Butterworth, 1903, pp. 350-351; D.A. SCHLUETER, “The Court-Martial: An Historical Survey (1980) 87 Mil. L.R. 136-138; *contra*: G.D. SQUIBB, *The High Court of Chivalry*, Oxford, Clarendon Press, 1959, pp. 1-27, affirme que la Cour de chevalerie n'avait pas compétence en matière de discipline militaire. L'auteur est d'avis que la justice militaire médiévale était administrée par des officiers militaires de la même manière que dans le cadre des codes de justice militaire adoptés au 17^e siècle.

³⁵ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 7. “The *Curia Regis* was a court in the double sense; first, in the sense of being composed of the great officers of the State ; and secondly in the sense of being a judicial body, as each great officers had judicial authority over the officers and persons belonging to or having dealings with his department.

l'égard des infractions de meurtre et autres infractions civiles commises par des citoyens anglais à l'étranger³⁶. Elle avait aussi compétence à l'égard des questions d'honneur, telles la préséance, les armoiries, etc³⁷.

Les juges de cette Cour étaient le Grand Connétable, commandant de l'Armée royale, et le Comte Maréchal, son adjoint. Ces derniers accompagnaient généralement le roi dans ses guerres. Il semble que lorsque les tenants de ces prestigieux offices n'étaient pas personnellement présents, leurs représentants au sein de l'armée exerçaient les fonctions judiciaires³⁸. La Cour de chevalerie jugea les infractions militaires jusqu'en 1521, soit jusqu'au moment de l'exécution pour trahison du Grand Connétable, le Duc de Buckingham, par le roi Henri VIII³⁹. L'absence d'un remplaçant permanent au poste de Grand Connétable signala l'adoption définitive du processus par lequel la justice militaire est administrée par les commandants de l'armée et leurs officiers par voie de commissions royales⁴⁰. La justice

³⁶ *Id.*, p. 8.

³⁷ W.J. LAWSON, "Canadian Military Law"(1951) 39 Can. Bar Rev. 243.

³⁸ J. STUART-SMITH, *Military Law: Its History, Administration and Practice*, (1969) 85 L.Q. Rev. 481.

³⁹ LAWSON, *loc. cit.*, note 27, p. 243; C.G. Cruickshank, *Army Royal: Henry VIII's Invasion of France 1513*, Oxford, Clarendon Press, 1969, pp. 99-100, affirme que l'office de Grand Connétable avait perdu de son importance à la suite de l'accession au trône d'Henri VIII. Le Duc de Buckingham joignit l'expédition de 1513 à titre de capitaine sans pouvoirs spéciaux au sein de l'armée. Le roi exerçait alors personnellement le commandement de cette armée avec comme adjoint le Comte Maréchal.

⁴⁰ M. HALE, *The History of the Common Law of England*, Chicago, University of Chicago Press, 1971, p. 25, indique que les cours militaires tenues devant le Grand Connétable et le Comte Maréchal étaient *Judices Ordinarii*, alors que celles convoquées sous l'autorité des

militaire cesse d'être appliquée par de grands offices au nom du roi. Par la suite, elle sera graduellement administrée par le roi personnellement et par des officiers qui lui doivent obéissance⁴¹. Cette transformation de la justice militaire coïncide avec l'exercice personnel du commandement de l'armée par le souverain.

Avant même le déclin de la Cour de chevalerie, il appert que la nécessité de maintenir la discipline au sein d'une armée souvent dispersée, avait justifié la formation de tribunaux militaires établis sous l'autorité de commissions royales. Le commandant en chef de l'armée était autorisé par le souverain à édicter des ordonnances pour la bonne administration de l'armée, et à juger personnellement les infractions commises⁴². Le commandant en chef pouvait aussi désigner des adjoints afin de juger les infractions au code de justice militaire⁴³.

commissions royales étaient *Judices Delegati*.

⁴¹ Ceci dit, il semble que le Comte Maréchal continua d'exercer seul une compétence en matière d'infraction d'ordre militaire pendant un certain temps sous le nom de *Marshall's Court*. Ces cours ou conseils composés d'officiers furent connus sous le nom de *Council of War* et finalement *Courts-Martial*. Voir STUART-SMITH, *loc. cit.*, note 38, p. 481; MCDONALD, *loc. cit.*, note 30, p. 12 ; *contra* ADYE, *op. cit.* note 34, pp. 12-13, affirme:

[f]rom the time the court of chivalry being abridged of its criminal jurisdiction by the suppression of the post of high constable, to the Revolution, there appears to have been no regular established court for the administration of martial law. For although the court of chivalry continued to be held from time to time by the earl marshal, its authority extended only to civil matters.

⁴² SCHLUETER, *loc. cit.*, note 34, p. 139.

⁴³ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 9.

Les séances de ces adjoints étaient connues sous le nom de *Council of War*. Cette cour ne pouvait prononcer la sentence de mort sans en informer le commandant en chef de l'armée⁴⁴.

Les batailles constitutionnelles survenues au 17^e siècle entre le Parlement et la monarchie concernant l'existence d'une force armée en temps de paix eurent un impact significatif sur la justice militaire. L'assujettissement des militaires et de certains civils à la juridiction exclusive des tribunaux militaires⁴⁵ en temps de paix sous le règne de Charles I, mena à l'adoption de la *Petition of Rights* en 1628⁴⁶. Cette pétition ne créait pas de droit nouveau mais réaffirmait certains aspects du droit existant bafoués par le roi⁴⁷. L'argument de l'illégalité des tribunaux militaires en temps de paix se fondait sur le principe de la compétence des tribunaux de droit commun sur les atteintes à la paix publique et sur celui que la population civile ne pouvait être soumise aux lois régissant les militaires⁴⁸. La *Petition of Rights* réaffirmait le droit de tout citoyen de bénéficier de la protection de la loi civile et déclarait les "Commissions of Martial Law against *any* person to be wholly and directly

⁴⁴ C.M. CLODE, *The Administration of Military and Martial Law*, Londres, John Murray, 1879, p. 9.

⁴⁵ Que l'on appelait "Commissions of Martial Law". Il convient ici de distinguer le droit militaire de la loi martiale. Cette dernière consiste en l'application du droit militaire sans distinction à toute personne et la suspension corrélative du système de justice ordinaire pour des raisons militaires. Voir à ce sujet DEHART, *op. cit.*, note 34, pp. 16-17.

⁴⁶ Elle reçut la sanction royale à 3 Car. I, c. 1.

⁴⁷ J. CHILDS, *The Army of Charles II*, Toronto, University of Toronto Press, 1976, p. 75.

⁴⁸ C.M. CLODE, *The Military Forces of the Crown; Their Administration and Government*, vol. 1, Londres, John Murray, 1869, p. 19.

contrary to the laws and statutes of the realm”⁴⁹. Le soldat possédait donc en temps de paix au Royaume-Uni les mêmes droits fondamentaux que le citoyen ordinaire. Il ne pouvait être condamné à mort par un tribunal militaire à moins que ce tribunal n’ait été constitué en vertu des lois du royaume.

Lors de la guerre civile déclenchée en 1642, les forces royales et celles du Parlement furent régies par des codes de justice militaire. Le Parlement reconnut la nécessité de maintenir une discipline spéciale au sein de son armée et adopta sa première législation en matière de droit militaire. Ce code permettait au Général de l’armée de constituer des cours martiales afin de juger les infractions militaires en Angleterre⁵⁰. On créait ainsi un important précédent à l’égard de l’administration de la justice applicable au soldat.

Après la restauration en 1660, les troupes du Commonwealth furent démobilisées par le Parlement⁵¹. Ce dernier permit toutefois le maintien de gardes et de garnisons afin d’assurer la protection du nouveau roi Charles II ⁵². Ces gardes et garnisons sont à l’origine de l’armée permanente du royaume⁵³. Le Parlement permit au roi de régir ses troupes sous

⁴⁹ *Ibid.* Italiques de l’original.

⁵⁰ Voir D. JONES, *Notes on Military Law*, Ottawa, Maclean & Rogers, 1880, p. 10; SCHLUETER, *loc. cit.*, note 34, pp. 140-141.

⁵¹ CLODE, *op. cit.*, note 48, p. 52.

⁵² Le roi devait cependant assumer le coût de ses troupes. Voir à ce sujet *Id.*, p. 53 et CHILDS, *op. cit.*, note 47, p. 219.

⁵³ L’existence de la “Standing Army” est reconnue pour la première fois dans la première *Loi sur la mutinerie*, 1 Will. & Mar. c. 5.

sa prérogative⁵⁴. En dépit des conflits qui l'avaient opposé au souverain, le Parlement devait de plus affirmer l'autorité suprême du roi sur les forces militaires⁵⁵.

L'existence de cette force armée⁵⁶ en temps de paix sur le sol anglais justifia l'adoption dès 1662 d'un code de justice militaire "for the mustering, regulation and payment of these troops"⁵⁷. La portée de ce code fut par la suite étendue par les commandants en chef de l'armée en 1666 et 1672. Le code de 1666, adopté "for the better ordering the Discipline and Government"⁵⁸ de l'armée, développa le système de tribunaux militaires qui fut par la

⁵⁴ CLODE, *op. cit.*, note 48, p. 13

⁵⁵ *An Act Declaring the Sole Right of the Militia to be in the King and for the Present Ordering and Disposing of the Same*, 13 Charles II, c. 6. Le préambule de cette loi énonçait:

Forasmuch as within all His Majesties Realmes and Dominions the sole Supreme Government Command and Disposition of the Militia and of all the Forces by Sea and Land and of all Forts and Places and by the Lawes of England ever was the undoubted Right of His Majesty and His Royal Predecessors Kings and Queenes of England and that both or either of the Houses of Parliament cannot or ought to pretend to the same...

Le préambule de cette loi fut abrogé par le *Statute Law (Repeals) Act 1969 (U.K.) 1969*, c. 52. Le corps de la loi a été abrogé en 1863.

⁵⁶ Les auteurs mentionnent généralement le chiffre de 8000 soldats. Ce nombre fut augmenté à 30000 durant la période du règne de Jacques II.

⁵⁷ CLODE, *op. cit.*, note 44, p. 13.

⁵⁸ *Id.*, p. 14. Les codes de justice militaire adoptés durant le règne des Stuart voulaient faire respecter tant les obligations morales et religieuses que les devoirs militaires. On punissait les jurons par le marquage au fer rouge; l'ivresse par sept jours d'emprisonnement au pain et à l'eau. Les actes de violences ou les paroles inciviles à l'égard du roi ou de toute personne en autorité étaient punissables de mort. Les officiers et les soldats devaient prêter serment "to be faithful to his Majesty, both in thought, word and deed: not to conceal anything not for his service which they saw or heard; and to obey all his lawfull commandments".

suite créé sous l'autorité du Parlement dans la première *Loi sur la mutinerie*⁵⁹ et dans les lois subséquentes.

Ce code prévoyait que pour une “meilleure administration de la justice” serait être établie une cour martiale générale ainsi qu’une cour martiale de régiment. La cour martiale générale pouvait prononcer la peine de mort et était constituée par le souverain ou le Général de l’armée. Elle était composée d’au moins 13 officiers et était convoquée aussi souvent que nécessaire afin de juger toutes infractions commises par les officiers, ainsi que les infractions punissables par la mort commises par les soldats. La cour martiale de régiment pouvait être convoquée par le Général de l’armée ou par le gouverneur de chaque garnison et était composée de “a convenient number of officers”. Cette cour jugeait les infractions qui n’étaient pas punissables par la mort.

Les troupes permanentes du roi furent donc, en théorie, régies par le droit militaire et assujetties à la juridiction des tribunaux militaires établis en vertu de ces divers codes de justice, au Royaume-Uni comme à l’extérieur⁶⁰. La *Petition of Rights* interdisait toutefois à ces tribunaux de prononcer la peine de mort pour les infractions commises dans le Royaume en temps de paix⁶¹. Le Parlement voulait que l’ensemble des infractions militaires punissables

⁵⁹ Précitée, note 53.

⁶⁰ CLODE, *op. cit.*, note 44, pp. 14-15 ; CLODE, *op. cit.*, note 48, pp. 54-55.

⁶¹ CLODE, *op. cit.*, note 48, p. 76.

par la mort soient, comme dans le cas de la milice, jugées par les tribunaux civils. L'auteur

Clode décrit ainsi la problématique:

Both Houses of Parliament admitted the necessity of the speedy punishment of soldiers, but were at issue with the Crown as to the tribunal by which the offender should be tried. These military courts, formed by a council of war, held themselves amenable to no authority but the king in person, violating thereby the ordinary safeguard to the pure administration of justice; Parliament therefore desired to place the army on the same footing upon which it had placed the militia, viz., as amenable only to the *civil* magistrate for all offenses committed, of which the punishment could properly extend to life or limb⁶².

L'auteur John Childs affirme que le roi et le Parlement parvinrent à un compromis. Ainsi, les militaires accusés de crimes sérieux commis à l'endroit d'un civil devaient répondre de leurs actes devant les tribunaux civils, à condition toutefois de demander au commandant de l'accusé la permission de procéder à son arrestation. Une fois le consentement du commandant obtenu, le militaire pouvait être jugé comme un civil selon la common law⁶³.

Childs ajoute:

Parliament and the civil authorities made little attempt to interfere with the internal running of the army, being content to allow the King to administer it by its royal prerogative without reference to themselves. In return, if a member of the army broke the criminal and civil law, then the majority of officers were quite willing to grant permission for the offender to be tried and punished according to the laws of the land ⁶⁴.

⁶² *Id.*, p. 77.

⁶³ CHILDS, *op. cit.*, note 47, p. 79.

⁶⁴ *Id.*, p. 81.

Cet arrangement fit en sorte que les cours martiales furent peu souvent utilisées en Grande-Bretagne durant les années suivant la restauration⁶⁵. Les infractions disciplinaires mineures étaient jugées sommairement par les autorités militaires alors que la plupart des infractions de nature criminelle étaient jugées par les tribunaux civils. Les infractions disciplinaires sérieuses telles la mutinerie, la désertion et la désobéissance étaient assimilées à la trahison ou *felony* et donc du ressort des tribunaux civils. La cour martiale tenue en Grande-Bretagne à cette époque “was little more than a gentlemen’s debating chamber where officers trashed out their personal disputes”⁶⁶. En Grande-Bretagne, la justice militaire était donc administrée principalement par les tribunaux civils en dépit de l’existence d’un code de justice militaire. À l’extérieur du pays toutefois, le roi continuait d’exercer une prérogative absolue en la matière.

L’insatisfaction grandissante du Parlement à l’endroit du règne des Stuart devait conduire à l’abdication de Jacques II⁶⁷. Les nouveaux monarques, Guillaume d’Orange et Marie, furent confrontés dès leur accession au trône à la problématique suivante, ici énoncée par Clode: “how, without risking a divided allegiance, the Army could be placed equably between the Crown and Parliament, that the interest of one should not prevail as to disturb the influence of the other”⁶⁸.

⁶⁵ Voir *Id.*, p. 82. Seulement 21 cours martiales générales furent tenues en Angleterre de 1666 à 1685.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ On craignait tout particulièrement que le roi se serve de l’armée pour faire valoir ses vues qui favorisaient la religion catholique romaine.

⁶⁸ CLODE, *op. cit.*, note 48, p. 84.

b. L'adhésion du Parlement à la nécessité d'une justice militaire

Cet équilibre fut atteint par l'adoption de deux mesures. Celles-ci eurent pour effet d'accroître les pouvoirs existants de la Couronne en matière de justice militaire, tout en accordant des responsabilités légitimes au Parlement. Le *Bill of Rights*⁶⁹ enchâssait le principe de l'interdiction d'une armée permanente dans le royaume en temps de paix sans l'assentiment du Parlement. Peu de temps après la signature du *Bill of Rights*, les régiments écossais, liés par leur serment d'allégeance au roi déchu, refusèrent de s'embarquer pour service à l'étranger et se mutinèrent. Les nouveaux monarques obtinrent alors du Parlement l'autorité dans la *Loi sur la mutinerie*⁷⁰ de juger *sommairement* par cour martiale les militaires accusés de mutinerie, sédition ou désertion. Le Parlement reconnaissait ainsi pour la première fois la nécessité de maintenir en temps de paix dans le Royaume des tribunaux militaires afin de juger des infractions punissables de mort. Il admettait aussi le besoin d'adopter des mesures spéciales en vue de maintenir la discipline au sein de l'armée permanente.

Le préambule de la *Loi* traduit la double préoccupation du Parlement. Celui-ci, tout en affirmant les principes de la Grande Charte, reconnaît la nécessité d'une justice distincte pour les militaires:

... [W]hereas noe man may be forejudged for Life or Limbe, or subjected in time of peace to any kinde of punishment within the realm by Martial Law, or in any other manner than by the judgement of his Peers, and according to the

⁶⁹ 1 Guill. & Mar., c. 2, sess. 2, art. 6

⁷⁰ Précitée, note 53.

knowne and Established Laws of this Realme. Yet neverthesse, it being requisite for retaineing such Forces as are or shall be raised dureing this exigence of Affairs in their Duty an exact discipline be observed. And that Soldiers who shall Mutiny or Stirr up Seditiō, or shall desert Their Majestyes Service within this Realm or the Kingdom of Ireland be brought to a more exemplary and speedy Punishment than the usuall Forms of Law will allow ⁷¹.

La loi permettait l'existence d'une armée permanente pour la défense du royaume et de la religion protestante. Ses dispositions visaient seulement les membres de l'armée permanente en poste dans le Royaume. Les infractions prévues dans la loi étaient la mutinerie, la sédition et la désertion, toutes punissables de mort. La loi autorisait le roi ou le général de son armée à déléguer le pouvoir de convoquer des cours martiales afin de juger ces infractions. Cette cour martiale statutaire devait être composée d'au moins treize officiers. Somme toute, cette loi confère pour la première fois en temps de paix une autorité judiciaire importante au commandement à l'égard d'infractions punissables de mort. La nécessité d'une discipline militaire spéciale justifiait donc l'existence d'un système parallèle de justice administré par le roi et ses officiers.

Les cours martiales établies en vertu de la *Loi sur la Mutinerie* vinrent à juger la plupart des infractions commises par les soldats en Grande-Bretagne. Ces infractions pouvaient presque toutes être regroupées sous l'un des trois titres, désertion, sédition ou mutinerie. De cette façon la plupart des infractions devenaient punissables de mort, sentence qui pouvait désormais être légalement imposée par les cours martiales dans le Royaume. Les conséquences de cette loi étaient donc pour le moins paradoxales. Le Parlement qui jusque

⁷¹ Tel que cité, ce texte incorpore les amendements effectués à la loi jusqu'en 1717.

là avait insisté sur l'application du principe voulant que les militaires puissent bénéficier de la protection offerte par les tribunaux civils, offrait maintenant aux tribunaux militaires de vastes pouvoirs allant bien au-delà de ceux qui avaient été initialement envisagés. Childs écrit à ce sujet: "Without either intention or realisation, Parliament had created through its mutiny legislation an army which was partially exempt from the common law"⁷². Cette loi, qui ne devait être en vigueur que pendant un peu moins de sept mois⁷³, fut ré-adoptée presque chaque année et sa portée progressivement augmentée jusqu'en 1878⁷⁴.

Les codes de justice militaire adoptés en vertu de la prérogative du roi continuèrent de s'appliquer en Grande-Bretagne à l'égard des infractions moins sérieuses⁷⁵. À l'extérieur du pays, la prérogative du souverain en matière de justice militaire restait intacte. Bien que le *Bill of Rights* ait octroyé un droit de veto au Parlement concernant l'établissement d'une armée permanente en temps de paix, le commandement demeurait entre les mains de la

⁷² J. CHILDS, *The British Army Of William III, 1689-1702*, Manchester, Manchester University Press, 1987, p. 87; E. SAMUEL, *Historical Account of the British Army and the Law Military*, Londres, W.Clowes, 1816, p. 163, indique: "... It is clear, that the rescindment of that portion of the military prerogative, which took place at the Revolution, has been the means, not of diminishing, but increasing, strange as it may sound, the substantial power of the Crown."

⁷³ La loi sanctionnée le 28 mars 1689 devait être en vigueur jusqu'au 10 novembre de la même année. En raison notamment des craintes du Parlement à l'endroit de l'armée, la durée de l'application des lois subséquentes fut toujours limitée à un an.

⁷⁴ En 1717, la portée de la loi fut étendue de manière significative en prévoyant que la cour martiale pouvait imposer le châtement corporel pour des infractions d'immoralité, inconduite et de négligence dans l'accomplissement d'un devoir militaire.

⁷⁵ Voir CLODE, *op. cit.*, note 48, p. 146.

Couronne⁷⁶. En 1718, le Parlement reconnut expressément à la Couronne, dans la *Loi sur la mutinerie*, le pouvoir d'édicter un code de justice militaire dont les dispositions étaient applicables aux troupes en poste au pays comme à l'extérieur. En 1803, on édicta que la *Loi sur la mutinerie* et le code de justice militaire régissaient l'armée en service à l'extérieur comme à l'intérieur du royaume⁷⁷. Cet amendement établissait le pouvoir statutaire de gouverner l'armée en tout temps, au pays comme à l'étranger⁷⁸.

La *Loi sur la mutinerie* ne comptait qu'une dizaine d'articles lors de son adoption originale. Elle en dénombrait plus d'une centaine en 1878. Au cours de la même période, le code de justice militaire avait crû au point de compter près de deux cent articles⁷⁹. On devait, par nécessité, constamment comparer les deux textes afin de déterminer le droit positif applicable. Cette situation mena à la consolidation de ces deux sources de droit en 1879⁸⁰. Après près de deux siècles d'existence, la *Loi sur la mutinerie* vint à expiration sans être

⁷⁶ Voir *China Navigation Co. c. Attorney-General* (1932), 101 L.J. 489 (K.B.) : "When Parliament has given its consent to the raising and keeping of the Army for the year, it leaves the Crown to exercise its prerogative powers as to the manner in which the Army is to be raised and kept in respect of the disposition and use of the Army and the administration of its affairs".

⁷⁷ W. WINTHROP, *Military Law and Precedents*, 2^e éd., Washington, Government Printing Office, 1920, p. 20.

⁷⁸ G.R. RUBIN, "Parliament, Prerogative and Military Law: Who Had Legal Authority Over the Army in the Later Nineteenth Century" (Avr. 1997) 18 J. Legal History 48.

⁷⁹ Le code de justice militaire était toujours publié avec la *Loi sur la mutinerie*. Le code répétait, bien que sous une forme différente, plusieurs dispositions de la *Loi*, alors que d'autres étaient tout à fait distinctes.

⁸⁰ WINTHROP, *op. cit.*, note 77, p. 20.

renouvelée. On substitua à cette loi et au code de justice militaire, *The Army Discipline and Regulation Act*⁸¹ qui fut à son tour remplacé deux années plus tard par le *Army Act* (ou *Army Annual Act* et plus tard *Army and Air Force Annual Act*)⁸².

Avant la création de la fédération canadienne, les décisions du Parlement du Royaume-Uni avaient des incidences directes puisque les forces régulières en poste au pays étaient britanniques. Après 1867, ces troupes se retirèrent progressivement et le Canada dut prendre des mesures afin d'assurer les tâches de défense. Le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸³ confère au Parlement du Canada la compétence législative exclusive sur toutes les matières touchant à la milice, le service militaire et naval et la défense du pays⁸⁴. Ce pouvoir comporte celui d'édicter des lois pour régir la conduite et la discipline des membres des forces armées⁸⁵. L'article 15 de cette loi énonce: "À la reine, continuera d'être et est par les présentes attribué le commandement en chef des milices de terre et de mer, ainsi que toutes les forces navales et militaires du Canada et dans ce pays⁸⁶. Les lettres patentes

⁸¹ 42 & 43 Vict., c. 33.

⁸² 44 & 45 Vict., c. 58.

⁸³ 30 & 31 Vict., c. 3.

⁸⁴ Voir G.A. BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 2^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, pp. 314-315.

⁸⁵ *Mackay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 370 à la p. 390, 114 D.L.R. (3^e) 393.

⁸⁶ Cette disposition rappelle le préambule de la loi de 1661, précitée, note 55.

émises au gouverneur général du Canada en 1931 et 1947 prévoient toutefois que ce dernier est, à titre de représentant du souverain, le commandant en chef des Forces canadiennes⁸⁷.

En 1868, le Parlement canadien adopta sa première législation en matière de défense nationale soit l'*Acte sur la milice*⁸⁸. Cette loi prévoyait que les membres de la milice active⁸⁹ étaient soumis au code de justice militaire et à la *Loi sur la mutinerie* en vigueur au Royaume-Uni, ainsi qu'à tout autres Ordonnances et règlements royaux alors applicables à l'armée britannique. Le milicien était donc régi par le droit militaire britannique chaque fois qu'il se trouvait en activité de service; à l'entraînement, lors d'exercice annuel ou d'instruction; pendant tout exercice ou défilé de son corps de troupes auquel il participait, et également lorsqu'il portait l'uniforme⁹⁰. L'incorporation des lois britanniques relatives à la discipline fit en sorte que l'*Army Act* adopté ultérieurement régissait la discipline des forces terrestres canadiennes, dans la mesure où elle n'entraînait pas en contradiction avec l'*Acte sur la milice*. De fait, l'*Army Act* constitua le fondement de la justice militaire applicable à l'armée canadienne jusqu'à l'adoption de la *Loi sur la défense nationale* en 1950. Cela dit, l'*Acte sur*

⁸⁷ Les lettres patentes sont reproduites à S.C. 1931, prefix, p. xix et L.R.C. 1985, appendice II, no. 31.

⁸⁸ *Acte concernant la milice et la défense de la puissance du Canada*, S.C. 1868, c. 40. Cette milice était composée de tous les hommes du pays âgés de 18 à 60 ans qui n'étaient pas spécifiquement dispensés du service ou frappés d'incapacité par la loi. En 1883, la loi fut modifiée afin de permettre l'enrôlement de militaires pour service continu au sein de la milice. Ce petit groupe de militaires, appelé par la suite "force permanente", est à l'origine de l'armée régulière actuelle.

⁸⁹ Pour une définition de ce terme voir *Id.*, art. 6.

⁹⁰ *Id.*, art. 64.

la milice fut amendé en 1904 afin d'autoriser le gouverneur en conseil à créer des règlements concernant la discipline au sein de la milice⁹¹. On assiste par la suite à l'adoption d'Ordonnances et règlements royaux canadiens se rapportant au maintien de la discipline⁹².

La Partie I de l'*Army Act* énumérait les divers délits d'ordre militaire dont un justiciable des tribunaux militaires pouvait se rendre coupable. Presque tous les délits dont un soldat pouvait se rendre coupable en qualité de soldat ou à l'endroit d'un autre soldat se trouvaient compris dans ces dispositions⁹³. Afin de conférer aux tribunaux militaires une compétence quasi complète sur les soldats, on les autorise à juger et à punir les militaires accusés d'infractions de droit commun. Les cours martiales ne pouvaient cependant juger les crimes de trahison, de meurtre, d'homicide, de complot contre la sûreté de l'État ou de viol commis dans les limites du Canada ou de l'empire britannique⁹⁴.

2. Application de la justice militaire

a. L'affirmation de la prérogative du commandement.

Les systèmes de justice militaire britannique et canadien ont été sous l'emprise de la Couronne et de ses officiers durant toute la période précédant 1950. La justice militaire est alors administrée par le commandement. À l'origine et pendant des siècles le commandement

⁹¹ *Acte concernant la Milice et la Défense du Canada*, S.C. 1904, c. 23, art. 126.

⁹² La plupart de ces règlements renvoyaient à la législation et réglementation britannique.

⁹³ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 103.

⁹⁴ *Ibid.*

de l'armée est fondée sur la prérogative du monarque. Cette prérogative fut l'une des dernières à s'exercer par l'entremise d'un ministre responsable devant le Parlement.

Blakstone disait: “[t]he King is considered as the generalissimo, or the first in command, within the Kingdom”⁹⁵. L’auteur Clode écrivait quant à lui: “[t]he discipline, as incident to Command of the Army, is vested in the Sovereign. Unity is the very essence of Military Command; and therefore all authority - passing though it may be through many subordinate channels - is derived from only one source, viz., the Crown”⁹⁶. Contrairement à la marine, l’armée fut pendant plusieurs siècles dirigée personnellement par le souverain. À une époque très ancienne, le roi avait délégué ses pouvoirs sur les forces navales à un comité de l’amirauté d’où les officiers de la marine tenaient leur commission. Par contre, l’officier des forces terrestres recevait sa commission directement du souverain. Le libellé de cette commission affirme que l’officier jouit de la confiance spéciale du souverain; c’est pour cela qu’il a droit lui-même à l’obéissance de ses subalternes⁹⁷.

⁹⁵ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, 17^e éd., Londres, R. Taylor, 1830, p. 261.

⁹⁶ CLODE, *op. cit.*, note 44, p. 107.

⁹⁷ La commission émise aujourd’hui aux officiers des Forces canadiennes est semblable à celle alors émise au officiers de l’Armée britannique. Elle se lit partiellement comme suit:

Elizabeth Deux, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi à ... Nous, mettant une confiance particulière en votre loyauté, courage et bonne conduite, vous constituons et nommons par la présente officier de nos Forces armées canadiennes ...vous devez, de la façon et dans les circonstances que nous pouvons prescrire, former et discipliner, en vue de leur fonction militaire, les officiers subalternes et les hommes servant sous vos ordres ...Et Nous leur ordonnons, par les présentes, 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 et de votre officier supérieur, quel

Malgré la désignation au 17^e siècle d'un ministre de la Guerre responsable devant le Parlement, le roi commanda personnellement l'armée jusqu'au début du 19^e siècle⁹⁸. En 1793, on instaura l'office de commandant en chef de l'armée⁹⁹. Ce dernier représentait le pouvoir inhérent de la couronne dans le *commandement*, alors que le ministre représentait le pouvoir constitutionnel de la couronne dans l'*administration* de l'armée¹⁰⁰.

Un thème majeur de l'histoire constitutionnelle britannique au 19^e siècle fut la lutte opposant le souverain et le Parlement concernant la direction de l'armée. La reine Victoria défendit avec vigueur l'exercice de sa prérogative, employant tous les moyens à sa disposition pour freiner l'essor de l'influence du ministre de la Guerre dans ce domaine¹⁰¹. La désignation du commandant-en-chef par le souverain symbolisait le maintien de sa prérogative de commandement.¹⁰² Ce n'est qu'au début du 20^e siècle que le Parlement vint à exercer

qu'il soit, selon la Loi, en raison de la confiance mise par les présentes en vous
... Par Ordre de son excellence le Gouverneur Général.

⁹⁸ C.M. CLODE, *The Military Forces of The Crown*, vol. 2, Londres, John Murray, 1869, pp. 256, 359. Avant 1793, un comité de généraux assistait le souverain dans cette tâche.

⁹⁹ *Id.*, pp. 335-345. Le Duc de York fut le premier à occuper ce poste. Le commandant en chef était secondé dans ses fonctions par l'adjutant-général, à qui était confié la responsabilité de toutes les matières se rapportant à la discipline.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 345.

¹⁰¹ G.H.L. Le May, *The Victorian Constitution*, New York, St. Martin's Press, 1979, pp. 75: "[f]rom first to last the Queen interpreted literally the designation "the armed forces of the Crown". A. TODD, *On Parliamentary Government in England*, vol. 1, 2^e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 121, affirme: "[t]he control of the Army and Navy was the last prerogative to be surrendered in the custody of a responsible minister. Even of late years there have been those who have contended that the administration of the military and naval forces of the Kingdom should remain altogether in the hands of the executive."

¹⁰² *Id.*, p. 123. Après la mort du Duc de York en 1826 le roi George IV tenta sans succès de se faire nommer personnellement au titre de commandant en chef.

définitivement un contrôle politique sur le commandement¹⁰³. Cela dit, le Parlement devait maintenir la prérogative du commandement sur la justice militaire.

Le système de justice militaire a alors comme objectif unique d'assurer la discipline absolue du soldat. Pour cette raison, le développement et l'application du droit furent presque exclusivement confiés au commandement militaire¹⁰⁴. Pour ce dernier, le droit est moins important que le bon ordre et la discipline. On croyait d'ailleurs généralement que le citoyen qui joignait les forces armées abandonnait les droits et privilèges garantis au citoyen Anglais¹⁰⁵.

Dans l'arrêt *Grant c. Gould*¹⁰⁶, Lord Loughborough affirmait: [t]he army being established by authority of the legislature, it is an indispensable requisite of that establishment that there should be order and discipline kept up in it, and that the persons who compose the army, for all offences in their military capacity, should be subject to trial by their officers”.

Dans l'affaire *Dawkins c. Rokeby*¹⁰⁷, on confirma le pouvoir du commandement de décider

¹⁰³ Le cousin de la reine, le Duc de Cambridge, devait d'ailleurs agir à titre de commandant en chef de l'armée de 1856 jusqu'à sa mort en 1895. À partir de 1871, le commandant en chef est légalement subordonné au ministre de la Guerre. Dans la pratique, il continua cependant d'être responsable directement devant le souverain.

¹⁰⁴ L.C. WEST, “A History of Command Influence on the Military Justice System” (1970) 18 U.C.L.A. L. Rev. 5; O. MUDRIK, “Military Justice: Goals and Identity” (1992) 31 Rev. Dr. Mil. & Dr. de la Guerre 205.

¹⁰⁵ A.N. GILBERT, “Military and Civilian Justice in Eighteenth-Century England: An Assessment” (1978) 57: 2 J. British Studies 41; ADYE, *op. cit.*, note 34, p. 18.

¹⁰⁶ (1792) 126 E.R. 434 (Court of Common Pleas).

¹⁰⁷ (1866) 176 E.R. 811 (Court of Common Pleas).

de toutes les matières d'ordre militaire se rapportant au soldat: “[i]t is clear that, with respect to those matters placed within the jurisdiction of the military forces, so far as soldiers are concerned, military men must determine them”. Les tribunaux civils refusaient systématiquement d'intervenir à titre de cour de révision ou d'appel dans les questions d'ordre militaire¹⁰⁸.

On avait décidé dans l'arrêt *Gould* que les cours martiales étaient soumises à la surveillance des cours supérieures civiles dans les cas d'excès de juridiction. La Cour avait toutefois ajouté: “a prohibition to restrain the proceedings of a court martial will not be granted without very sufficient grounds”. Cette mise en garde était fondée sur la réticence traditionnelle des tribunaux à intervenir dans les domaines régis par la prérogative. La manière dont la Couronne exerce ses pouvoirs relatifs à l'armée ne peut faire l'objet d'examen par les tribunaux¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CLODE, *op. cit.*, note 44, p. 81; WINTHROP, *op. cit.*, note 77, p. 52. Pour un exposé de la jurisprudence britannique sur le pouvoir de surveillance des tribunaux civils avant 1950 voir: D.C. HOLLAND, “The Law of Courts Martial” (1950) 3 *Current Legal Problems*, pp. 173-194. Les tribunaux canadiens refusèrent d'intervenir dans ce domaine jusqu'en 1945 voir: *Ex parte John Fogan* (1919), 32 C.C.C. 41(C.S. N.B.) et *Peters c. Harrison* (1944) 81 C.C.C. 215 (C.A. Man.). L'affaire *R. c. Thompson (No. 1)* (1945), 86 C.C.C. 193 (Ont. H.C.), marque le début de l'intervention timide des tribunaux civils dans l'administration du système de justice militaire au Canada.

¹⁰⁹ Voir *China Navigation Co, supra*, note 76, p. 489: “The manner in which the Crown exercises its power is not a matter which can be inquired into by a court of law. As Lord Kenyon said in *MACDONALD v. STEELE* (Peake, at p. 234), “His Majesty's pleasure supersedes all inquiry, as he has the absolute direction and command of the Army...”

Le système de justice militaire est une manifestation de la prérogative du souverain.

S.T. Ansell, un ex-JAG de l'Armée américaine, décrit ainsi la justice militaire britannique à la fin du 18^e siècle:

At the time of our separation, the King was not only the commander of the Army, he was the legislator of the Army: he prescribed the Articles of War, the offenses and the penalty; he prescribed both the substantive and procedural law; he prescribed the courts-martial, their jurisdiction and their procedure. He controlled the entire system of discipline and the methods of its administration. The Army was his, the officers were his officers and from him drew their authority¹¹⁰.

Sous l'autorité du souverain, la chaîne de commandement domine tous les aspects du système. Les cours martiales représentent cette domination. Elles sont les instruments du commandement.

b. Les cours martiales: instruments du commandement

La cour martiale n'est pas indépendante de l'exécutif. Elle n'a qu'un objet et une justification: aider la Couronne à maintenir la discipline des troupes¹¹¹. La responsabilité de

¹¹⁰ S.T. ANSELL, "Military Justice" (1919) 5 Cornell L.Q. 6. L'auteur ajoutait à la p. 1: "basically, our system is the British system as it existed at the time of our separation."

¹¹¹ CLODE, *op. cit.*, note 98, pp. 361:

It must never be lost sight that the only legitimate object of Military Tribunals is to aid the Crown to maintain discipline and Government of the Army... There could not be a more dangerous rule to lay down than that the Crown, or indeed the General in chief Command, is inflexibly bound by the findings of Courts-martial, so as to be obliged to act in accordance with their sentence of acquittal or punishment.

maintenir la discipline appartient à la Couronne et aux officiers qui commandent l'armée et non aux officiers qui composent la cour martiale¹¹². Ansell décrivait le modèle de cours martiale encore en usage au début du 20^e siècle:

Courts-martial were courts martial of the King and the officers representing him and his power of command. The courts-martial, therefore applied his law, his penalties, followed his procedure and were subject to his command. Under such a scheme, a court-martial was but an agency of command, nowhere in touch with the popular will, nowhere governed by laws established by the people to regulate the relation between sovereign and subject. It was not a judicial body. Its functions were not judicial functions. It was but an agency of the power of military command to do its bidding.¹¹³

Le commandant de l'accusé initie les accusations. Le supérieur du commandant ordonne la tenue du procès par cour martiale; sélectionne les membres de la cour et confirme ensuite les décisions de cette cour. Le jugement de cette autorité confirmative est final¹¹⁴. Clode écrivait en 1869: "the fundamental principle that the King cannot administer justice is completely ignored in the case of Military Tribunals, the Sovereign being, in many instances the Confirming officer of their proceedings"¹¹⁵. Le souverain confirme personnellement les décisions rendues par la cour martiale générale¹¹⁶. La Couronne n'a pas délégué son pouvoir judiciaire à des juges indépendants de l'exécutif:

¹¹² CLODE, *op. cit.*, note 44, p. 172.

¹¹³ ANSELL, *loc. cit.*, note 110, p. 6.

¹¹⁴ *In Re Poe* (1833), 39 R.R. 621 (K.B.). Dans la mesure où cette autorité est le souverain.

¹¹⁵ *Op. cit.*, note 98, p. 360.

¹¹⁶ *Army Act*, précité, note 82, al. 54 (1) (b).

[I]t must be noticed that in all ordinary courts of the Realm, the Crown has delegated its whole Judicial Power to the judges; but this is precisely what the Crown has not done, or ever yet been advised to do, in the case of military tribunals. As responsible to the Civil Community for discipline, the Crown and the Military officers under the Crown must hold supreme power over the Army, and hence “the discretionary power of Courts-martial is guided,” as Blackstone remarks, “by the directions of the Sovereign.” To aid rather than control this authority, these courts have been instituted and hence no Sentence of a Military Tribunal can be carried into effect without prior confirmation of all its proceedings by the author of its jurisdiction, from whom (either as King, General, or Colonel) the delegation came¹¹⁷.

En l’absence de mécanisme d’appel, la procédure de confirmation permettait dans certains cas à l’accusé de bénéficier de la clémence du souverain ou du commandant supérieur¹¹⁸. Les sentences souvent excessivement sévères rendues par les cours martiales étaient fréquemment réduites par la Couronne¹¹⁹. L’effet modérateur du souverain sur la justice militaire ne s’étendait pas dans les colonies. Cela s’explique, d’une part par la délégation de ses pouvoirs de confirmation aux commandants de l’armée dans ces endroits et d’autre part, par l’absence de révision par le JAG au moment de la confirmation des sentences¹²⁰.

¹¹⁷ CLODE, *op. cit.*, note 44, p. 91.

¹¹⁸ C’est dans le cadre du processus de confirmation de ces cours au Royaume-Uni que le JAG avait un rôle de premier plan. Ce dernier procédait à un examen des procès-verbaux et émettait son opinion concernant la légalité des procédures. Le rôle du JAG dans ce processus sera examiné dans le prochain chapitre.

¹¹⁹ GILBERT, *op. cit.*, note 105, pp. 54-56, révèle qu’au 18^e siècle, le souverain a réduit le nombre de coups de fouet imposé par les cours martiales dans près de 75% des cas. L’autorité confirmative pouvant diminuer mais ne pas augmenter la sentence, la cour martiale imposait souvent la peine maximale qui pouvait être par la suite réduite.

¹²⁰ *Id.*, p. 54. L’auteur affirme “All evidence suggest that the king’s agents overseas were far less willing to reduce sentences and extend mercy than the sovereign”. Les procès-verbaux

Dans toutes les cours martiales le pouvoir “judiciaire” est réparti également entre les membres de la cour, bien que le président, à titre de membre principal, soit responsable du bon déroulement du procès¹²¹. Les membres de la cour ne possèdent pas de compétence juridique. Ils agissent néanmoins à titre de juge et jury. Ils décident de toutes les questions de fait et de droit pouvant survenir durant le procès et déterminent le verdict et la sentence.

La cour martiale n’a pas d’existence avant d’avoir été ordonnée par le commandement¹²². L’*Army Act* prévoyait quatre types de cour martiale: générale, de district, de régiment et générale de campagne¹²³. La première pouvait juger toutes les personnes assujetties au droit militaire et imposer toutes les sentences prévues dans la loi, y compris la peine de mort. Elle était composée d’un minimum de neuf officiers nommées par

des cours martiales tenues dans les colonies ne faisaient l’objet d’une révision par le JAG qu’après la confirmation et exécution de la sentence.

¹²¹ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 54, Règles de procédure (ci-après R.P.), art. 59. Ces dernières sont publiées en annexe dans l’ouvrage de GODLEY.

¹²² *Army Act* (ci-après A.A.) précité, note 82, art. 48. Voir aussi *Acte de la Milice*, précité, note 88, art. 72.

¹²³ De 1868 à 1950, l’appellation, la compétence et la composition des tribunaux militaires canadiens étaient, à toutes fins utiles, identiques à celles existant à la même époque en Grande-Bretagne. Mentionnons deux exceptions, soit la cour martiale générale de la milice et la cour martiale permanente. La première jugeait les personnes non assujetties au droit militaire. Elle était rarement convoquée et avait compétence à l’égard des citoyens de pays étrangers en guerre avec le Canada et des citoyens canadiens qui complotaient avec un étranger en vue de recourir à la force armée contre Sa Majesté. La cour martiale permanente fut créée par décret en 1944 et était composée d’un seul officier. Elle jugeait alors les infractions militaires les moins sérieuses.

Sa Majesté ou un officier autorisé¹²⁴. Un juge-avocat était aussi désigné par cette autorité si le procès se tenait à l'extérieur du Royaume-Uni ou par le JAG si la cour avait lieu dans ce pays¹²⁵. Le verdict et la sentence rendus par cette cour étaient inopérants avant d'avoir été confirmés par l'autorité convocatrice¹²⁶.

La cour martiale de district ne pouvait juger les officiers et ne pouvait imposer une sentence supérieure à deux ans d'emprisonnement. Elle était formée d'un minimum de cinq officiers désignés par un officier ayant le pouvoir de convoquer une cour martiale générale¹²⁷. Selon l'endroit du procès, le JAG ou l'autorité convocatrice avait le pouvoir, mais non l'obligation, de nommer une personne apte à agir à titre de juge-avocat auprès de cette cour. Les décisions de la cour étaient elles aussi interlocutoires avant d'avoir été confirmées¹²⁸.

Un commandant ayant au moins le grade de capitaine pouvait réunir une cour martiale de régiment composée de trois officiers afin de juger un soldat placé sous son

¹²⁴ Voir A.A., para. 48(1), 48(3); R. P., arts., 19-21. À l'extérieur du Royaume-Uni, de l'Inde, Malte et Gibraltar le minimum était de cinq officiers.

¹²⁵ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 32. Le rôle du juge-avocat et du JAG dans le cadre du procès sera examiné dans les deux prochains chapitres.

¹²⁶ Des statistiques compilées à partir des dossiers du JAG au Canada révèlent que 791 procès par cour martiale générale furent tenus au sein des forces terrestres et aériennes canadiennes de sept. 1939 à sept. 1946. De ce nombre, 641 furent tenus à l'extérieur du Canada.

¹²⁷ A.A., par. 48 (3) et art. 123. À l'extérieur du Royaume-Uni, de l'Inde, Malte et Gibraltar ce nombre était de trois officiers.

¹²⁸ De sept. 1939 à sept. 1946, 9732 procès par cour martiale de district furent tenus au sein des forces terrestres et aériennes canadiennes. De ce nombre, 9570 se déroulèrent au Canada.

commandement. Cette cour ne pouvait imposer une sentence supérieure à 42 jours d'emprisonnement¹²⁹.

La cour martiale générale de campagne permettait de juger un accusé sans avoir à remplir les formalités usuelles pour la convocation d'une cour martiale générale. Elle était composée d'un minimum de trois officiers¹³⁰. Elle pouvait être convoquée par un commandant de troupes à l'extérieur du Royaume lorsqu'il jugeait qu'il n'était pas pratique, eu égard aux intérêts de la discipline et du service, de faire juger le délinquant par une cour martiale générale ordinaire¹³¹. Cette cour pouvait juger tous les militaires sous le commandement de l'autorité convocatrice accusés d'infractions mentionnées à la Partie I de la loi. Elle pouvait infliger les mêmes peines que la cour martiale générale. Le commandant désignait rarement un juge-avocat auprès de cette cour. Le verdict et la sentence étaient confirmés par l'officier détenant le grade supérieur à l'endroit de la tenue du procès¹³².

¹²⁹ A.A. art. 47. Cette cour fut abolie en 1920.

¹³⁰ A.A. al. 49 (1) (b). Dans certains cas deux officiers composaient la cour.

¹³¹ A.A., art. 49, note 1, stipulait: "[t]he object of this section is to provide for the speedy trial of offenses committed abroad or on active service in cases where it is not practicable, with due regard to the interest of discipline and of the service, to try such offenses by an ordinary general court martial."

¹³² R.P. 120 (E) (ii). Ce dernier devait avoir un grade de capitaine ou supérieur. De sept 1939 à sept 1946, 22 445 procès par cour martiale générale de campagne furent tenus au sein des forces terrestres et aériennes. Malgré le très grand nombre de cours martiales générales de campagne, B.M. SINGER et R.J.S. LANFORD, *Handbook of Military Law*, Toronto, Copp Clark, 1941, p. 76, affirmaient : "[a] field general court martial is a rarer type of court martial than the two mentioned above, and is not frequently encountered in practice".

Durant les deux guerres mondiales, la plupart des infractions sérieuses commises par les soldats furent jugées par cette cour¹³³.

La cour martiale est *sui generis*¹³⁴. La nécessité de maintenir une discipline spéciale justifie son existence, son mode de fonctionnement et ses décisions. La peine a pour unique objet le maintien de la discipline¹³⁵. La justice militaire doit être sévère, prompte et efficace. Pour cette raison, le fouet est la sentence de choix jusqu'à la fin du 19^e siècle¹³⁶. La peine de

¹³³ A. BABINGTON, *For the Sake of Example : Capital Courts-Martial 1914-1920*, St-Martin's Press, New York, 1983, p. 12. J. PUTKOWSKI & J. SYKES, *Shot at Dawn*, Leo Cooper, Londres, 1992, pp. 11-13, indiquent que de 1914 à 1920, 3080 sentences de mort furent prononcées en vertu de *l'Army Act*. De ce nombre, 312 furent exécutées pour des infractions militaires. Toutes ses sentences, à l'exception d'une douzaine, furent rendues par une cour martiale générale de campagne.

¹³⁴ *King c. Suddis* (1801) 102 E.R. 121 : "a court martial does not found its proceedings upon the common law or upon the civil law... they must therefore judge according to the dictates of conscience and the necessity of the case".

¹³⁵ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 60: "In deliberating on their sentence a court-martial should remember that the object of awarding punishment is the maintenance of discipline. The proper amount of punishment to be inflicted is the least amount by which discipline can be efficiently maintained". C'est nous qui soulignons.

¹³⁶ GILBERT, *op. cit.*, note 105, p. 50, écrit: "Perhaps the most serious objections to military law arose from the very visible and "peculiar" punishment meted out to errant soldiers. In the Colonies and in England, civilians were often shocked by the severity of lashings, and the terms "bloody backs" - a sobriquet given to military soldiers by American civilians - tells us something of the public image of military justice". De 1735 à 1781 les cours martiales imposèrent en moyenne à chaque accusé 675 coups de fouet. Il n'était toutefois pas rare de retrouver des sentences de 1500 coups de fouet. Gilbert rapporte, p. 52, qu'une cour martiale tenue à Québec en 1761 imposa 2000 coups de fouet à deux individus pour avoir volé du tissu et avoir reçu des biens volés. La peine du fouet fut abolie en 1881.

mort était relativement peu souvent imposée par souci d'économie de la matière première, le soldat¹³⁷.

L'historien canadien Stacey affirme que 26 soldats canadiens furent condamnés à mort et exécutés lors de la première guerre mondiale¹³⁸. Au cours de la seconde grande guerre aucun membre des Forces armées canadiennes ne fut exécuté pour un délit militaire. Un seul militaire canadien fut exécuté après avoir été trouvé coupable de meurtre par une cour martiale. La sentence fut confirmée par le gouverneur en conseil et l'individu fut passé par les armes le 5 juillet 1945¹³⁹.

¹³⁷ *Id.*, p. 55. Les statistiques indiquent la condamnation à mort de soixante soldats par cour martiale générale en 1778-1779. Selon l'auteur, ce chiffre "seem to be typical figures for wartime."

¹³⁸ C.P. STACEY, *Armes, hommes et gouvernements*, Ottawa, Information Canada, 1970, p. 274. L'auteur cite un exemple publié dans les ordres courants:

No matricule ... Soldat bataillon canadien, a été jugé par une cour martiale générale de campagne, sous l'accusation suivante: Alors qu'il était en service actif, a déserté le service de Sa Majesté. L'accusé a quitté son peloton, alors que ce dernier se rendait aux tranchées, et est resté absent jusqu'à ce qu'il soit appréhendé par la police civile française derrière la zone de combat seize jours plus tard. Après son arrestation, il s'est évadé et est resté absent jusqu'à ce qu'il soit de nouveau appréhendé cinq jours plus tard. La sentence de la cour a été: "Condamné à mort en étant passé par les armes". La sentence a été exécutée à 7h. 11 du matin le 7 décembre 1916.

¹³⁹ *Id.*, p. 278.

Jusqu'au 20^e siècle, la coutume voulait que les juristes, à l'exception du juge avocat¹⁴⁰, soient exclus des cours martiales. On jugeait que leur participation nuisait au bon déroulement du procès et de manière plus générale à la discipline de l'armée. Pour certains la cour martiale doit rendre une justice fondée sur un code d'honneur et non sur des règles de droit positif¹⁴¹. L' auteur Sir Charles Napier disait à ce sujet:

A Military Court should be a Court of Honour; it is a bad system which turns the members that compose it into Attorneys at Law; they lose the frank, Soldier-like sense of their duty as members of a Court Martial with one grand conscientious duty to perform - that of acquitting the prisoner against all legal rules of evidence, if they believe in their hearts he is innocent; and condemning him, if they conscientiously believe him to be guilty. In short, the business of a court-martial is not to discuss points of Law, but to get at the truth by all means possible¹⁴².

Les deux passages suivants illustrent l'attitude des autorités militaires au 19^e siècle, à l'égard des avocats civils et des valeurs qu'ils pouvaient introduire dans le système. William Tytler, lui-même juge-avocat en Angleterre, justifiait ainsi son adhésion à la pratique d'exclusion des avocats devant les cours martiales:

This is a most wise and important regulation : nor can anything tend more to secure the equity and wisdom of their decisions; for lawyers being in general as utterly ignorant of Military Law as the members of Courts-martial are of Civil Jurisprudence and the forms of ordinary courts, so nothing could result

¹⁴⁰ Ce dernier n'était d'ailleurs généralement pas un avocat mais un officier de l'armée qui avait étudié le droit militaire.

¹⁴¹ WEST, *loc. cit.*, note 104, p. 6, WINTHROP, *op. cit.*, note 77, p. 54.

¹⁴² CLODE, *op. cit.*, note 44, pp. 129-130.

from the collision of such jarring and contradictory judgements but inextricable embarrassment, or rash, ill founded decisions¹⁴³.

Le commandant en chef de l'Armée américaine William T. Sherman affirmait quant à lui devant un comité du Congrès en 1879:

I agree that it will be a grave error if by negligence we permit the military law to become emasculated by allowing lawyers to inject into it the principles derived from their practice in civil courts, which belong to a totally different system of jurisprudence. The object of civil law is to secure to every human being in a community all the liberty, security and happiness possible, consistent with the safety of all. The object of military law is to govern the armies composed of strong men, as to be capable of exercising the largest measure of force at the will of the nation. These objects are as wide apart as the poles, and each require its own system of laws, statute and common. An Army is a collection of armed men obliged to obey one man. Every enactment, every change of rules which impair the principle weakens the army, impairs its values, and defeats the very object of its existence. All the traditions of civil lawyers are antagonistic to this vital principle, and military men must meet them on the treshold of discussion, else armies will become demoralized by engrafting on our code their deductions from civil practice.¹⁴⁴

Au Canada, on vint à admettre graduellement la présence des juristes devant les cours martiales au début du 20^e siècle. Cela dit, la poursuite des infractions devant ces cours était effectuée dans la vaste majorité des cas par des officiers sans compétence juridique. Un commandant ne pouvait demander la désignation d'un juriste afin de remplir la fonction de procureur de la poursuite que dans des cas "exceptionnellement difficiles et complexes"¹⁴⁵.

¹⁴³ TYTLER, *Essay on Military Law*, tiré de CLODE, *op. cit.*, note 44, p. 137. Voir aussi SIMMONS, *Remarks on the Constitution and Practice of Courts Martial*, 2^e éd., Londres, F. Pinkney, 1835, pp. 196-197.

¹⁴⁴ UNITED STATES DEPARTMENT OF THE ARMY, *The Army Lawyer: A History of the JAG Corps 1775-1975*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1976, pp. 88-89.

¹⁴⁵ *Ordonnances et règlements applicables à la Milice canadienne 1910*, art. 480 ; *Ordonnances et règlements royaux applicables à la Milice canadienne 1926*, arts. 557-559.

Dans de tels cas, le ministère de la Justice du Canada veillait à désigner un avocat civil. Cette procédure ne pouvait évidemment s'appliquer pour les troupes en poste à l'étranger lors des deux guerres mondiales. La quasi-totalité des infractions jugées par cours martiales en Europe lors des deux conflits mondiaux furent poursuivies par des officiers ne possédant pas de compétence juridique.

Le militaire accusé devant une cour martiale avait le droit d'être représenté par un officier de son unité. Ces officiers défenseurs ne possédait généralement aucune connaissance juridique et étaient subordonnés au commandement de l'officier qui avait initié les accusations¹⁴⁶. Le prévenu pouvait aussi être représenté par avocat civil, mais c'était rarement le cas. Il devait alors en informer l'officier convocateur pour que ce dernier puisse obtenir, s'il le jugeait à propos, les services d'un avocat pour agir à titre de procureur de la poursuite¹⁴⁷.

L'autorité du commandement sur le système de justice militaire britannique et canadien connaissait peu d'exceptions. L'emprise de la Couronne et de ses officiers sur la justice militaire est justifiée par la nécessité de maintenir une discipline qui garantira l'obéissance du soldat. La cour martiale ne cherche pas à rendre justice. Elle vise surtout à maintenir l'autorité du commandement contribuant ainsi au maintien de la discipline. Un

¹⁴⁶ J.A.G. GRIFFITH, "Justice and the Army" (1947) 10 Modern L. R. 296, indique que le rôle d'officier défenseur était le plus souvent confié à des officiers inexpérimentés: "To be detailed to act as defending officer is considered an honour even more to be avoided than that of serving as a member of the court. Defending takes time and removes the officer from his platoon or his company. That officer is detailed who can best be spared, and he who can best be spared is not an officer with experience."

¹⁴⁷ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 29.

auteur britannique écrivait en 1947: “The military court is not interested in axioms; it is not interested in justice; it is vitally interested in the effect of acquittals on the other member of its community. It has no body of law to bind it nor on which it can rely; it establishes no precedent and its hands are free”¹⁴⁸.

B. L’OFFICE DU JAG ET LA JUSTICE MILITAIRE EN GRANDE-BRETAGNE

La justice militaire est supervisée par un juriste civil nommé par le souverain: le juge-avocat général. L’examen de l’évolution de cet office en Grande-Bretagne nous permettra de constater l’antinomie entre les conceptions du rôle du JAG. Pour certains le JAG représente la *Rule of law* et est un office judiciaire indépendant du commandement. Pour d’autres il est un simple conseiller qui doit veiller avant tout à préserver l’autorité du commandant en chef et de cette façon maintenir la discipline¹⁴⁹.

L’on peut séparer les fonctions du JAG en deux catégories distinctes. La première regroupe les tâches qu’il accomplit dans le déroulement du procès devant la cour martiale. Comme nous le verrons, ce rôle fut très tôt confié à son représentant le juge-avocat. La seconde englobe celles exercées dans le processus de révision et confirmation des cours martiales par le commandement et qui sont généralement associées à son rôle de supervision de la justice militaire.

¹⁴⁸ GRIFFITH, *loc. cit.*, note 146, p. 298.

¹⁴⁹ CLODE, *op. cit.*, note 48, p. 361: “[a]s Military Law is generally *lex non scripta*, the JAG is the adviser of the General in Chief Command, so that he may never enter into controversy with his subordinate, and by doing so suffer legal defeat. Such a catastrophe would soon destroy all Military authority whatever”.

1. L'office et la cour martiale

a. Les origines historiques

La Cour du Grand Connétable et Comte Maréchal fut dès sa création secondée par un avocat civil dont les fonctions consistaient à superviser le procès ainsi qu'à conseiller la cour sur les dispositions du droit civil¹⁵⁰. Ce personnage fut à l'origine connu sous le nom de *judge marshall* ou *auditor general* et plus tard de *judge-advocate*. L'auteur anglais Grose écrivait: “[t]he judge marshall, by some titled auditor general, and since called judge advocate, was an officer skilled in the civil, municipal and martial laws: his office was to assist the marshall or general, in doubtful cases; he had a clerk who took down the proceedings¹⁵¹.

Les qualités et devoirs des premiers *judge marshall* sont décrits par Sir James Turner:

He ought to be a grave and judicious person, who fears god, and hates vice, especially bribery. A lawyer he should be, in regard most articles of war have their rise from law, and many cases chance to be avoided in courts of war, where no military article is clear, but must be determined by the civil law, or by municipal law of the prince, to whom the army belongs; and the judge marshal's duty is to inform the court what either of these laws provides in such cases¹⁵².

¹⁵⁰ STUART-SMITH, *loc. cit.*, note 38, p. 481.

¹⁵¹ F. GROSE, *Military Antiquities Respecting A History of The English Army From The Conquest to The Present Time*, vol. 1, 2^e éd., Londres, Egerton, Whitehall & Kearsley, 1801, p. 234.

¹⁵² J. TURNER, *Pallas Armata: Military Essays on the Ancient Grecian, Roman, and Modern Art of War*, Londres, R. Chiswell, 1683, pp. 206-207.

L'office de *judge marshall* était de nature judiciaire. Il n'avait d'autre attribution que celles exercées dans le cadre du procès militaire. Il entendait et prenait note de la preuve, faisait un résumé de celle-ci et du droit applicable à la cour et annonçait la sentence¹⁵³. Il appert que l'officier de la prévôté (*Provost Marshall*) remplissait alors la charge de poursuivant¹⁵⁴.

Francis Markam, décrivait en 1622 (soit un siècle après que le dernier des Grands Connétables eut siégé avec le Comte Maréchal), le déroulement d'un procès militaire et le rôle du *judge marshall* qu'il appelait *Praetor*:

He hath is seate next and place in all Marshall's Courtes next under the Lord-Marshall, where he sitteth and heareth all complaints, evidences and proofes which are brought in against any criminal offender, taking ample notes thereof and reducing them into heads both for his own and all the other Captaines helpes which are the judges in the same court; which being heard at large and upon solemn oath, he then calleth the offender and against him layeth all the Inferences, Accusations and Imputations which had been formerly been alleged, together with the proofes an assertions, receiving the Delinquents ample and full answer to the same with all those testimonies and excuses which he can produce; which done and the offending party withdrawn, the Praetor discourseth to all the Court his opinion of all he had heard, what agreed with the lawes, and what standeth against them, discussing all doubtful question and truely and sincearely declaring how far the nature of the offence extendeth; of which when his speech is ended, he craveth their Judgement.

... the Praetor causeth the sentence to drawne, which being read by him to the whole table (to thet effect wich the Lord-Marshall pronounced) immediately the prisonner is a called for againe, unto whom, after the Praetor in a solemne and learned Oration hath ript up the qualitie and perniciousness of his sinne and the excellencies of the lawes in cutting off the cruelties of such sinnes; and then sawding up the wounds of a torn and decelerat conscience with divine

¹⁵³ STUART-SMITH, *loc. cit.*, note 38, p. 483.

¹⁵⁴ *Ibid.*

and wholesome Counsell, forthwith he shall read to him the full tenor of his sentence in such sort as it is then written; and to deliver it into the hands of the Provost Marshall to see it put into execution¹⁵⁵.

Comme nous l'avons vu, la Cour de chevalerie et celle du Comte maréchal furent remplacées par des tribunaux constitués par le souverain ou par ses officiers auxquels il avait délégué ses pouvoirs disciplinaires. Cette transformation provoqua la mutation de l'office de *judge marshall*. En effet, le code de justice militaire édicté par Charles I en 1639 mentionne pour la première fois un nouveau personnage portant le titre *Advocate of the Army*. Ce code autorisait le "Council of War and the Advocate of the Army to enquire of the actors and circumstances of offences committed by the oath of so many using all means for examination and trial of persons delated, suspected, or defamed"¹⁵⁶. Cet avocat semble avoir rempli le rôle d'enquêteur et de poursuivant devant les tribunaux militaires ainsi que le rôle de nature judiciaire traditionnellement exercé par le *judge marshall*.

En 1661, on établit un office appelé *Judge Advocate of the Forces* afin de superviser la justice militaire au sein de l'armée permanente du roi en Angleterre¹⁵⁷. Cet office allait être connu à partir de 1666 sous le nom de *Judge Advocate General*¹⁵⁸. Bien qu'il est probable

¹⁵⁵ F. MARKHAM, *Five Decades of Epistles of Warre*, cité par J. STUART-SMITH, "Without Partiality Favour and Affection" (1963) 2 Rev. Dr. Pén. Mil. & Dr. de la Guerre, 226-227. Notons que la preuve était alors entendue en l'absence de l'accusé.

¹⁵⁶ CLODE, *op. cit.*, note 44, p.11.

¹⁵⁷ CHILDS, *op. cit.*, note 47, p. 83. L'auteur affirme que Sir Edmund Pierce fut en 1661 le premier tenant de l'office appelé *Judge Advocate General*. Le Code de justice militaire adopté par Charles II l'année suivante utilise toutefois les termes *Judge Advocate of the Forces*.

¹⁵⁸ STUART-SMITH, *loc. cit.*, note 38, p. 482. Le JAG est nommé par lettres patentes émises par le souverain. Le Dr. Samuel Barrow occupa cet office de 1666 à 1682.

que le JAG ait à l'origine agi personnellement à titre de juge-avocat, soit le personnage agissant en cette capacité auprès de la cour martiale, son rôle fut rapidement délégué à des représentants. Depuis lors, il a été nécessaire de distinguer le juge-avocat du juge-avocat général¹⁵⁹.

b. Le juge-avocat

Depuis 1666, un juge-avocat doit être désigné dans toutes les affaires jugées par cour martiale générale. Un juge-avocat pouvait aussi être appelé à participer aux affaires complexes entendues devant les autres cours martiales¹⁶⁰. À partir de 1673 et pour près de deux siècles, le juge-avocat assume des responsabilités de nature judiciaire héritées du *judge marshall* et celles associées à la poursuite des infractions. Le code de justice militaire adopté cette année là comme tous ceux adoptés par la suite jusqu'en 1829 prévoyait que: "in all criminal cases which concern the crown, our Advocate General or judge advocate shall inform the court and prosecute¹⁶¹."

Le juge-avocat devait aussi conseiller l'accusé sur le droit applicable si ce dernier en faisait la demande¹⁶². Cette situation pour le moins étrange faisait dire à Adye, "that he shall

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ JONES, *op. cit.*, note 50, p. 61.

¹⁶¹ Selon W. HOUGH, *The Practice of Courts-Martial*, 2^e éd., Londres, Kingsbury, Parbury & Allen, 1825, pp. 371-372, le mot "inform" décrivait les fonctions de nature judiciaire remplies par le juge-avocat ; *contra* E. SAMUEL, *op. cit.*, note 72, p. 619, est d'avis que le terme signifiait informer la cour des infractions qu'il entendait présenter.

¹⁶² ADYE, *op. cit.*, note 34, p. 115 et SIMMONS, *op. cit.*, note 143, p. 152, indiquent que ce devoir n'était fondé sur aucune disposition de droit positif spécifique et aurait eu comme

first prosecute the prisoner, and then, *Proteus-like*, change sides, and furnish him with means and arguments to overthrow those he has made before use of, on the part of the crown, seems inconsistent with justice and common sense”¹⁶³. En dépit de l’incompatibilité évidente de ses responsabilités, le juge-avocat devait théoriquement maintenir en tout temps une attitude impartiale dans l’exécution de ses fonctions¹⁶⁴.

La nature conflictuelle des fonctions du juge-avocat fut finalement reconnue au 19^e siècle et son obligation d’agir à titre de poursuivant fut omise du code de discipline militaire en 1829¹⁶⁵. Il appert toutefois qu’il ait continué dans la pratique d’agir à ce titre jusqu’en 1860, année où l’on prohiba au juge-avocat d’être le procureur de la poursuite¹⁶⁶. Le nouveau poursuivant pouvait lui aussi, obtenir l’assistance du juge-avocat sur des questions de droit¹⁶⁷. Le juge-avocat a les attributions supplémentaires suivantes:

source la coutume. Cette obligation était prévue dans les Règles de procédure au paragraphe 103 (a) et existait donc encore au Canada avant 1950.

¹⁶³ ADYE, *op. cit.*, note 34, p. 117.

¹⁶⁴ *Id.*, p. 118, R.P. 103 (h).

¹⁶⁵ STUART-SMITH, *loc. cit.*, note 155, p. 244 écrit: “[i]t was obviously so wrong to the enlightened eyes of the early 19th century that one and the same man should bear the duties of prosecuting the accused and advising the court that a reform of this kind was inevitable.”

¹⁶⁶ Code de justice militaire 1860, art. 163. La fonction de procureur n’a pas été par la suite officiellement attribuée à un autre officier. Dans la pratique, ce rôle était généralement confié à l’adjudant de l’unité ou à un autre officier d’état-major. À partir de 1923, des officiers sous la direction nominale du JAG exercent le rôle de poursuivant dans certains cas complexes. Dans les affaires de fraude et d’indécence, l’acte d’accusation et le sommaire de preuve devaient être soumis à ces officiers avant que le procès ne soit ordonné. Voir CLODE, *op. cit.*, note 44, p. 126; GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 38; STUART-SMITH, *loc. cit.*, note 38, p. 485.

¹⁶⁷ R.P. 103 (b).

... c) c'est à lui qu'il revient de mettre la Cour au courant de tout vice de forme ou de toute irrégularité entachant les procédures, qu'on l'ait ou non consulté; il met l'officier convocateur et la Cour au courant de tout vice de forme ou de toute irrégularité dans l'acte d'accusation ou la formation de la Cour et donne son avis sur tous les points dont la Cour est saisie;

d) si la Cour ou le juge-avocat le désirent, ils font verser au dossier tout renseignement ou avis à eux communiqués ou toute autre matière;

e) à la conclusion de la cause, il doit, à moins que, d'accord avec la Cour, il ne le juge pas nécessaire, résumer la preuve et conseiller la Cour sur les questions de droit relatives à la cause avant que celle-ci délibère en vue d'arrêter une conclusion;

... g) le juge-avocat a, tout comme le président, le devoir de s'assurer que l'accusé ne subit aucun préjudice en conséquence de son état d'inculpé ou de son ignorance ou de l'incapacité où il se trouve d'interroger ou d'être interrogé contradictoirement les témoins ou bien de déposer d'une façon claire et intelligible ou autrement, et peut, à cette fin, conseiller la Cour de rappeler des témoins pour qu'il les interroge lui-même lorsqu'il semble nécessaire ou utile de le faire pour élucider la cause ¹⁶⁸.

Au Royaume Uni, le juge-avocat est nommé par le JAG ¹⁶⁹. Dans les colonies ou les dominions, c'est l'officier convocateur qui le désigne. Le juge-avocat représente le JAG à

¹⁶⁸ R.P. 103 c),d),e),g). Version française tirée de *Extraits du manuel de droit militaire 1929*, Ottawa, E. Cloutier, 1943, p. 678.

¹⁶⁹ GODLEY, *op. cit.*, note 31, p. 50. SIMMONS, *op. cit.*, note 143, p. 568, reproduit un document intitulé "*Form of deputy judge Advocate's Warrant*", qui se lit partiellement comme suit:

By the Right Honorable ... , Judge Advocate General of His Majesty's Forces, to ... By virtue of the Power and Authority given to me by His Majesty, I do hereby appoint you ... to act as Deputy Judge Advocate at all Trials by Court Martial and in all matters appertaining to that office which shall concern any of His Majesty's Land Forces from time to time serving in ... , pursuant to an Act of Parliament now in Force ... and such Articles of War as shall from time to time be established during the continuance of the Power and Authority hereby given to you to act as aforesaid.

la cour martiale¹⁷⁰. Le JAG a toujours été un civil, alors que les juges-avocats étaient des officiers de l'armée¹⁷¹. Ces officiers n'étaient d'ailleurs généralement pas des avocats, mais avaient étudié le droit et la procédure applicables devant les cours martiales¹⁷².

Le juge-avocat ne possédait aucun pouvoir judiciaire¹⁷³. Clode écrivait à ce sujet:

He cannot interfere with anything of his own authority in the privileges of the Court Martial - for which the president and members are alone responsible. He has *no judicial* power nor any determinative voice either in the sentences or interlocutory opinions of the Court; he is not, therefore, entitled to regulate or dictate those sentences or opinions. He should be (in Lord Brougham's definition) the assessor of the court - standing between the Prisoner and the Court¹⁷⁴.

Le juge-avocat n'a pas le même statut que le juge civil dans un procès devant jury.

C'est ce que confirmait la Cour d'appel des cours martiales au Royaume-Uni dans l'arrêt *R.*

c. Linzee:

The position of the judge-advocate is certainly not that of a judge. He has not the authority over a court martial that a judge has over a court over which he

¹⁷⁰ R.P. para. 103 (b) . CLODE, *op. cit.*, note 98, p. 363 affirme: "how these Deputies should discharge their duty is a matter for his direction, subject to the provisions of Articles of War."

¹⁷¹ JONES, *op. cit.*, note 50, p. 31 ; S.C. PRATT, *Military Law: Its Procedure and Practice*, 18^e éd., Londres, Paul, Trench, Trübner, 1910, p. 61.

¹⁷² Voir RUBIN, *loc. cit.*, note 78, p. 54.

¹⁷³ Au Canada, ce n'est que depuis 1992 que le juge-avocat peut statuer pour la cour martiale sur les questions de droit ou sur les questions mixtes de droit et de fait survenant avant ou après l'ouverture du procès.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, note 44, pp. 125-126.

is presiding. I should not expect a judge advocate to adress a court martial in entirely the same way that a judge may at times adress or direct a jury.¹⁷⁵

Le juge-avocat conseille et recommande, mais ne décide pas des questions soulevées devant la cour. La situation du juge-avocat illustre la prééminence de la prérogative du commandement sur la règle de droit. La subordination du droit se manifeste aussi dans le processus de confirmation et de révision des cours martiales en dépit de la surveillance du JAG.

2. L'office et la supervision de la justice militaire

a. Nature des fonctions

James Stuart-Smith, un ex-JAG au Royaume-Uni, décrivait ainsi son office:

The judge advocate general continues, as he has been since the first appointment to the Office was made, to be responsible for the judicial supervision and regulation of the disciplinary aspects of army (and now air force) law and for advising on legal questions affecting the military and air Forces of the Crown. He holds his office under Letters patent from the Sovereign¹⁷⁶.

Le JAG participait au déroulement du procès par l'entremise de son représentant le juge-avocat et participait personnellement au processus de confirmation et de révision des décisions des cours martiales. Dans le processus de confirmation, le JAG avait la responsabilité de procéder à l'examen des procès-verbaux des cours martiales afin de vérifier la légalité des procédures et des décisions rendues.

¹⁷⁵ [1956] 3 All E.R. 980 à la p. 984.

¹⁷⁶ *Loc. cit.*, note 38, pp. 487-488.

Le verdict de culpabilité et la sentence de la cour martiale sont interlocutoires tant qu'ils n'ont pas été confirmés par l'autorité supérieure. Le refus de confirmer avait pour effet d'annuler le procès tout entier. Le JAG est le conseiller juridique du souverain, qui comme nous l'avons vu, était l'autorité confirmative des décisions rendues par les cours martiales générales tenues au Royaume-Uni. L'examen du JAG précédait toujours la confirmation du souverain. Dans le cas des autres cours martiales, l'autorité confirmative n'avait pas l'obligation de soumettre le procès-verbal au JAG avant de confirmer les décisions de la cour. Dans ces cas, le JAG procédait généralement à la révision des décisions des cours martiales après sa réception des procès-verbaux, donc après leurs confirmations et promulgations¹⁷⁷.

De 1689 à 1706, le JAG soumettait personnellement au Souverain les décisions des cours martiales générales pour fins de confirmation¹⁷⁸. Après 1706, et pour exactement un siècle, le JAG cesse d'avoir un accès direct au souverain en matière de confirmation des cours martiales. Il doit alors soumettre ses conclusions concernant la légalité des cours martiales

¹⁷⁷ Voir JONES, *op. cit.*, note 50, p. 32. La *Loi sur la mutinerie*, 24 Geo. II, c. 6, art. 8, obligea les juges-avocats à transmettre au JAG à Londres, les procès-verbaux des cours martiales générales et de district afin d'être préservés par cet office.

¹⁷⁸ STUART-SMITH, *loc. cit.*, note 38, p. 484. Au 18^e siècle, le JAG agira aussi à titre de secrétaire et conseiller juridique auprès du comité d'officiers généraux désigné par le souverain afin de résoudre les griefs et différends au sein de l'armée. R.E. SCOLLER, *The Armies of Queen Anne*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pp. 45-46, indique que le premier de ces comités fut établi en 1706. CLODE, *op. cit.*, note 98, p. 359, souligne à ce sujet, "[i]n this manner his office became secularized, and the holder of it involved in many questions *ultra* those that would come before him in his nominal character of a Judge". Le remplacement du comité d'officiers généraux par l'office de commandant en chef en 1793 devait mettre un terme aux fonctions du JAG à titre de secrétaire du comité.

par l'intermédiaire d'un personnage politique, le ministre de la Guerre, à qui on confie la responsabilité ministérielle en cette matière¹⁷⁹.

À partir de 1806 l'office du JAG se transforme. Tout d'abord, on confère au JAG le statut de membre du Conseil privé, ce qui lui permet à nouveau d'avoir un accès direct au souverain. De plus, l'office devient un poste ministériel occupé par un membre du gouvernement à la Chambre des communes¹⁸⁰. Clode affirme que l'on voulait ainsi s'assurer que la prérogative du souverain en matière de confirmation des cours martiales soit, "for the security of the subject", exercée sur l'avis d'un ministre responsable devant le Parlement¹⁸¹. Comme nous le verrons, le souverain et ses officers n'étaient pas encore tout à fait disposés

¹⁷⁹ CLODE, *op. cit.*, note 98, pp. 362-363. GILBERT, *op. cit.*, note 105, pp. 60-61, reproduit une lettre datée du 25 mai 1728 du ministre de la Guerre Henry Pelham au JAG Charles Gould qui illustre cette interposition:

His Majesty having observed upon the Proceedings of Several Courts Martial which have been laid before him lately that when two men have been sentenced to suffer death for desertion the Courts Martial have not particularly distinguished which of the two was the most notoriously guilty, I am therefore commanded to acquaint you it is the King's pleasure that you write circular letters to the several Colonels of the Regiments to let them know that in all future proceedings of Courts-Martial where two or more persons are adjudged to be shot for desertion, His Majesty will have intention to be made expressly which of the men appeared to the Court at the tryal to be the greatest offender.

¹⁸⁰ SCOULLER, *op. cit.*, note 178, p. 15, affirme que le JAG avait rempli au 18^e siècle le poste de ministre de la Guerre en l'absence de ce dernier.

¹⁸¹ CLODE, *op. cit.*, note 98, p. 360.

à assujettir leur prérogative au jugement de ce ministre, qualifié par Clode de “subordinate member of the Administration”¹⁸².

Le JAG devient alors responsable de l’administration de la justice militaire devant le Parlement. Il partage ses responsabilités concernant l’armée avec le ministre de la Guerre. Ses responsabilités ministérielles incluaient notamment le pilotage annuel du projet de *Loi sur la mutinerie*, les réponses aux questions et la participation aux débats concernant les cours martiales et le droit militaire à la Chambre des communes.

L’incertitude concernant l’étendue des pouvoirs conférés par ce nouveau statut politique et ministériel fut la source de nombreux conflits entre le JAG et le commandement au 19^e siècle¹⁸³. La convention constitutionnelle voulant que le souverain suive les conseils des ministres étant encore en développement, le souverain et son commandant en chef étaient-ils liés par les opinions du JAG en ce qui concerne la justice militaire?

b. Statut de l’office

Le conflit qui allait survenir entre le JAG et le commandement s’incrimait dans le contexte plus large de la lutte entre le Parlement et le souverain concernant la direction de l’armée. Comme nous l’avons indiqué, le souverain exerça personnellement sa prérogative

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Cette question a fait l’objet d’une excellente étude par G. RUBIN, *loc. cit.*, note 78, pp 45-84.

sur l'armée jusqu'au 19^e siècle. Malgré l'influence grandissante du ministre de la Guerre par la suite, le souverain et son commandant en chef continuent d'exercer personnellement de vastes pouvoirs dans l'administration de la justice militaire.

Le commandant en chef de l'armée, le Duc de Cambridge, était l'un des plus ardents opposants du JAG. Il soutenait que sa prérogative sur la justice militaire était totale et qu'elle ne pouvait être restreinte par les interventions du JAG fondées sur le droit¹⁸⁴. D'autres, comme Stephen Denison, juge-avocat général adjoint, prétendaient au contraire qu'indépendamment de son statut ministériel le JAG possédait le statut de *Supreme Court of Review* concernant tous les procès par cours martiales¹⁸⁵. Cette caractérisation de l'office était fondée sur les quatre motifs suivants:

¹⁸⁴ *Id.*, pp. 50-51. Cette position était aussi partagée par Sir Garnett (plus tard Vicomte) Wolseley, l'adjudant général de l'armée et successeur du Duc de Cambridge à titre de commandant en chef en 1895. Ce dernier devait d'ailleurs affirmer en 1873: "The fewer the legal technicalities introduced in the procedure of Military Courts the better ... A Court-Martial should never be more than a rude tribunal, making use of simple form procedure suited in times of war, and the less its decisions are disturbed by the Judge -Advocate-General the better it will be for the Army".

¹⁸⁵ Denison fut adjoint du JAG de 1851 à 1864. Il fait cette affirmation dans un document intitulé *Memorandum on the Duties of the Judge Advocate General* publié dans l'ouvrage de CLODE, *op. cit.*, note 98, pp. 747-750. WINTHROP, *op. cit.*, note 77, p. 53, appuie cette caractérisation de l'office: "In the British practice the only court of appeal from the judgement of courts-martial may be said to be the Judge Advocate General, a civil official and member of the Government representing the Sovereign in the administration of military justice". L'auteur cite les passages suivants à l'appui de ses prétentions:

"The Judge Advocate General's Department forms a Court of Appeal, and therefore takes no part in the actual preparation, conduct and management of prosecutions. Jones, (1881,) p. 63." "The Judge Advocate General and his Deputy form a sort of *final court*, which has the power of upsetting, or "quashing", all court-martial proceedings. Gorham, (1880,) p. 37."

- a) ... Partly in virtue of the 157th Article of War, which require the proceedings of all District, Garrison and General Courts-Martial to be transmitted to the Judge-Advocate-General's Office for safe custody;
- b) ... Partly by virtue of the Articles of War, which from very early times appear not only have invested the Judge-Advocate-General with all the rights of a public prosecutor in military matters , but prior to the year 1829, directed that he or his deputy should prosecute in the name of the sovereign ... In 1860 the 163rd Article of War provided that no officiating Judge Advocate should act as prosecutor;
- c) ... Partly by reason of there being no legal advisor to the Army, except the Judge-Advocate-General; who has therefore become by usage the General Referee in all points of Military Law;
- d) ... Partly in virtue of a clause [No. I.] in the Letters Patent.

Les trois premiers arguments présentés par Denison au soutien du statut judiciaire du JAG ne sont pas très convaincants. En effet, la disposition prévoyant la transmission des procès-verbaux des cours martiales au JAG était aussi compatible avec un office consultatif ou administratif. Denison soutenait que la soustraction en 1860 des fonctions relatives à la poursuite des infractions par l'entremise de son représentant le juge-avocat confirmait le statut judiciaire du JAG. Cet argument appuyait aussi l'opinion que le JAG n'avait pas un tel statut avant 1860. L'absence d'un autre conseiller juridique auprès de l'armée signifiait que les opinions juridiques du JAG étaient généralement les seules sur lesquelles l'autorité confirmative pouvait compter, par contre, cela ne leur attribuait pas nécessairement le caractère de décisions judiciaires.

Le dernier argument, sans doute le plus persuasif, était celui fondé sur le texte des lettres patentes du souverain désignant le JAG¹⁸⁶. Le préambule prévoyait:

...in Consideration of the good and acceptable Services to Us done, and to be done, by our trusty and well-beloved ... , as also in consideration of the Learning, Skill, and Ability ... by these present give and grant unto the said and to his deputy and deputies, full power and authority at such time and times when Martial Law shall be allowed to be exercised as aforesaid¹⁸⁷.

L'étendue de l'autorité accordée par le souverain dans ce préambule était précisée à l'article premier. Celui-ci énonçait que: "for the better advance of Our service in the execution of the said office, our express will and pleasure is, that all officers and soldiers of our said land forces obey him, the said ... , as our Advocate General or Judge-Martial, in that behalf constituted and appointed aforesaid"¹⁸⁸.

Cette disposition énonçait clairement que tous les officiers et soldats de l'Armée britannique avaient l'obligation de respecter les instructions du JAG concernant l'application du droit militaire. Cette autorité apparaissait cependant quelque peu restreinte par le deuxième article des lettres patentes qui stipulait: "And We also will that the said ... observe such orders as he shall from time to time receive from us or any Commanders-in Chief for the

¹⁸⁶ Ces dernières sont reproduites à CLODE, *op. cit.*, note 98, pp. 745-747.

¹⁸⁷ Selon *Id.*, p. 360, l'expression *Martial Law* signifiait ici le droit militaire puisque le JAG n'avait aucune responsabilité concernant la loi martiale.

¹⁸⁸ C'est nous qui soulignons. Les termes *Advocate General* or *Judge Martial* dans les lettres patentes ajoutaient à la confusion entourant le statut de cet office.

time being of Our said land forces, now or hereafter to be by Us thereunto authorized and commissioned"¹⁸⁹.

L'incertitude entourant le statut du JAG contribua aux conflits l'opposant au commandement au 19^e siècle. Pour un auteur contemporain influent comme Charles M. Clode¹⁹⁰, le souverain et ses officiers doivent préserver leur pouvoir absolu sur la justice militaire dans l'intérêt de la discipline. La règle de droit et son représentant le JAG menacent la discipline de l'armée¹⁹¹.

Les divergences entre le JAG et le commandement au 19^e siècle résultent donc de deux situations, somme toute, distinctes. D'abord, le souverain et son commandant en chef, lui-même un membre de la famille royale, refusent de remettre le commandement de l'armée entre les mains d'un ministre responsable devant le Parlement. Ensuite, le souverain et le

¹⁸⁹ CLODE, *op. cit.*, note 98, p. 749. Denison écrivait au sujet de cet article: "it seems difficult to determine the precise degree of obligation imposed by this clause".

¹⁹⁰ Ce dernier a été conseiller juridique du *War Office* (1856-76) et son secrétaire de 1876-1880. Il est aussi l'auteur d'importants ouvrages sur le droit militaire que nous avons d'ailleurs préalablement cités. RUBIN, *loc. cit.*, note 78, p. 57, ajoute que ce dernier était le "legal confidant of the Duke of Cambridge".

¹⁹¹ *Id.*, p. 57, cite Clode:

No doubt the Judge-Advocate-General may aid by experience or weaken by ignorance - if not destroy - the discipline of the Army, but further, overlooking the oath to which every Officer on Court-martial duty is sworn, viz., to administer justice according to *conscience* and the *custom of war* in like cases, he may do evil without design, or any other desire than to uphold that which might be the duty of any other Judge- the strictest Rules of Law.

commandant en chef refusent dans l'intérêt de la discipline d'assujettir leur prérogative à la règle de droit représenté par le JAG. Rubin exprime ainsi l'antinomie entre les visions de la justice militaire soutenues par le JAG et le commandement à cette époque:

The former held to a formalistic conception of the law, one which was increasingly predominating within the legal discourse in England in the second half of the nineteenth century. The latter adhered to a more flexible, perhaps more pluralistic, conception of the law as the servant, not the master, of the institution whose internal relations it was designed to regulate. The former espoused ideas of bourgeois legality which reached out to the soldier who possessed civil rights despite the latter's having subjected himself to a code of military discipline. The Horse Guard spoke to a language of honour, tradition, discipline and to the duty to an hereditary commander which extended beyond the confines of a code of military law. The soldier, indeed the officer, was not yet a citizen¹⁹².

Dans la pratique, ces divergences se sont généralement exprimées dans le cadre du processus de confirmation ou de révision de certaines cours martiales, elles-mêmes sans grande importance. La cour martiale de régiment du soldat Thomas Anyon tenue le 3 février 1862 devait avoir une incidence particulièrement significative sur le statut du JAG au Royaume-Uni. Anyon avait été accusé d'avoir perdu volontairement ou par négligence une baguette à fusil. La cour le trouva coupable d'avoir perdu l'objet sans toutefois attribuer la perte à sa volonté ou négligence. En dépit de cette erreur, le commandant du régiment confirma la décision de la cour. Le commandant de brigade à qui avait été transmis le dossier pour fin de révision omit lui aussi de la relever. Au moment de la demande de libération de l'armée d'Anyon quelque dix années plus tard, son commandant constata l'erreur de la cour. Il demanda alors par écrit l'opinion du JAG en prenant soin de joindre le procès-verbal de la

¹⁹² *Id.*, p. 57.

cour et la recommandation qu'Anyon soit acquitté de l'infraction¹⁹³. Deux jours plus tard, soit le 7 novembre 1872, l'adjoint au juge-avocat général informa le commandant qu'il était d'accord avec sa recommandation et ajouta, "I hereby quash the conviction and request that you have the entry thereof erased."

Informé de cette affaire quelque temps plus tard et outré par les agissements du JAG, Clode envoya la documentation relative à cette affaire au procureur général et son complice le solliciteur général. Il les informa du fait que le JAG n'avait à aucun moment donné avis de cette affaire au ministre de la Guerre ou au commandant en chef. Il ajouta que ces derniers ne voulaient ni approuver ni désapprouver la décision du JAG avant d'avoir une confirmation de leurs responsabilités légales et constitutionnelles en la matière. On demanda donc au *Law Officers* le 16 mai 1873 de répondre à la question suivante:

(1) Whether the office of the Judge Advocate General is judicial in any and what sense; upon whom his judgments are binding, and how they should be delivered or recorded; and (2) whether the letter of 7th november is binding upon the Constitutional and Military Authorities of the Crown¹⁹⁴?

La réponse sans équivoque qu'ils donnèrent confirma le maintien de la prérogative absolu du souverain et de son commandant en chef sur le système de justice militaire.

(1) We are of the opinion that the office of the Judge Advocate General is not in any sense judicial but ministerial. His duty is to give advice and not to pronounce judgement. It follows that his opinion is not binding as the person to whom the advice is given may decline to follow it, although no doubt in practice it is not usual to disregard it. (2) We are of the opinion that the letter

¹⁹³ *Id.*, p. 58.

¹⁹⁴ *Id.*, pp. 58-59.

of 7th November 1872 is not binding on the Constitutional and Military Authorities of the Crown.¹⁹⁵

Malgré cette opinion, l'antagonisme entre le JAG et le commandement perdura au cours des deux décennies suivantes sans être définitivement résolu¹⁹⁶. Les disputes qui l'opposèrent au commandement permirent au JAG d'affirmer son caractère judiciaire et son indépendance. En 1893, le poste de JAG cesse d'être politique. Le tenant de l'office n'est plus membre du gouvernement ou de la Chambre des communes. Le Parlement avait, dès 1885, mis en doute l'existence de cet office politique en raison des coûts associés à son

¹⁹⁵ Opinion de J.D. Coleridge et G. Jessel, 23 mai 1872, tirée de *Id.*, p. 59.

¹⁹⁶ Voir *Id.*, pp. 63-73. Cela dit, Rubin, pp. 73-74, affirme qu'il semble qu'un accord à l'amiable soit intervenu en 1886 entre les autorités militaires et le JAG selon lequel, "it became clear that military authorities must accept the law from the JAG without question.". L'auteur ajoute cependant qu'il n'a pu trouver de preuve irréfutable confirmant cette entente. Il croit toutefois que les correspondances suivantes entre le JAG et le ministre de la Guerre ont servi de fondement à ce possible accord. Le JAG, J.W. Mellor, écrivait au ministre de la Guerre pour lui demander d'intervenir dans une dispute l'opposant à l'adjudant-général:

"The Judge Advocate General is himself a law officer of the Crown appointed by the Queen to advise upon Military Law; his authority derives not only from his personal dignity but from his ability to act upon his independence and his freedom in giving his opinion in a judicial sense, having regard solely to that duty without regard to anything but well established principles. The *Army Act* now alone rules the procedure of courts-martial ... It is the right of the soldier that the *Act* shall be confirmed to."

La réponse du ministre énonçait:

"I have given much consideration to all these papers and I am glad to express my perfect concurrence in the above minute of the JAG. It lays down temperately and clearly what I believe to be the proper course of procedure."

maintien¹⁹⁷. Cette remise en question, jumelée aux agissements inappropriés du tenant de l'office dans une affaire de trafic d'influence en 1887, justifia l'exclusion du JAG du milieu politique¹⁹⁸. Stuart-Smith affirme quant à lui que le JAG devait de toute façon être démis de ses fonctions politiques afin d'assurer une plus grande stabilité à cet office judiciaire: "doubts were felt that it was inappropriate that the holder of a judicial office should constantly be altering with each administration"¹⁹⁹.

L'office fut par la suite rempli par Sir Francis Jeune (plus tard Lord St-Helier) qui l'occupa jusqu'en 1905, conjointement avec ses autres fonctions de président du tribunal des successions, divorce et amirauté, une division de la Haute Cour de justice. Malgré le statut judiciaire du tenant de l'office ses opinions en matière de confirmation des cours martiales ne liaient pas l'autorité confirmative.

Après 1905, on décide d'accorder au JAG le statut qu'il avait avant 1806. L'office fut confié à une personne possédant des compétences juridiques appropriées et dont les lettres

¹⁹⁷ R.U., H.C., *Parliamentary Debates*, 3^e sér., vol. 297, cols. 1870-95 (7 May 1885). Cette question fut ré-examinée en 1888. Voir R.U., H.C., *Parliamentary Debates*, vol. 8, cols. 592-603 (16 mars 1888).

¹⁹⁸ G.R. RUBIN, "The Status of the Judge Advocate General of the Forces in the United Kingdom since 1930's (1994) 33 Rev. Dr. Pén. Mil. & Dr. de la Guerre, 267, note 9, affirme que cette remise en question fut le résultat d'une controverse politique survenue en 1888. Le JAG, W.T. Marriot, s'était alors indûment servi de son office afin de représenter un ancien Khédivé d'Égypte lors de négociations avec le gouvernement Égyptien au sujet d'une réclamation en dommages.

¹⁹⁹ *Loc. cit.*, note 38, p. 484 ; *Id*, p. 245.

patentes l'assujettissait aux ordres et instructions du ministre de la Guerre²⁰⁰. Ce dernier devient l'arbitre final des disputes entre le JAG et le commandement concernant la légalité des décisions des cours martiales²⁰¹.

C. L'ADAPTATION DE L'OFFICE DE JUGE-AVOCAT AU CANADA²⁰²

Les changements et conflits touchant l'office de JAG au Royaume-Uni au 19^e siècle eurent peu d'incidence sur l'administration de la justice militaire dans les colonies et les dominions. Comme nous le verrons dans ce chapitre, les divergences idéologiques opposant le JAG et le commandement militaire ne se sont pas produites au Canada. La nomination d'un JAG dans le dominion n'était certes pas une priorité pour les autorités militaires "canadiennes" dans les premières années de la fédération. L'office ne fut d'ailleurs créé qu'en 1911. La justice militaire était chez nous supervisée par le commandement qui avait une emprise absolue sur la justice militaire. Les décisions dans le processus de confirmation des cours martiales n'avaient jamais fait l'objet d'examen préalable par le JAG au Royaume-Uni

²⁰⁰ Thomas Milvain, esq., K.C., fut le premier JAG nommé en vertu de ce nouvel arrangement. L'évolution de l'office dans la première moitié du 20^e siècle sera abordée brièvement dans le premier chapitre de la seconde partie. Depuis 1948, le JAG est nommé par lettres patentes de Sa Majesté sur recommandation du Lord Chancelier devant qui il est responsable.

²⁰¹ RUBIN, *loc. cit.*, note 78, p. 75.

²⁰² Mentionnons que d'illustres canadiens-français ont occupé des fonctions de juge-avocat auprès des cours martiales tenues au Bas-Canada au début du 19^e siècle. Parmi ceux-là, le capitaine et par la suite major Louis Joseph Papineau. Voir CANADIAN MILITARY INSTITUTE, *Officers of the British Forces in Canada during the War of 1812-15*, Toronto, Welland Tribune Print, 1908, 19-20.

ni par un autre office externe au commandement. Dans ce contexte, on peut affirmer avec confiance que le commandement voyait d'un mauvais oeil l'interposition nouvelle d'un juriste civil dans le système de justice militaire au Canada. La domination du commandement sur le système de justice militaire, qui au Royaume-Uni avait subi les assauts du JAG et de la règle de droit, devait ici être maintenue.

1. L'exercice de la prérogative

La prérogative du commandement sur la justice militaire au Canada après 1867 se manifesta dans le mécanisme de direction de la milice canadienne et par l'établissement de l'office militaire du JAG.

a. Mécanisme de direction

La création de la fédération canadienne en 1867 apporta initialement peu de changement en matière de défense. L'autorité britannique dans ce domaine restait entière²⁰³. L'*Acte sur la milice* adopté en 1868 était à bien des égards identique à la loi qui s'appliquait dans la Province du Canada. La milice canadienne demeurait une auxiliaire de la garnison britannique²⁰⁴.

²⁰³ D. MORTON, *Une histoire militaire du Canada 1608-1991*, Québec, Septentrion, 1992, p. 138.

²⁰⁴ G. F. G. STANLEY, *Canada's Soldiers: The Military History of an Unmilitary People*, Toronto, Macmillan, 1960, p. 234.

L'*Acte sur la milice* confirmait le souverain dans le commandement en chef des forces militaires au Canada²⁰⁵. L'adjudant-général nommé pour assurer le commandement militaire et la discipline de la milice devait obligatoirement être un officier de l'Armée régulière britannique²⁰⁶. L'office de commandant en chef de la milice créé par la suite devait lui aussi être confié à un officier britannique. Ce n'est qu'après l'abolition de ce poste en 1904 et son remplacement par l'office de chef de l'état major général que l'on permit à un Canadien d'occuper la plus haute fonction militaire. Cela dit, les officiers britanniques continuèrent à remplir des postes supérieurs dans la milice canadienne jusqu'après la première guerre mondiale²⁰⁷.

Le premier *Acte sur la milice* prévoyait la nomination d'un ministre de la Milice et de la Défense à qui était octroyée l'*administration* des affaires se rapportant à la milice et dont les responsabilités étaient établies par le gouverneur en conseil²⁰⁸. La loi énonçait que Sa Majesté pouvait convoquer des cours martiales afin de juger les officiers et soldats de la milice qui, comme nous l'avons déjà indiqué, étaient justiciables du droit militaire britannique.

²⁰⁵ Précitée, note 88, art. 1.

²⁰⁶ *Id.*, art. 28. Le commandement militaire de la milice canadienne fut confié à un adjudant général de 1867 à 1874. Après 1874, cet office devint subordonné à celui de commandant en chef.

²⁰⁷ MORTON, *op. cit.*, note 203, p. 177.

²⁰⁸ Précitée, note 88, art. 2.

Pendant près d'un demi-siècle après l'adoption du premier *Acte sur la milice*, la justice militaire est administrée personnellement par le gouverneur-général et ses officiers à qui le souverain a délégué ses pouvoirs. Par la suite, cette prérogative sera exercée par l'entremise d'un ministre responsable devant le Parlement ²⁰⁹.

En 1904, l'office militaire de commandant en chef est aboli. Cet office était vu par plusieurs comme un vestige de l'exercice personnel de la prérogative par le souverain. On créa par la suite le Conseil de la milice à qui revenait le rôle de conseiller le ministre politique sur toutes les matières que ce dernier pouvait lui confier²¹⁰. En 1922, on créa le ministère de la Défense nationale ²¹¹.

Depuis le 1^{er} janvier 1923, les trois forces armées du Canada relèvent d'un seul ministère du gouvernement, dirigé par un seul ministre²¹². Le titulaire de ce nouveau

²⁰⁹ L'art. 499 des *Ordonnances et règlements royaux applicables à la milice canadienne 1910* stipulait que le gouverneur-général était l'officier confirmateur des cours martiales générales à titre de représentant du souverain du Canada. Les règlements adoptés après 1922 prévoyaient que le ministre de la Défense nationale ou le gouverneur en conseil étaient les officiers confirmateurs. Ceci illustre la prise de contrôle de la prérogative du commandement par le ministre et qui fut confirmée dans la *Loi sur la Défense nationale* en 1950.

²¹⁰ Le Conseil était composé de sept membres, quatre militaires et trois civils, sous la présidence du ministre. Le chef de l'état-major général et l'adjudant-général étaient parmi les quatre membres militaires. Ce conseil fut remplacé en 1922 par le Conseil de la défense Voir C.P. 1252, 20 juin 1922. Contrairement au Conseil de l'Armée au Royaume-Uni, le Conseil de la défense ne possédait aucun pouvoir indépendant du ministre.

²¹¹ *Loi sur la défense nationale 1922*, S.C. 1922, c. 34.

²¹² Cette autorité était partagée auparavant entre le ministre de la Milice et de la Défense, le ministre du Service naval et la Commission de l'aviation.

ministère est responsable de toutes les “affaires se rapportant à la défense, incluant la milice et les forces terrestre, navales et aériennes”²¹³. La portée de cette disposition est précisée dans les *Ordonnances et règlements royaux applicables à la milice* adoptés par la suite:

The Minister, being charged essentially with the administration of the Militia force, decides what is to be done in all questions affecting the Militia, and issues instructions accordingly, but the actual command and the issuing of orders for carrying out these instructions are the duty of the executive commanders in the military districts throughout the country²¹⁴.

On attribue au ministre le pouvoir d'émettre des directives concernant toutes questions relative à la milice. On confirme que la prérogative du souverain est exercée par l'entremise d'un ministre responsable devant le Parlement. La prérogative du commandement sur la justice militaire reste entière et les lois britanniques adoptées au 19^e siècle continuent de s'appliquer au Canada.

Au sein de la hiérarchie militaire, c'est à l'adjudant-général que sont confiées les responsabilités relatives au maintien de la discipline ainsi que l'application du droit militaire²¹⁵.

Ce dernier put compter dès 1866 sur les services d'un certain Henry Smith, avocat et officier d'infanterie, qui allait devenir bien des années plus tard le premier tenant de l'office du JAG au Canada²¹⁶. Smith participa notamment à la campagne militaire contre les Fénians en

²¹³ *Id.*, art. 4

²¹⁴ *Ordonnances et règlements royaux applicables à la milice 1926*, art. 27.

²¹⁵ *Ordonnances et règlements royaux applicables à la milice 1910*, art. 107; *Ordonnances et règlements royaux applicables à la milice 1926*, appendice VI, par. V.

²¹⁶ Henry Smith, dont le père était colonel au sein de l'Armée régulière britannique, est né à Montréal en 1837. Il compléta des études militaires et de droit et devint membre du Barreau

février 1866 et à celle du Nord-Ouest en 1885. Au cours de cette dernière, il prit part aux batailles de Fish Creek et Batoche à titre d'assistant à l'adjudant-général au sein de l'état-major du commandant en chef le général Middleton²¹⁷. Ses fonctions de conseiller spécial auprès de l'adjudant-général au Quartier général à Ottawa débutèrent en 1904. Ses tâches consistaient alors à fournir des avis juridiques sur des sujets divers et à "résoudre les réclamations relatives aux pensions, allocations de propriété et médailles, autres que les médailles de guerre"²¹⁸.

À titre de conseiller juridique de l'adjudant-général, Smith a probablement été appelé à participer au processus de confirmation des décisions des cours martiales. Cela dit, la justice militaire est alors exclusivement l'affaire du commandement, et les juristes n'ont pas de rôle officiel à jouer dans ce processus. Les opinions de Smith sont émises à titre d'officier militaire subordonné à l'adjudant-général. Smith fut promu au grade de colonel en 1908. Il avait alors 71 ans. Il semble qu'à ce moment il ait été le seul juriste au sein de la hiérarchie supérieure de la milice canadienne.

de l'Ontario en 1865.

²¹⁷ H.J. MORGAN, *The Canadian Men and Women of the Time*, 2^e éd., Toronto, William Briggs, 1912, pp. 1036, 1214. On disait de lui qu'il était un réformiste de la milice et un ardent impérialiste. À partir de 1907, il enseigna les tactiques, l'histoire et le droit militaire à l'Université McGill à Montréal.

²¹⁸ Note de service du major Beatty, assistant à l'adjudant-général, 25 février 1911. (Archives nationales du Canada, Rg. 24, vol. 2392).

b. Établissement d'un office militaire

Lorsque trois ans plus tard on constitua l'office du JAG au Canada, le colonel Smith fut tout naturellement le choix du commandement, d'une part, en raison de ses compétences et de son expérience, et d'autre part, parce qu'il était un militaire²¹⁹. En désignant Smith au poste de JAG, on maintenait le statu quo. Il demeurait dans les faits, le bras droit et conseiller spécial de l'adjutant-général. Le titre de son poste avait changé, mais Smith continua à remplir les tâches qu'il accomplissait au sein du cabinet de l'adjutant-général et demeurait directement subordonné à ce dernier²²⁰. La nomination de Smith évitait l'intrusion d'un civil dans le processus de justice militaire. On créait aussi un important précédent²²¹. Le JAG serait au Canada un militaire soumis aux ordres et instructions du commandement.

²¹⁹ L'ordre général de la Milice canadienne n° 166, Gaz. C. 25 novembre 1911, p. 2076, stipulait: “[e]st nommé Capitaine-rapporteur général; le colonel Henri Smith, de la division de l'adjutant-général, 1^{er} octobre 1911.” Dans la version anglaise de l'ordre, on utilise le terme *judge advocate general* pour désigner le poste de Smith. Les traducteurs ont de toute évidence emprunté de la France l'expression “capitaine rapporteur général”. Dans ce pays, cet officier faisait office de juge d'instruction et d'accusateur public dans un “conseil de guerre”. Voir C. AUGIER & G. LE POITVIN, *Traité pratique et théorique de droit pénal militaire*, t. 1, Paris, Sirey, 1905, p. 13. On retrouve d'ailleurs dans la version française de *l'Acte sur la Milice* l'expression “conseil de guerre” pour désigner la cour martiale.

²²⁰ Le rôle du nouveau juge-avocat général ne fut d'ailleurs pas spécifié dans les règlements avant le milieu de l'année suivante.

²²¹ Depuis cette date, tous les juges-avocats généraux nommés au Canada ont été des militaires, bien qu'aucune loi ou aucun règlement n'exige qu'il le soit: Colonel H. Smith 1911-1918; Lieutenant-colonel O.M. Biggar 1918-1920; Brigadier-général R.J. Orde 1920-1950; Brigadier-général W.J. Lawson 1950-1969; Brigadier-général H.A. Maclearn 1969-1972; Brigadier-général J.M. Simpson 1972-1976; Major-général J.P. Wolfe 1976-1982; Brigadier-général F. Karwandy 1982-1986; Brigadier-général R.L. Martin 1986-1990; Commodore P. Partner 1990-1993; Brigadier-général P.J. Boutet 1993-.

Le 15 juillet 1912, les devoirs du “rapporteur général” sont énoncés dans un ordre général de la milice:

1. Réviser les procès-verbaux des cours martiales générales et de district, et s'ils contiennent des irrégularités en faire rapport à l'honorable Ministre en conseil de la milice;
2. Tenir un registre des procès-verbaux des cours martiales générales et de district et de leurs dispositions finales;
3. Consulter les officiers convocateurs et confirmateurs sur toutes questions concernant la loi militaire, les cours martiales et les règles de procédure, lorsque conseil est demandé par voie ordinaire;
4. Rendre les services qui lui sont assignés relativement à la révision de la loi et des règlements militaires;
5. Conseiller le ministre sur des questions purement légales lorsqu'il sera invité à le faire ²²².

Le JAG devient officiellement le conseiller juridique des autorités militaires et du ministre de la Milice et de la Défense sur toutes les matières se rapportant à la justice militaire et à l'administration de la milice canadienne. Fait à noter, le JAG n'a pas chez-nous la responsabilité de nommer les juges-avocats. Ces derniers continuent d'être désignés par le commandement.

Lors de la première guerre mondiale le JAG demeure au Canada. Le corps expéditionnaire canadien (C.E.C.) peut toutefois compter sur les services d'un adjoint au JAG

²²² Ordre général de la Milice canadienne n° 133, Gaz. C. 24 août 1912, p. 641. L'*Acte de la milice* adopté en 1868 et les autres lois qui allaient suivre ne contenaient aucune disposition relative à l'office du JAG. D'ailleurs, aucune loi canadienne touchant de près ou de loin à la milice ne mentionne son existence avant 1950.

assisté par quelques officiers de février 1917 à septembre 1919²²³. Malgré la présence de ces officiers au sein du C.E.C., l'administration et la supervision de justice militaire furent dans une large mesure effectuées par les autorités britanniques²²⁴. Les cours martiales des soldats canadiens tenues en Europe étaient révisées et par la suite conservées par le juge-avocat général à Londres²²⁵.

La participation massive du Canada au premier conflit mondial justifia la création, le 28 février 1918, d'une Direction juridique distincte et temporaire commandée par le JAG au sein des forces terrestres. Cette direction était constituée d'officiers et autre personnel

²²³ Notamment le lieutenant-colonel R.M. Denistoun, plus tard juge à la Cour d'appel du Manitoba, et le capitaine R.J. Orde nommé JAG en 1920.

²²⁴ ARMY HEADQUARTERS HISTORICAL SECTION, *Report no. 91 : Some Aspects of Disciplinary Policy in the Canadian Services 1914-1946*, Juillet 1960, p. 9,13 (ci-après A.H.H.S.). De 1914 à 1916, l'administration de la justice militaire du C.E.C., "was carried out solely by the Imperial authorities acting through the Army Council and the General officers commanding the different Imperial commands."

²²⁵ *Id.*, pp. 10,17-18. En 1920, 17000 procès-verbaux de cours martiales tenues en Europe furent transmis aux bureaux du JAG à Ottawa. Ce nombre n'inclut pas toutes les cours martiales des Canadiens en Europe puisque le JAG britannique conserva les procès-verbaux impliquant des tiers non-membres du corps expéditionnaire. R.M. DENISTOUN, "Canadian Military Law Overseas" (1920) 56 Can. L. J. 48, décrit l'intervention du JAG britannique dans la cour martiale d'un soldat canadien :

In 1917 a number of canadian soldiers refused to submit to re-inoculation against typhoid fever. One of them was court-martialed for "refusing to obey a lawful command" and his conviction was quashed by direction of the Judge Advocate General - Mr. Felix Cassel, K.C. a very able lawyer, who gave the Canadian legal staff every consideration and assistance at all time. On enquiry as to the reason for this decision he stated that the British authorities have always to compel a soldier to submit to a surgical operation and that inoculation, involving puncture of the skin by a needle, was regarded as such an operation.

appelés à servir auprès du C.E.C.²²⁶. Les fonctions du JAG auprès du C.E.C. furent stipulées dans un ordre de service courant²²⁷. Cette ordonnance de l'adjutant-général intérimaire prévoyait une expansion temporaire des responsabilités du JAG. L'ordonnance stipulait notamment que le JAG devait:

(1)... advise the Militia Council, or any branch or officer of the Department of Militia and Defence, upon such questions of law and procedure as may be submitted to him;

(5) ... conduct investigations into alleged breaches of discipline; prepare orders appointing Courts of Inquiry and convening general courts-martial and (when these are directed from Militia Headquarters) District courts-martial; ... recommend, when necessary the persons to be appointed to act as prosecutors and judge-advocate at courts-martial; to review the proceedings of all courts-martial and recommend such action thereon as may seem advisable, and generally to be responsible for the proceedings taken to enforce military law...

Ces responsabilités furent remises en question par le sous-ministre adjoint de la Justice du Canada en 1918. Dans une lettre à son homologue de la Milice et de la Défense, E. Newcombe²²⁸ exprima l'opinion que les devoirs sus mentionnés étaient illégalement conférés au JAG. Newcombe justifiait ainsi sa position:

...[t]he first of which professes to constitute the Judge Advocate General the legal adviser to the Department and the Militia Council, a provision for which there is no authority, either in the Acting Adjutant General or in the Governor

²²⁶ Décret C.P. 495. Lettre du ministre de la Milice et de la Défense au gouverneur en conseil, 24 avril 1918. (Archives nationales du Canada, R.g. 24 vol. 2392, H.Q. 650-18-7). STANLEY, *op. cit.*, note 204, p. 313, affirme que 686462 Canadiens furent enrôlés dans les forces canadiennes lors du premier conflit mondial. De ce nombre, près de 425000 combattirent outre-mer. Tous, sauf environ 30000, joignirent les forces terrestres.

²²⁷ Ordre de service courant no. 327, 16 mars 1918.

²²⁸ Plus tard juge à la Cour suprême du Canada.

in Council, since this duty of advising is constitutionally charged with the Minister of Justice .

Moreover by the 5th head the Judge Advocate General is to recommend the persons to be appointed as prosecutors and judge-advocates at courts-martial, and generally to be responsible for proceedings taken to enforce military law; but certainly the Government cannot escape responsibility by putting it upon an officer; and further I cannot perceive, how the Judge Advocate General can be authorized or made responsible in these broad terms compatibly with the statutory direction that the Attorney general shall have the regulation and conduct of all litigation for and against the Crown or any public department in respect of any subject within the authority or jurisdiction of Canada.

I therefore commend you these orders of the Acting Adjutant General to you for further consideration with a view to the requisite amendments²²⁹.

Le sous-ministre de la Milice et de la Défense demanda l'avis de son conseiller juridique. Comme on pouvait s'y attendre, le JAG ne partageait pas les vues de Newcombe et devait d'ailleurs préparer la réponse du sous-ministre. En ce qui concerne son rôle de conseiller juridique du ministre, le JAG exprima l'opinion suivante:

S. 5 (b) of Chapter 21 of R.S.C. 1906, imposes upon the Attorney General of Canada the duty of advising the heads of departments on all matters of law, but this does not in my opinion, exclude other possible sources of advice, and the duty to advise the Department of the Militia and Defence was in terms imposed upon the Judge-Advocate-General by General Order 133 of 1912. It seems a little late in the day to raise a doubt of the propriety of the terms of the Routine Order referred to in the letter of the Deputy Minister of Justice...²³⁰ .

²²⁹ Lettre du sous-ministre adjoint de la Justice au sous-ministre de la Milice et Défense, 17 avril 1918 (Archives nationales du Canada, R.g 24-6538, vol. 1, Dept. Milice & Défense 650-18-7). C'est nous qui soulignons.

²³⁰ Note de service du lieutenant-colonel O.M. Biggar (JAG) au sous-ministre de la Milice et de la Défense (Archives nationales du Canada, 24 avril 1918 (H.Q. 650-18-7). Le sous-ministre de la Milice expédia le même jour sa réponse au sous-ministre de la Justice.

En ce qui a trait à son pouvoir de recommander des procureurs et juges-avocats ainsi qu'à son rôle de supervision du système de justice militaire, le JAG ajouta:

... there seems to be even less ground for the objection made. Proceedings to enforce military law are in no sense whatever "litigation for or against the Crown or any public department". They are purely disciplinary proceedings, instituted by a military Commanding officer in respect of a subordinate under his command and would be the exclusive responsibility of the adjutant general if there were no Judge-Advocate-General or if the duty were not expressly imposed on the latter²³¹.

Le sous-ministre de la justice devait maintenir sa position dans cette affaire en dépit de l'opinion du JAG. Il semble cependant que les parties aient convenu de suspendre leur différend jusqu'à la fin de la guerre afin d'éviter, "the disorganisation necessarily attendant upon a change in practice"²³². Ce problème ne devait toutefois pas refaire surface après la guerre²³³.

²³¹ *Ibid.* C'est nous qui soulignons.

²³² Lettre du sous-ministre de la Milice et de la Défense au sous-ministre adjoint de la Justice (Archives nationales du Canada, R.G. 24-6538, 650-18-7, 10 mai 1918).

²³³ Cela peut s'expliquer notamment par le fait que l'office du JAG n'est pas perçu après la guerre comme une menace à l'autorité du ministre de la Justice. En effet, les règlements et décrets adoptés subséquemment n'accordent aucun rôle au JAG dans la poursuite des infractions. La *Loi sur la défense nationale* adoptée en 1950 ne confère pas au JAG de rôle dans la poursuite des infractions. De plus, cette loi n'attribue pas au JAG le statut de conseiller juridique du ministre. On peut se demander si l'omission de ces rôles dans la loi avait pour but d'éviter de raviver le différend avec le ministère de la Justice.

2. Confirmation de la prérogative du commandement

a. Subordination du JAG

La guerre terminée, on assiste à une démobilisation massive des forces militaires canadiennes. Ceci devait avoir un impact direct sur l'office du JAG. Les assistants au JAG (AJAG) qui avaient été nommés dans les divers districts de la milice au Canada cessèrent graduellement d'occuper leurs fonctions et poursuivirent leur carrière d'avocat ailleurs que dans la milice²³⁴. Il en fut de même pour les avocats membres du C.E.C. Le lieutenant-colonel Biggar qui avait temporairement accepté le poste de JAG en 1918 fut lui aussi démobilisé en 1920²³⁵.

La démobilisation d'avocats militaires d'expérience comme Biggar et Denistoun, jumelée au peu d'intérêt manifesté par les avocats civils envers cet office militaire, explique la nomination au poste de JAG d'un avocat comptant à peine deux années au barreau. Le capitaine R.J. Orde, âgé de 27 ans en 1920, allait occuper cet office pendant les trente années suivantes. Le JAG est alors un officier subalterne au sein de la hiérarchie militaire.

Dans l'entre-deux guerres, les demandes pour les services du JAG sont peu nombreuses. Ceci s'explique d'abord par le fait que les forces armées comptent des effectifs

²³⁴ Le décret C.P. 1919-1059 autorisait le commandement à utiliser les services d'officiers ayant exercé des fonctions de AJAG durant la guerre lors de la période de démobilisation. Ce décret fut annulé le 27 déc. 1920 (C.P. 3190).

²³⁵ Le poste était resté vacant à la suite de la démission du major-général Smith en 1918.

considérablement réduits et ensuite, parce que la justice militaire continue d'être administrée exclusivement par le commandement qui ne voit pas encore la nécessité de consulter le JAG. Par conséquent, les requêtes formulées par le JAG auprès de l'état-major pour la désignation d'un adjoint furent refusées²³⁶. Une des demandes faites par Orde en 1923 révèle la position de subordination du JAG vis-à-vis le commandement et les moyens modestes de son office:

Reference to your memorandum of 3rd instant. Paucity of funds may necessitate the practice of economy of funds and, unless unforeseen circumstances arise I am prepared to carry on without an assistant. While the employment of an assistant might be an extravagance, yet there is no one in the Department who is in position to carry on the work of this office on occasions when I am absent on leave or on duty. It might be to the benefit of the Department and the Permanent Active Militia generally if a Permanent Force officer could be attached to my office for a period of 4 or 5 months every year, as work is so diversified the he would acquire a considerable insight into staff and departmental administration²³⁷.

La création du ministère de la Défense nationale provoqua des changements organisationnels important au sein du personnel du quartier général. La prise de contrôle formelle du commandement politique et militaire par le ministre fit en sorte que le JAG fut déplacé de la division de l'adjutant-général pour être dorénavant responsable devant le sous-

²³⁶ Le JAG ne pouvait alors compter que sur l'assistance de deux sténographes. Note de service R.J. Orde au ministre de la Défense nationale, 16 avril 1946 (Archives nationales du Canada, R.G. 24-6538, H.Q. 650-18-7 (JAG)): "The volume of work during the latter part of the war 1914-18 and prior to the late war was not particularly heavy and could be adequately handled by a very small staff".

²³⁷ Note de service du lieutenant colonel R.J. Orde au chef d'état-major de la milice, 5 janvier 1923 (Archives nationales du Canada, Rg. 24-6538, vol. 1, H.Q. 650-18-7).

ministre de la Défense²³⁸. Il fut aussi, au même titre que l'adjudant général, nommé membre associé du Conseil de la défense²³⁹.

À partir de 1923, on confie au JAG la surveillance du droit militaire applicable aux trois services²⁴⁰. On continue toutefois de prévoir que la discipline et l'application du droit militaire était du ressort de l'adjudant-général (AG). Afin d'établir le partage des responsabilités et des pouvoirs conférés au JAG et à l'AG dans les matières relatives à la confirmation des cours martiales, l'AG publia les instructions suivantes:

... 3(a) Any question of law arising in or from the confirmation of the findings or sentences of Courts-Martial or from any subsequent action with regard thereto should be referred to the Judge-Advocate General.

(b) The opinion or advice of the Judge-Advocate-General should be regarded by the appropriate authority as the final word on the question of law. It should not be questioned or challenged on any points of law.

(c) Whether the confirming or reviewing authority shall follow this advice is the responsibility of that authority. Such advice should not be disregarded upon legal grounds but if for other reasons the confirming or reviewing authority considers it necessary, he may on his own authority decline to follow such advice.

(d) the Branch of the Adjudant General is charged with the responsibility of matters of an administrative or disciplinary nature arising in or out of the and review of Courts-martial. Confirming and Reviewing Authorities will be

²³⁸ Décret C.P. 1922-2446. Voir à ce sujet, J. EAYRS, *In Defence of Canada From the Great War to the Great Depression*, Toronto, University of Toronto Press, 1964, p. 239.

²³⁹ Décret C.P. 1922-1252.

²⁴⁰ *Id.*, appendice VI, para. II.

guided by the advice and direction of the Adjutant General with respect to such matters²⁴¹.

L'autorité confirmative était obligée de respecter l'opinion du JAG sur une question de droit. Elle pouvait cependant l'ignorer en invoquant d'autres motifs, tel le maintien du bon ordre et de la discipline. Par ailleurs, dans ce domaine les conseils et directives de l'AG étaient concluants. Ces instructions confirmaient donc la préséance de la prérogative du commandement et de la discipline sur le droit.

Contrairement à la situation vécue durant la période 1914-1918, le Canada serait seul responsable de l'administration de la justice militaire applicable à ses officiers et soldats au cours de la deuxième guerre mondiale²⁴². Comme nous le verrons, la relation étroite entre le JAG et la chaîne de commandement fut réaffirmée lors de ce conflit par la fusion de l'office de JAG avec celle de commandant militaire supérieur.

b. L'union du commandement et de l'office

Dès le début de la guerre, on attribue au commandant de la première division et à l'officier le plus élevé en grade au Quartier général militaire du Canada à Londres, le pouvoir

²⁴¹ Ordre de service courant no. 4418 H.Q. 55-1-41, F.D. 48 (Archives nationales du Canada R.g. 24-6642, vol. 3 (JAG Opinions)). C'est nous qui soulignons.

²⁴² En raison notamment du *Statut de Westminster, 1931*(R.U.), 22 & 23 Geo. 5, c. 4, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, no. 27, de la *Loi sur les forces en visite de la communauté britannique*, S.C. 1932-1933, c. 21 et de la *Visiting Forces (British Commonwealth) Act 1933* (R.U.) 23 Geo, c. 66.

de convoquer et de confirmer les décisions des cours martiales en Europe²⁴³. Le 2 novembre 1939, on nomma par décret le colonel P.J. Montague à titre d'adjoint au juge-avocat général à Londres²⁴⁴. En 1941, ce dernier devient major-général et l'officier combattant supérieur de l'Armée au Quartier général militaire canadien (QGMC) à Londres. Au cours de la même année, Montague demanda et obtint le droit de porter le titre de JAG des forces canadiennes outre-mer²⁴⁵. Montague jouit alors d'une indépendance quasi-totale face à son homologue au Canada.

Le poste de JAG est donc alors rempli par un officier militaire supérieur occupant des fonctions de première importance au sein de la chaîne de commandement. Montague allait de plus devenir l'officier supérieur au Quartier général militaire et, par conséquent, l'officier convocateur et confirmateur des cours martiales. Il se trouvait donc dans la position éminemment conflictuelle d'avoir à décider, à titre de JAG, de la légalité des cours martiales

²⁴³ En vertu de l'art. 99 de l'*Acte de la Milice*, S.R.C. 1927, c.132, le gouverneur en conseil était l'autorité confirmative des sentences de mort infligées aux officiers et aux soldats et pour les sentences d'emprisonnement imposées aux officiers. Comme nous le verrons, ce pouvoir fut délégué en 1942 à l'officier combattant supérieur au QGMC.

²⁴⁴ Décret C.P. 3429. Voir STACEY, *op. cit.*, note 138, pp. 276, 585. Il exerçait aussi à ce moment les fonctions d'adjudant et quartier-maître adjoint au Quartier général. Ce dernier était avant la guerre juge de la Cour du banc du Roi du Manitoba. Il fut pendant toute la durée de la guerre l'avocat militaire principal de l'Armée canadienne en Europe. Il fut nommé le 22 nov. 1944 au poste de chef d'état-major du Quartier général militaire du Canada à Londres.

²⁴⁵ La demande de modification du décret se lit partiellement comme suit: "He is a judge of the Manitoba Supreme court and has to deal with British officers in senior positions . He would like to have the right to exercise the position of JAG in the U.K. JAG has no objection". Le Décret C.P. 9334 (5 déc. 1941) supprima le mot "deputy" de C.P. 3429.

qu'il avait convoquées et qu'il devait confirmer à titre de commandant supérieur²⁴⁶. L'union du poste de JAG avec celui de commandant supérieur de l'armée ne suscita pas la moindre critique. L'administration et la surveillance de la justice militaire canadienne demeurait une prérogative du commandement²⁴⁷.

À partir de 1940, des représentants du JAG furent nommés dans les 13 districts de la milice ainsi qu'au *Pacific Command*, Borden, Petawawa, et Terre-Neuve. Le cabinet du JAG à Ottawa fut divisé en trois sections pour chacun des services. En juin 1941, on nomma un adjoint au JAG (lieutenant-colonel H.G. Nolan) et un autre en 1942. On procéda par la suite à la nomination de 21 officiers à titre de procureurs permanents en poste dans les différents

²⁴⁶ A.H.H.S., *op. cit*, note 223, p. 68-69, 105-110. Le décret C.P. 9586 (1 Janvier 1942) prévoyait:

"Major-General the Honourable P.J. Montague, C.M.G, D.S.O, M.C., so long as he shall continue to be the senior officer at Canadian Military Headquarters in Great Britain is empowered to convene general Courts-Martial for the trial of any officer or soldier serving in the said Military Forces of Canada under his command and to confirm the finding and to approve, confirm and cause to be put into execution, mitigate, commute or remit the sentence of any such Court-martial."

Le même décret stipulait que l'art. 99 de *l'Acte sur la Milice* ne s'appliquait pas à l'égard des cours martiales que ce dernier pouvait convoquer et conférait à Montague le pouvoir de confirmer les sentences de mort qui devaient normalement être confirmées par le gouverneur en conseil. Il était toutefois possible pour Montague de transmettre l'affaire au gouverneur en conseil pour confirmation s'il le jugeait approprié. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit dans le cas du soldat H.J. Pringle, le seul canadien condamné à mort et exécuté durant la guerre. Dans ce cas, Montague prit cependant soin de joindre son opinion au dossier expédié au JAG à Ottawa. Dans celle-ci il écrit à titre de chef d'état-major du QGMC: "If I were a member of a Court of Appeal reviewing the findings of the Jury on the evidence of this case, I would find no reason for interfering with a finding of guilty."

²⁴⁷ Le lieutenant-général Montague fut démobilisé après la guerre et le brigadier général Orde continua d'exercer seul les fonctions de JAG.

districts au pays afin de s'occuper des poursuites. Ces officiers étaient supervisés par le JAG mais n'étaient pas inscrits au tableau de ses effectifs²⁴⁸.

Le service juridique des Forces armées canadiennes oeuvrant sous la direction du JAG au Canada dénombrait à son apogé quelque 200 personnes²⁴⁹. Le brigadier-général Orde, qui comptait maintenant plus d'un quart de siècle à titre de JAG, fit valoir après la guerre au ministre de la Défense nationale l'importance de maintenir en permanence un noyau de juristes militaires au sein des Forces canadiennes. Il devait soutenir que la présence de ces avocats militaires préviendrait les difficultés associées au recrutement de personnel sans expérience dans l'éventualité d'une autre guerre²⁵⁰. Cette requête fut acceptée et le JAG put par la suite avoir sous ses ordres une quinzaine d'officiers en poste à Ottawa, ailleurs au pays et à l'étranger. Le JAG était désormais fermement implanté dans la hiérarchie militaire des Forces armées canadiennes.

CONCLUSION

À la fin de la deuxième guerre mondiale la justice militaire est toujours administrée en vertu de la prérogative du commandement. Les pouvoirs du commandement sont absolus. Le commandement possède encore le droit de vie ou de mort sur le soldat. Ce dernier peut

²⁴⁸ Note de service, lieutenant colonel Clayton, 11 mars 1943 (Archives nationales du Canada, R.g. 24 - 6538, vol. 3, H.Q. 650-18-7 (JAG)). Ces derniers étaient membres des différents commandements militaires aux pays.

²⁴⁹ Voir note de service de R.J. Orde, précitée, note 236.

²⁵⁰ *Ibid.*

être accusé, jugé et exécuté par la même autorité. La justice militaire est à bien des égards l'antithèse de la règle de droit.

Cette prérogative absolue s'exerce en dépit de la surveillance du JAG au Royaume-Uni. Pour certains, il est un juge, pour d'autres, il est un simple conseiller. Une chose est claire, ses interventions fondées sur le droit ne peuvent lier le commandement. Au Canada, l'exercice de la prérogative ne fait l'objet d'aucune véritable surveillance indépendante par le JAG. Ce dernier ne prétend d'ailleurs pas à l'indépendance. Le JAG fait partie intégrante de la hiérarchie militaire. Les fonctions qu'il occupe sont exercées pour et au nom du commandement. Le JAG prête main forte au commandement dans l'exercice de sa prérogative²⁵¹. Le JAG conseille ses supérieurs sur le droit mais ne peut prétendre posséder un statut judiciaire. Le commandement administre et surveille la justice militaire. À la fin de la guerre, le système de justice militaire canadien n'est toujours pas régi par le principe de la primauté du droit.

Comme nous le verrons dans la prochaine partie, le lien étroit entre le commandement et le JAG devait se perpétuer en dépit de l'affaiblissement de la prérogative et malgré la volonté apparente du législateur de faire de cet office un office judiciaire ou quasi-judiciaire.

²⁵¹ Nous n'avons pu trouver le moindre document ou autre preuve indiquant l'insatisfaction du JAG avec cet arrangement. Comme nous le verrons, le successeur de Orde, le brigadier général Lawson devait, lui, prétendre avoir un statut judiciaire.

PARTIE II LA JUSTICE MILITAIRE: UNE JUSTICE À PART ... ENTIÈRE

La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et, pour cela, faire que ce qui est juste soit fort, ou ce qui est fort soit juste²⁵²

INTRODUCTION

À la fin de la deuxième guerre mondiale, un vent de réformes souffle sur les systèmes de justice militaire d'origine britannique. Ces réformes sont suscitées par la conscientisation du soldat et du public à l'endroit des abus et des failles du système de justice militaire. Cette prise de conscience s'est exprimée par de nombreuses critiques. Ces dernières provoquent l'examen du processus de justice militaire et l'adoption de réformes par les autorités politiques. Ces réformes témoignent des nouvelles valeurs du système. Le soldat, maintenant citoyen, doit pouvoir bénéficier des mêmes droits fondamentaux que le reste de la population. Au Canada, le ministre de la Défense nationale nomma le 10 août 1945, un comité de révision des sentences des cours martiales. Au Royaume-Uni et aux États-Unis, on procède à une révision approfondie de la justice militaire. Ces événements signalent l'amorce de l'effritement de la prérogative du commandement. Ils devaient conduire à l'adoption au Canada en 1950 de la *Loi sur la Défense nationale*. Cette loi contenait des réformes visant à rapprocher le système de justice militaire du système de justice civile. On attribue un

²⁵² B. PASCAL, *Pensées*, Paris, D'Art H. Piazza, 1928, p. 125.

véritable pouvoir judiciaire aux cours martiales et à une cour d'appel civile. Ceci marque le début de la "judiciarisation" du système. La prérogative du commandement demeure toutefois entière dans plusieurs domaines, y compris la constitution et la révision des cours martiales. L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* provoqua des changements substantiels au droit militaire et révéla par la voie des tribunaux civils les lacunes résiduelles fondamentales du système. La *Charte* devait mettre en lumière les rôles contradictoires du JAG et leurs impacts négatifs sur l'indépendance des cours martiales. Les changements survenus après l'adoption de la *Charte* ont considérablement affaibli la prérogative du commandement sur la justice militaire et transformé le rôle du JAG au sein du système.

A. LES NOUVELLES VALEURS DU SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE

La justice militaire est à la justice ce que la musique militaire est à la musique.²⁵³

1. Les moteurs du changements: conscientisation et critiques

Le célèbre auteur anglais William Blackstone écrivait au 18^e siècle:

One of the greatest advantages of our English law is, that not only the crimes themselves which it punishes, but also the penalties which it inflicts, are ascertained and notorious: nothing is left to arbitrary discretion; the King by his judges dispenses what the law has previously ordained; but is not

²⁵³ George Clémenceau dans A. DAGNAUD & O. DOZAT, *Dictionnaire (inattendu) des citations*, Paris, Hachette, 1983, p. 323.

himself the legislator. How much therefore is it to be regretted that a set of men, whose bravery has so often preserved the liberties of this country, should be reduced to a state of servitude in the midst of a nation of freemen!²⁵⁴

Ce genre de critique de la justice militaire et du sort réservé aux militaires britanniques trouva peu d'échos dans le public au Royaume-Uni et au Canada avant la fin de la seconde guerre mondiale. Au cours des siècles précédents, la population avait peu confiance en l'administration de la justice militaire mais restait de manière générale indifférente à la condition des soldats. Ceci s'explique d'une part, par le fait que l'armée était modeste et composée de professionnels qui, pensait-on, avaient délibérément accepté la rigidité et la sévérité de la discipline militaire et du système de justice et, d'autre part, parce que le public avait peu d'estime pour les membres de cette armée; les officiers étant perçus comme riches

²⁵⁴ *Op. cit.*, note 95, pp. 415-416. CLODE, *op. cit.*, note 48, pp.162-164, reproduit des paroles semblables prononcées par Lord Westmoreland lors du débat à la Chambre des lords sur l'adoption de la *Loi sur la mutinerie* en 1749:

What makes people of this country more happy and secure than they are in any other, is that valuable privilege of being tried by their peers, and by judges, who understand the laws of their country, who are bound to be of counsel with the prisoner at bar, and who are as independent as it is possible for men to be made ... by this Bill, and indeed every former Bill, the officers and soldiers of our army are entirely deprived of this valuable privilege ... Every officer as well as soldier of our army is made an absolute slave to the General appointed by the Crown. [C'est nous qui soulignons]

et stupides et les soldats comme des propres à rien et de petits criminels qui avaient joint les rangs de l'armée à défaut de pouvoir se trouver un autre travail²⁵⁵.

Au Canada, la milice était à l'origine principalement composée de volontaires qui acceptaient de se soumettre à un entraînement militaire annuel pour ensuite retourner à leurs occupations normales²⁵⁶. La force permanente constituée par la suite ne comptait que quelques centaines d'individus qui, pour la plupart, quittaient la milice pour des raisons diverses après moins de deux années de service²⁵⁷. La population était majoritairement rurale et peu éduquée et, somme toute, peu touchée ou intéressée par l'administration de la justice militaire.

L'enrolement obligatoire et massif de civils dans les armées des États-Unis, du Royaume-Uni et du Canada lors de la première guerre mondiale allait quelque peu modifier l'attitude du public et provoquer, surtout aux États-Unis, un certain nombre de condamnations virulentes à l'endroit de la justice militaire²⁵⁸.

²⁵⁵ J.G. MORGAN-OWEN, "The Attitude of the Public in the United Kingdom to the Administration of Justice in the Armed Forces" (1980) 19 Rev. Dr. Pén. Mil. & Dr. de la Guerre 357.

²⁵⁶ Voir STANLEY, *op., cit.*, note 204 p. 264. De 1876 à 1896, le nombre moyen de volontaires à l'entraînement s'élevait à 18871.

²⁵⁷ *Id.*, p. 265. Le salaire peu élevé et les conditions de vie généralement médiocres expliquent le fort taux d'attrition au sein de la milice permanente.

²⁵⁸ À cette époque, le système de justice militaire américain était en tous points semblable à celui du Royaume-Uni et du Canada. Le président avait toutefois remplacé le souverain à titre de commandant en chef. Le JAG américain était un militaire.

L'un des plus ardents critiques de l'administration de la justice militaire fut le général

S.T. Ansell, JAG de l'Armée américaine de 1917 à 1919. Ce dernier écrivait en 1919:

The basic deficiency of our system this day is to be found in the fact that our fundamental law and public opinion contemplate justice regulated by the law, whereas the Military code and the Army recognize only such justice as Military Command may dispense [....] The system may well be said to be a lawless system. It is not a code of law; it is not buttressed in law, nor are correct legal conclusions its objective. The system sets up and recognizes no legal standard, and has no place for lawyers and judges. Whatever is done with the final approval of the convening commander is done finally beyond all earthly power of correction²⁵⁹.

Il ajouta au sujet du processus de révision des cours martiales et de son office:

All the legal machinery designed to "advise" commanders in the administration of justice is *extra legal*, is not established by law. Such legal machinery does not function independently, but in strict subordination to the power of military command [...] Lawyers are used extra legally and in an "advisory" way. Without recognized place or authority they, like other military men, are subject to the power of military command. If there is a difference between the law adviser and the military commander with absolute authority over the subject and, incidentally over the personal fortunes of the "adviser", we know who will be agreeing²⁶⁰.

D'autres juristes, membres de l'office du JAG durant la guerre, formèrent une association après leur démobilisation dans le but de promouvoir des réformes du système de justice militaire. Ils dénoncèrent eux aussi l'injustice du système. Selon eux, ce système n'assurait aucune protection aux soldats accusés d'infractions militaires. Il permettait, à leur

²⁵⁹ *Loc. cit*, note 110, pp. 1,14.

²⁶⁰ *Id.*, pp. 14-15.

avis, la condamnation des innocents et l'imposition de sentences sévères à des hommes trouvés coupables d'infractions mineures²⁶¹.

Ces critiques prônaient le rapprochement du processus "judiciaire" militaire de la procédure pénale ordinaire. Ils recommandaient notamment que l'on remplace la cour martiale dominée par le commandement par un juge indépendant et une cour composée de militaires sélectionnés par ce juge. Ils souhaitaient aussi que l'on reconnaisse dans la loi le droit de l'accusé aux services d'un avocat. Ils préconisaient l'établissement d'une cour d'appel civile qui entendrait des pourvois contre les verdicts et les sentences des cours martiales. La majorité des réformes qu'ils proposaient furent rejetées par le Congrès américain. Ces critiques avaient cependant eu pour effet d'alerter une bonne partie de l'opinion publique américaine aux problèmes de l'administration de la justice militaire dans leur pays²⁶².

Au Royaume-Uni durant et immédiatement après la guerre de 1914-1918, on était prêt à admettre la sévérité et la rigidité de la justice militaire, mais on s'entendait généralement sur le fait que le système était équitable et efficace comme instrument du maintien de la discipline

²⁶¹ G.G. BOGERT, "Courts Martial: Criticisms and Proposed Reforms" (1919) 5 Cornell L.Q. 18-19.

²⁶² E.F. SHERMAN, "The Civilianization of Military Law" (1970) 20 Maine L.R. 6.

en temps de guerre. En d'autres termes, la fin justifiait les moyens. Par conséquent, on ne recommanda aucune réforme majeure du système²⁶³.

L'absence de réforme au Royaume-Uni signifiait l'absence de réforme dans le Dominion du Canada. La justice militaire ne fit d'ailleurs ici l'objet d'aucune critique publique par les juristes civils ou militaires²⁶⁴. Les quelques commentaires formulés au Canada au sujet de la justice militaire ne furent pas dirigés à l'endroit du système lui-même, mais plutôt à l'égard de la subordination et de l'assujettissement des soldats canadiens par les autorités militaires britanniques en Europe²⁶⁵.

La dure expérience de 1914-1918 n'apporta donc aucun changement au Canada. Les années qui suivirent 1918 furent marquées par un sentiment de répulsion à l'égard de la guerre et du militarisme. Ce sentiment provoqua une démobilisation importante des armées canadiennes et alliées. Ce fait, jumelé aux préoccupations résultant des problèmes

²⁶³ MORGAN-OWEN, *loc. cit.*, note 255, p. 358. Le gouvernement devait tout de même établir en 1919, un comité sous la présidence de Lord Darling afin de considérer la procédure des cours martiales. Le comité conclut que la confirmation du verdict et de la sentence par le commandement et la révision des cours martiales par le JAG plaçait le militaire dans une meilleure position qu'un civil condamné par un tribunal de droit commun.

²⁶⁴ Cette affirmation est fondée sur le fait qu'il n'existe aucune doctrine traitant de ce sujet à cette époque et même par la suite. Il convient ici de noter qu'à notre connaissance, B. Starkman est le premier civil sans lien passé avec les forces armées ou le JAG à s'intéresser au droit militaire. Voir son texte: "Canadian Military Law: The Citizen as Soldier" (1965) 43 Can. Bar Rev. 414.

²⁶⁵ Voir A.H.H.S., *op. cit.*, note 223, pp. 18-22. *L'Association nationale pour la réforme des prisons* demanda au gouvernement canadien qu'il obtienne une compétence disciplinaire sur les soldats canadiens en Europe.

économiques majeurs entre les deux guerres, contribua au statu quo en matière de justice militaire²⁶⁶. Le système de justice militaire en place en 1939 était donc essentiellement le même qu'en 1918²⁶⁷.

Plus d'un million de Canadiens joignirent les rangs des forces armées au cours de la seconde guerre mondiale. Plus de 40% de la population mâle canadienne âgée entre 18 à 45 ans était sous les drapeaux²⁶⁸. Au total, plus de 47000 cours martiales furent tenues afin de juger les membres de l'armée et des forces de l'air au cours de cette guerre²⁶⁹.

²⁶⁶ STACEY, *op. cit.*, note, 138, p. 1.

²⁶⁷ MORGAN-OWEN, *op. cit.*, note 255, p. 358. Cela dit, on avait en 1938 au Royaume-Uni créé un comité présidé par Ronald Oliver K.C., afin d'étudier le système de justice militaire et plus particulièrement l'opportunité d'une cour d'appel civile. Un bon nombre des recommandations faites par le comité touchaient directement l'office du JAG. On recommandait notamment que la fonction exécutive du JAG, ie, la poursuite des infractions, soit confiée à une autre autorité. Le JAG n'aurait alors conservé que ses fonctions judiciaires dans le processus de confirmation des cours martiales et aurait continué à désigner les juges-avocats. À titre d'office judiciaire, il aurait été responsable devant le Lord Chancelier. Par ailleurs, le comité indiqua qu'il avait été incapable de trouver le moindre exemple d'injustice commis par le système depuis 1918. Pour cette raison, on jugea qu'il n'était donc pas nécessaire d'établir une cour d'appel civile. Le gouvernement publia le rapport en mai 1940 en indiquant que les recommandations du comité ne pouvaient être adoptées avant la fin de la guerre. Les recommandations de ce rapport n'ont jamais été directement adoptées et ont été réexaminées par le comité Lewis établi en 1946. Nous avons donc pour cette raison choisi d'analyser plus en détail les travaux de ce dernier comité. Pour une discussion du rapport Oliver, voir notamment RUBIN, *loc. cit.*, note 197, pp. 253-263; R.S. PASLEY, "A Comparative Study of Military Justice Reforms in Britain and America" (1953) 6 Vanderbilt L. R. 307-308.

²⁶⁸ STACEY, *op. cit.*, note 138, p. 646.

²⁶⁹ Statistiques compilées par le Cabinet du juge-avocat général. Les statistiques pour la marine ne sont pas disponibles.

La majorité des millions de soldats qui ont servi durant la guerre ont connu le système de justice militaire. Comme lors de la guerre précédente les critiques qu'ils formulèrent étaient fondées, d'une part, sur la sévérité des sentences imposées par des cours martiales composées d'officiers inexpérimentés et, d'autre part, sur le contrôle excessif exercé par le commandement sur le système²⁷⁰. Aux critiques des soldats et officiers s'ajoutait cette fois-ci l'intérêt manifesté par la population en général envers l'administration de la justice militaire après la guerre. En effet, en raison de la continuation du service militaire obligatoire au Royaume-Uni et aux États-Unis après la guerre, le citoyen ordinaire pouvait être contraint de rejoindre les forces armées et, par conséquent, être assujéti au droit militaire en temps de paix. Les citoyens américain et britannique obligés de servir au sein des forces armées en temps de paix souhaitaient évidemment le respect de ses droits fondamentaux et voulaient donc des changements au système de justice militaire. La volonté d'affirmer le droit à une justice pleine et entière, même dans le cadre militaire, s'explique aussi par des facteurs sociaux, tels l'urbanisation et le niveau d'éducation plus élevé de la population et par l'expansion graduelle des droits individuels dans la société dans les années suivant la guerre²⁷¹.

²⁷⁰ Voir W.T. GENEROUS, *Sword and Scales*, Washington, National University Press, 1973, 15 ; A. HOLTZOFF, "Administration of Justice in the United States Army" (1947) 42 N.Y.U. L.Q. 7. SHERMAN, *loc. cit.*, note 262, pp. 28-29, indique qu'aux États-Unis il y eu 1,700,000 cours martiales durant la guerre. Il y eu 100 exécutions et 45,000 soldats étaient toujours emprisonnés à la fin de la guerre. Au Canada, il y avait au 30 juillet 1945, 3741 militaires encore en détention pour des peines de plus de 28 jours. Voir à ce sujet la note de service du Colonel J.E. Macdermid au DAG(A) 6 sept. 1945 (Archives nationales du Canada R.g. 24-2392, vol. 3, H.Q. 139-1-10).

²⁷¹ Voir A. FERRIS, "Military Justice: Removing the Probability of Unfairness" (1994) 63 U. Cincinnati L. Rev. 450; SHERMAN, *loc. cit.*, note 262, pp. 6-7; MORGAN-OWEN, *loc. cit.*, note 255, p. 358.

Les critiques conduirent à des études approfondies de la justice militaire au Royaume-Uni et aux États-Unis. Ces études menèrent à l'adoption de réformes significatives. L'attitude du Canada concernant l'examen de la justice militaire après la guerre est exprimée par le capitaine de groupe J.H. Hollies:

After the Second World War, the United Kingdom and the United States set up commissions to investigate and report the existing state of military law and its administration in the armed forces. Canada set up no such commission, but the Department of National Defence made a careful study of the existing legislation and watched with a great deal of interest and benefit the changes which were being proposed in the United Kingdom and the United States²⁷².

Le Canada n'a pas établi de comité d'examen de la justice militaire et il se contenta essentiellement d'attendre le produit des travaux et réformes complétés dans d'autres pays. Cela dit, il devait cependant se sentir obligé d'agir immédiatement en ce qui concerne les sentences d'emprisonnement imposées par les cours martiales durant la guerre²⁷³.

²⁷² J.H. HOLLIES, "Canadian Military Law" (1961) 13 Mil. L. Rev. 70. C'est nous qui soulignons.

²⁷³ Il semble que là aussi le Canada ait suivi l'exemple des États-Unis où un *Clemency Board* avait été créé au cours de l'été 1945 afin de réviser les sentences rendues par les cours martiales générales. Voir au sujet du *Clemency Board* SHERMAN, *loc. cit.*, note 262, p. 29.

2. Vers une réforme de la justice militaire

a. La révision des sentences au Canada

La révision de certaines sentences imposées par les cours martiales après la seconde guerre mondiale fut le premier indice de l'effritement de la prérogative du commandement sur la justice militaire au Canada. Le 1^{er} octobre 1945, le ministre de la Défense nationale nomma un comité ayant pour mandat de réviser les peines de privation de liberté de plus de quatre-vingt-dix jours prononcées par une cour martiale à l'endroit des membres de l'Armée canadienne, tant au Canada qu'en dehors du pays²⁷⁴.

Les raisons de l'établissement de ce comité furent ainsi formulés:

I consider it to be most important that a fair and impartial review be made of the great volume of court martial findings involving for the most part purely military offences. With the cessation of hostilities it was essential that sentences which were imposed during the heat of the war and whose severity were dictated by the exigencies of military operations, should be reviewed by an impartial board which would consider them in light of the changed circumstances²⁷⁵.

Cette révision "juste et impartiale" fut effectuée par un comité présidé par l'honorable J. Keiller Mackay, juge à la Cour suprême de l'Ontario. Les autres membres étaient le major-

²⁷⁴ Directive de D.C. Abbott, ministre de la Défense nationale, 1^{er} octobre 1945 (Archives nationales du Canada, R.g. 24-2392, vol. 2, H.Q. 139-1-10).

²⁷⁵ Projet de note de service du ministre de la Défense nationale, 7 fév. 1946 (Archives nationales du Canada, R.g. 24-2392, vol. 3, H.Q. 139-1-10).

général T.L. Tremblay, inspecteur général, et le brigadier H.G. Nolan, vice juge-avocat général²⁷⁶. Ils se réunirent à 53 reprises et examinèrent 1895 dossiers. Le comité recommanda la rémission partielle de la peine dans 1730 cas²⁷⁷. Le comité ne possédait pas le pouvoir de commuer directement les peines et devait soumettre ses recommandations aux autorités militaires qui avaient ce pouvoir en vertu de la loi. La directive du ministre prévoyait toutefois que l'autorité militaire qui recevait une recommandation du comité, "shall forthwith take or cause to be taken such action as is necessary to give effect to the terms of such recommendations". Le ministre acceptait donc d'avance les recommandations du comité et ordonnait aux autorités militaires appropriées de les faire appliquer.

On permettait pour la première fois à un juge civil d'examiner la justesse des sentences imposées par les cours martiales et par la suite confirmées et révisées par le commandement. On donnait en quelque sorte au comité le statut d'une cour d'appel et à ses décisions un caractère judiciaire liant le commandement. Somme toute, la nécessité de faire une révision juste et impartiale des décisions des cours martiales par ce comité, témoignait implicitement de l'incapacité du commandement à remplir cette fonction et des abus commis par ce dernier dans l'exercice de sa prérogative. L'instauration du comité par le ministre créa un important précédent et permit l'établissement, quelques années plus tard, du Conseil d'appel des cours martiales.

²⁷⁶ L'Inspecteur général était le conseiller du ministre de la Défense nationale sur toutes les questions relatives à l'entraînement et l'efficacité des troupes, l'armement et l'équipement.

²⁷⁷ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, p. 1334, 8 mai 1946.

Comme nous l'avons indiqué, le Canada devait après la guerre porter une attention toute particulière aux réformes alors en cours au Royaume-Uni et aux États-Unis. Il convient donc d'aborder dans les quelques paragraphes qui suivent le processus d'examen de la justice militaire dans ces deux pays et de mentionner quelques-unes des réformes adoptées.

b. Examen et réformes de la justice militaire aux États-Unis

Le 25 mars 1946, le *Secretary of War* établit le *War Department Advisory Committee on Military Justice* présidé par A. T. Vanderbilt afin d'étudier le système de cour martiale au sein de l'armée. Ce comité proposa une série de réformes ayant pour objet de réduire l'influence du commandement dans le processus de justice militaire. La recommandation principale du comité proposait le transfert des pouvoirs de convocation et de révision des cours martiales du commandement au juge-avocat général. L'indépendance de ce dernier aurait alors été assurée par diverses mesures suggérées par le comité. Le commandement aurait conservé le pouvoir d'initier les accusations et aurait continué d'assurer la conduite des poursuites²⁷⁸. Ces propositions visaient, en fin de compte, à accorder une plus grande indépendance aux tribunaux militaires. En dépit de l'appui de nombreuses organisations de juristes²⁷⁹, la principale recommandation du comité fut rapidement rejetée par le *War Department* qui affirma que, "the ends of justice would be more effectively accomplished if

²⁷⁸ L. M. WALLSTEIN, "The Revision of the Army Court-Martial System" (1948) 48 *Columbia L. Rev.* 223.

²⁷⁹ Voir par exemple Note, "Military Justice Association Urges Check on Command Control" (avr. 1948) 34 *Am. Bar Ass. J.* 288-289.

appointment of courts and initial review of cases were left in the hands of the officers exercising command”²⁸⁰.

Malgré le rejet presque complet du rapport Vanderbilt, le mouvement de réforme devait se poursuivre. En 1948, le Secrétaire d'état de la Défense nomma un comité ayant pour mandat de rédiger un code uniforme de justice militaire applicable aux trois armes²⁸¹. Ce comité avait pour mandat notamment “to modernize the system to promote self confidence and protect rights of the service member, without impeding the military function”²⁸². Deux années devaient s'écouler avant l'adoption de ce code au cours desquelles s'affrontèrent les tenants de la théorie du pouvoir absolu du commandement et les partisans de la nécessité des réformes²⁸³. Le résultat de ces luttes fut le fruit du compromis. Le commandement gardait le pouvoir de sélectionner les membres de la cour et son pouvoir de confirmation des

²⁸⁰ WALLSTEIN, *loc. cit.*, note 278, p. 223; PASLEY, *loc. cit.*, note 267, p. 314. Malgré le rejet de cette recommandation d'autres furent acceptées. Le *Elston Act* adopté en 1948 prévoyait la création d'un “Judge Advocate General's Corps”. Le tenant de l'office du JAG était, en théorie, indépendant du commandement militaire puisque nommé par le Président sur avis du Sénat.

²⁸¹ Présidé par E.M. Morgan, un professeur de l'Université Harvard.

²⁸² Lettre du Secrétaire d'État de la défense James Forrestal au Comité sur le UCMJ, 18 août 1948, tirée de W.T. COX, “The Army, the Courts, and the Constitution : the Evolution of Military Justice” (1987) 118 *Mil. L.R.* 13.

²⁸³ La nécessité du pouvoir absolu du commandement à toutes les étapes du processus de justice militaire était fondée sur la philosophie suivante exprimée par un témoin devant un sous-comité du Congrès américain en 1949: “[t]he power to command must remain with the military forces if we expect to have an efficient and well disciplined military. The power to command depends upon discipline, discipline depends upon power to punish. If we take away the power to punish away from the military we will destroy discipline, and eventually the power to command.” Tirée de WEST, *loc. cit.*, note 104, p. 2. Le *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) fut adopté le 5 mai 1950, mais n'entra en vigueur que le 31 mai 1951.

décisions des cours martiales. Dans le cas d'une cour martiale générale, il devait toutefois obtenir une opinion écrite d'un représentant du JAG avant de mettre la sentence à exécution. De plus, toutes les sentences prononcées à l'endroit de généraux et celles de mort, destitution, détention pour une année ou plus, devaient faire l'objet d'une révision par un comité formé au sein de l'office du JAG. Ce comité, composé de trois officiers ou civils, réexamine le procès-verbal et a le pouvoir d'évaluer la preuve. Il a aussi le pouvoir d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou de rejeter les accusations²⁸⁴. On accepta la recommandation du comité de révision du UCMJ d'établir une cour d'appel civile (*Court of Military Appeals*) constituée de trois juges nommés par le Président pour une période fixe de 15 ans. Cette cour réexamine les décisions du comité du JAG dans quatre cas: les affaires où la sentence de mort a été imposée; toutes les causes impliquant un officier du grade de général; les affaires soumises à la cour par le JAG pour révision; les autres affaires que la cour accepte d'entendre²⁸⁵.

c. Examen et réformes de la justice militaire au Royaume-Uni

Quelques mois après l'établissement du comité Vanderbilt aux États-unis, le *War Office* britannique créa un comité dont les recommandations allaient profondément transformer la justice militaire et l'office du JAG dans ce pays. Le comité avait le mandat suivant: revoir les recommandations du comité Oliver à la lumière de l'expérience acquise durant la guerre;

²⁸⁴ PASLEY, *loc. cit.*, note 267, p. 319.

²⁸⁵ *Ibid.*

reconsidérer la question du droit d'appel du verdict et de la sentence des cours martiales; examiner les pouvoirs des cours martiales et des commandants; faire des recommandations sur ces matières et autres connexes²⁸⁶.

Le comité, sous la présidence de l'honorable juge Lewis, endossa l'ensemble des conclusions du rapport Oliver à l'exception de celles touchant le droit d'appel. On réitéra l'importance de rehausser le prestige et l'importance de l'office du JAG en lui conférant le statut de juge plutôt que de haut-fonctionnaire. Le comité accepta aussi la conclusion voulant que le JAG soit dorénavant nommé sur recommandation du Lord chancelier et qu'il soit responsable devant ce dernier²⁸⁷.

Le comité examina la structure organisationnelle du JAG. Depuis 1923 cet office était formé de trois Directions: militaire (armée); air, et celle du JAG lui-même, que le comité qualifia de Direction "judiciaire"²⁸⁸. Les deux premières Directions étaient composées d'officiers possédant des compétences juridiques et dont le rôle consistait à conseiller les autorités militaires en vue de la cour martiale. Ils agissaient aussi à titre de procureur de la

²⁸⁶ *Report of the Army and Air Force Committee 1946*, Londres, H.M.S.O. 1949, p. 3 (ci-après LEWIS). Pour les principales recommandations du rapport Oliver, voir ci-dessus, note 267.

²⁸⁷ *Id.*, p. 24.

²⁸⁸ Rappelons que la marine a toujours eu en Grande-Bretagne un système de justice militaire distinct. Le souverain, avec le consentement du Parlement, a presque totalement délégué son autorité disciplinaire aux commandants de navire et à l'amirauté. La justice militaire navale n'est pas supervisée par le JAG et les décisions rendues par les commandants de navire ou par les cours martiales n'ont jamais nécessité la confirmation du souverain.

poursuite dans certains cas complexes. La Direction “judiciaire” était composée de fonctionnaires civils ayant des compétences juridiques et de quelques officiers détachés des deux autres Directions. Les officiers et fonctionnaires de la Direction judiciaire agissaient à titre de juge-avocat et effectuaient par la suite la révision des cours martiales. Dans la pratique, les deux premières Directions fonctionnaient de manière tout à fait indépendante du JAG. Cela dit, elles étaient organisées au sein du cabinet du JAG, et ce dernier avait, en théorie, un pouvoir de supervision sur elles.

Le comité conclut que “in order that justice is not only done but is seen to be done, the three departments should cease to be combined in one office”²⁸⁹. En conséquence, il recommanda que les responsabilités relatives aux poursuites des infractions soient confiées à deux nouvelles directions intitulées *Directorate of Army Legal Services* et *Directorate of Air Force Legal Services*. Ces Directions continueraient d’être responsables devant les Ministres d’état des deux services. Le JAG garderait les fonctions préalablement accomplies par la Direction judiciaire.

Ces recommandations furent acceptées par le gouvernement avant même la publication finale du rapport et le transfert de responsabilités s’effectua le 1^{er} octobre 1948²⁹⁰. De cette réforme qualifiée de *long overdue*²⁹¹ par le comité, on écrivait:

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ RUBIN, *op. cit.*, note 195, p. 261.

²⁹¹ LEWIS, *op. cit.*, note 286, p. 25.

Thus, at last, the anomalous state of affairs is ended under which a permanent official, appointed by the head of a service department, was responsible on one hand for advising his chief on all matters of military law and for acting, through a judge advocate, as judicial adviser to the member of the courts martial, and on the other hand for advising commanding officers upon the collection of evidence and the preparation of prosecutions in intended courts martial and for supplying officials of his department to conduct such prosecutions. At the same time it was also the Judge Advocate General's duty to review court martial proceedings to consider petitions against findings of such courts, this last functions being the nearest approach to an appeal against conviction by court martial.

The objections to such a system seem obvious to the civil lawyer, who would be shocked at the idea of the functions of the Director of Public Prosecutions, the Home Secretary, the Court of Criminal Appeal, and, to some extent, the High Court Bench, being exercised by a single individual²⁹².

Le comité devait aussi se prononcer en faveur de l'établissement d'une cour d'appel civile des verdicts et des sentences des cours martiales. Notant que les comités Darling et Oliver avaient tous deux rejeté l'idée d'une telle cour, le comité Lewis fit remarquer que:

Circumstances have changed since the Darling and Oliver Committees reported. Service under the National Service Act in peace time, the effect of which they did not have to consider, emphasises the importance of the principle which we think no one would dispute, namely, that in the matter of legal safeguards, citizens should be no worse off when they are in the Forces than in civil life unless considerations of discipline or other circumstances make such a disadvantage inevitable²⁹³.

Le nouveau droit d'appel proposé par le comité devait permettre à l'accusé qui avait plaidé non coupable d'en appeler de sa condamnation sur une question de droit. Ce

²⁹² E.T.E.M., "The Judge Advocate General" (1948) 92 Solicitor's Journal 566.

²⁹³ LEWIS, *op. cit.*, note 286, p. 30. C'est nous qui soulignons.

mécanisme d'appel aurait remplacé la procédure de confirmation par le commandement et de révision par le JAG²⁹⁴.

Le gouvernement accepta la recommandation d'établir une cour d'appel. Celle préconisant l'abolition des procédures de confirmation et de révision fut toutefois rejetée par le gouvernement pour deux raisons. D'abord, l'abolition de ce mécanisme signifiait la perte du droit séculaire à l'examen automatique et sans frais des conclusions de la cour martiale. Ensuite, les motifs que pouvait soulever l'accusé dans cet appel étaient plus restreints que ceux pouvant être considérés par le commandement et le JAG dans le processus de confirmation et de révision²⁹⁵.

On décida finalement que la Cour d'appel des cours martiales entendrait les affaires révisées par le JAG et qui n'avaient pas été annulées par le commandement²⁹⁶. Le nouveau droit d'appel était donc surimposé aux procédures de confirmation et de révision.

²⁹⁴ *Id.*, p. 31.

²⁹⁵ RUBIN, *op. cit.*, note 195, p. 262-263.

²⁹⁶ Cet appel devait porter sur des questions de droit seulement. Cette cour fut établie par le *Courts-Martial (Appeals) Act 1951*, 14 & 15 Geo. 6, c. 46.

B. UN DROIT MILITAIRE CANADIEN: LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE

Le 23 mars 1950, le ministre de la Défense nationale du Canada proposa que la Chambre des communes forme un comité afin d'étudier un projet de loi ayant pour objet de consolider en une seule loi les mesures concernant le ministère de Défense nationale et les forces armées du Canada²⁹⁷. Le ministre déclara: "le bill marque également une autre étape vers la "canadianisation" des troupes du Canada. Si le bill est adopté toutes les dispositions relatives aux armées du Canada, pour la première fois, seront comprises dans une loi adoptée par le Parlement canadien"²⁹⁸. Le 18 avril 1950, le ministre informa la Chambre que le projet de loi serait soumis à un comité spécial afin qu'il soit "étudié minutieusement" dans l'espoir qu'un examen détaillé l'améliore sensiblement. Le ministre ajouta:

Dans la rédaction de ce projet de loi, nous avons eu l'avantage de pouvoir nous guider sur des mesures analogues préparées aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Au Royaume-Uni, on a établi la commission Lewis qu'on a chargé de faire rapport sur les changements proposés à l'égard du conseil de guerre. Aux États-Unis, on a aussi institué un comité dont les travaux ont abouti à la préparation de lois sur lesquelles les tribunaux ne se sont pas encore prononcés. Nous avons eu l'avantage d'étudier le rapport de la commission Lewis de Grande-Bretagne ainsi que les mesures qu'on a prises aux États-Unis et Grande-Bretagne²⁹⁹.

Les déclarations du ministre laissaient donc présager l'adoption au Canada de mesures semblables à celles adoptées dans ces deux pays.

²⁹⁷ La préparation du projet de loi fut confiée au JAG, le brigadier-général R.J. Orde.

²⁹⁸ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, p. 1121.

²⁹⁹ Canada, *Débats de la Chambre des communes*, p. 1734.

1. La portée des réformes

L'adoption de la *Loi sur la défense nationale*³⁰⁰ marque la fin de l'application directe de la législation britannique au Canada. Cette loi fait du ministre de la Défense nationale le personnage central du système de justice militaire canadien³⁰¹. On attribue au ministre "le contrôle et la direction des Forces canadiennes"³⁰². Le contrôle et l'administration de la Marine, de l'Armée et du Corps d'aviation sont confiés à des chefs d'état-major nommés par le gouverneur en conseil qui agissent "sous la direction du ministre"³⁰³.

La *Loi sur la défense nationale* demeure la principale loi régissant les Forces canadiennes³⁰⁴. Elle constitue le cadre dans lequel s'inscrivent les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)*³⁰⁵, les *Ordonnances administratives des*

³⁰⁰ *Loi sur la Défense nationale*, S.C. 1950, c. 43.

³⁰¹ Le Ministre possède de vastes pouvoirs dont les suivants: il convoque les commissions d'enquête; il convoque les cours martiales générales et disciplinaires; il nomme le président à la cour martiale permanente; il peut annuler le verdict du tribunal militaire; il peut substituer, mitiger, commuer ou remettre les sentences rendues par un tribunal militaire. Ces pouvoirs sont dans la pratique délégués aux officiers supérieurs des Forces canadiennes.

³⁰² *Id.*, art. 4.

³⁰³ *Id.*, art. 19.

³⁰⁴ La loi fut amendée à plusieurs reprises depuis 1950. Voir: S.C. 1952-53, c. 24 ; S.C. 1955, c. 28; S.C. 1956, c. 18; S.C. 1959, c. 5; S.C. 1964, c. 21; 1966-67, c. 96 ; S.C. 1984, c. 40; L.R.C. 1985 (1^{er} suppl.), c. 31 ; S.C. 1991, c. 43; S.C. 1992, c. 16, S.C. 1997, c. 18.

³⁰⁵ Avant l'unification des forces terrestres, aériennes et navales en 1967, on adoptait des règlements distincts, bien que quasi-identiques, pour chacun des trois éléments. Nous allons référer ci-après aux *Ordonnances et règlements applicables à l'Armée canadienne (ORAC)* avant 1967 et au *ORFC* à partir de 1968.

Forces canadiennes (OAFIC) et un grand nombre d'autres ordonnances établies à divers niveaux hiérarchiques.

Le code de justice militaire canadien adopté en 1950 reproduit la plupart des infractions qui étaient antérieurement punissables en vertu du droit britannique. Il maintient de manière générale les procédures relatives à la mise en accusation et à la convocation des cours martiales. Le code de justice militaire contenait aussi plusieurs changements importants. Ceux-ci expriment la volonté du Parlement de rapprocher le système de justice militaire du système de justice civile afin de garantir aux militaires certains des droits fondamentaux garantis aux citoyens ordinaires³⁰⁶. Le rapprochement des deux systèmes s'est opéré au dépens de la prérogative du commandement.

On supprime la cour martiale générale de campagne. La procédure de confirmation des cours martiales est abolie. Un droit d'appel devant un conseil d'appel est instauré. Ces deux dernières mesures confèrent à la cour martiale un statut judiciaire³⁰⁷. On confirme le

³⁰⁶ Voir NATIONAL DEFENCE HEADQUARTERS, *The National Defence Act: Explanatory Material*, 1 Nov. 1950, p. 184; SPECIAL COMMITTEE ON BILL NO. 133, *An Act Respecting National Defence: Minutes of Proceedings and Evidence*, Ottawa, E. Cloutier, p. 261.

³⁰⁷ Des réformes importantes sont aussi apportées par voie de règlements. L'art. 112. 50 des *ORAC* adopté en 1951, indique aux membres de la cour martiale que la sentence n'a plus comme objet unique le maintien de la discipline: "[p]our déterminer la sentence, la cour:

- a) tient compte de toute conséquence indirecte du verdict et de la peine;
- b) impose une peine proportionnée à la gravité de l'infraction et aux antécédents du délinquant."

droit à un avocat devant la cour martiale. Certaines des réformes apportées au système concernaient directement l'office du JAG. Comme nous le verrons, l'absence de réforme devait aussi indirectement influencer sur le rôle à venir du JAG dans le système. Nous examinerons de manière plus détaillée les dispositions de la *Loi* traitant du droit d'appel et de révision, la poursuite et la défense des infractions et celles traitant du juge-avocat.

a. Révision et appel des décisions des cours martiales³⁰⁸

La *Loi* accordait à l'accusé le droit d'interjeter appel devant le Conseil d'appel des cours martiales³⁰⁹. Le Conseil d'appel était composé d'au moins trois membres nommés par le gouverneur en conseil et dont le président était un juge de la cour de l'Échiquier ou d'une cour supérieure de juridiction criminelle. Les autres membres pouvaient être des juges des mêmes cours ou un avocat admis à l'exercice de la profession depuis au moins cinq ans.

³⁰⁸ Précitée, note 300, arts. 184-199. Avant 1950, un accusé trouvé coupable par une cour martiale pouvait soumettre une pétition à l'autorité confirmative. Si cette pétition soulevait une question de droit, elle devait être transmise au JAG. Les procès-verbaux des cours martiales générales devaient être soumis au JAG pour révision avant la confirmation par le ministre ou le gouverneur en conseil. Voir à ce sujet *Ordonnances et règlements royaux applicables à la Milice canadienne, 1939*, art. 574-575.

³⁰⁹ J. WALKER, "Military Justice: From Oximoron to Aspiration" (1994) 32 *Osgoode L.J.* 4, affirme qu'à l'époque on croyait que ce droit d'appel garantirait l'équité des procédures devant les cours martiales. La loi prévoyait trois types de cours martiales: la cour martiale générale, la cour martiale disciplinaire et la cour martiale permanente. Les deux premières peuvent alors être convoquées par le ministre de la Défense nationale, le chef d'état-major général, un commandant de région ou de zone ou toutes autres autorités militaires autorisées par le ministre. La cour martiale permanente pouvait être créée **en temps critique** par le gouverneur en conseil. Cette cour se compose d'un officier qui est ou qui a été un avocat depuis au moins trois ans.

Contrairement à la situation au Royaume-Uni et aux États-Unis, le mécanisme de confirmation des décisions des cours martiales par le commandement fut aboli. Le verdict et la sentence prononcés par la cour martiale cessaient d'être de nature interlocutoire. Les décisions des cours martiales acquièrent du même coup un caractère judiciaire.

L'accusé a le droit d'en appeler de la légalité du verdict et de la sentence. L'expression "légalité" inclut les questions de droit strict ou des questions mixtes de droit et de fait³¹⁰. Le droit d'appel de plein droit sur des questions mixte de droit et de fait justifia l'abolition de la procédure de confirmation³¹¹.

Malgré l'abandon du mécanisme de confirmation, on décida qu'il n'était souhaitable d'abolir la prérogative de révision des décisions des cours martiales par le commandement³¹². Ainsi, le ministre et les autorités militaires qu'il pouvait désigner conservent le pouvoir de réviser et modifier les décisions des cours martiales³¹³. Ces autorités pouvaient et peuvent encore aujourd'hui, annuler un verdict de culpabilité rendu par un tribunal militaire. Ils peuvent aussi mitiger, commuer, ou remettre la sentence imposée par un tribunal militaire.

³¹⁰ Précitée, note 300, art. 184&186.

³¹¹ NATIONAL DEFENCE HEADQUARTERS, *op. cit.*, note 306, p. 253.

³¹² *Ibid.*

³¹³ Précitée, note 300, art. 185; *Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 229.

Le maintien du pouvoir de modifier les décisions des cours martiales explique la continuation de la procédure de révision automatique par le JAG. Ce dernier effectue la révision des cours martiales n'ayant pas fait l'objet d'un appel³¹⁴. Le JAG ne possède pas le pouvoir de modifier lui-même le verdict ou la sentence. Dans les cas où le JAG certifie l'illégalité des procédures, il doit soumettre le procès-verbal au chef de l'état-major pour qu'il prenne les mesures qu'il juge appropriées³¹⁵. Le rôle du JAG consiste donc à appuyer le commandement dans l'exercice de sa prérogative.

b. Poursuite et défense des infractions.

En ce qui concerne la poursuite et la défense des infractions pénales militaires, c'est surtout l'absence de réforme qu'il faut souligner. De fait, les processus de mise en accusation et de poursuite des infractions demeureraient entièrement régis par la prérogative du commandement.

La procédure de mise en accusation dans le cas d'infractions prévues au code de discipline militaire diffère considérablement de celle établie dans le *Code criminel*³¹⁶. La *Loi sur la défense nationale* ne contient que deux dispositions qui traitent indirectement de la

³¹⁴ *Id.*, art. 197; *Id.*, art. 246.

³¹⁵ *Id.*, art. 19 ; *Id.*, art. 247.

³¹⁶ Au Canada, toute personne qui croit pour des motifs raisonnables qu'un acte criminel a été commis peut faire une dénonciation devant un juge de paix. Ce droit est prévu dans le *Code criminel du Canada*, précité, note 27, art. 504. La Couronne peut par la suite décider de poursuivre ou non l'infraction.

procédure de mise en accusation. La loi prescrit laconiquement qu'une accusation portée doit immédiatement faire l'objet d'une enquête conformément aux règlements³¹⁷. Le commandant rend une ordonnance de non-lieu s'il estime, après enquête, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'accusation. Dans les autres cas il veille à ce qu'il y soit donné suite aussi rapidement que les circonstances le permettent³¹⁸. La loi et les règlements ne contiennent aucune disposition concernant les circonstances permettant ou justifiant le dépôt d'une accusation.

Comme il a déjà été fait mention, les infractions militaires n'étaient qu'exceptionnellement poursuivies par des juristes avant 1950. Une lecture de la loi et des règlements adoptés en 1950 et par la suite pourrait laisser croire qu'il en est de même encore aujourd'hui. La loi et les règlements n'accordent en effet aucun rôle direct au JAG ou à quelque juriste dans les processus de mise en accusation et de poursuite des infractions. Guidés par le rapport Lewis, les autorités politiques canadiennes avaient sans doute compris l'importance de séparer les fonctions "judiciaires" du JAG de celles reliées à la poursuite des infractions. Pour cette raison, la *Loi* n'attribue au JAG que des fonctions de nature judiciaire ou quasi-judiciaire. Ce qui étonne toutefois, c'est que la poursuite des infractions n'ait pas été confiée comme au Royaume-Uni à des directions militaires.

³¹⁷ Précitée, note 300, art. 134 ; précitée, note 313, art. 161. L'*ORFC* 106.01(2) prévoit qu'une accusation est déposée lorsqu'elle est consignée par écrit et signée par un militaire autorisé par le commandant de l'accusé à porter une accusation. Le droit de porter des accusations est confié à une ou plusieurs personnes nommées par le commandant d'une unité.

³¹⁸ *Id.*, art. 135 ; *Id.*, art. 162.

Les *ORAC* adoptés en 1951 et les *ORFC* adoptés par la suite prescrivent qu'il appartient à l'autorité convocatrice de déterminer qui agira à titre de procureur de la poursuite à la cour martiale générale ou disciplinaire. Un procureur de la poursuite doit être désigné pour chaque cour martiale générale et disciplinaire. Le procureur doit être un officier³¹⁹. L'autorité convocatrice peut cependant, "avec l'assentiment du JAG, désigner un avocat à titre de procureur à charge"³²⁰. Cette disposition est pour le moins nébuleuse. Les *ORFC* semblent cependant prévoir que le procureur peut être un officier ou un avocat. Il n'est pas requis que cet avocat soit le JAG ou un membre de son cabinet. Le fait que le JAG doive consentir à la nomination d'un avocat semble cependant vouloir signifier que ce dernier sera l'un de ses adjoints. Le JAG pouvant être selon la loi un civil ou un militaire, il fallait distinguer entre le terme officier et avocat dans l'éventualité où le JAG serait un civil. Il est toutefois possible que l'on ait tout simplement voulu donner un droit de regard au JAG sur la sélection du juriste appelé à agir titre de procureur comme c'était le cas avec le ministre de la Justice avant 1950³²¹. Quoï qu'il en soit, cette disposition n'accorde certes pas de responsabilité au JAG en matière de poursuite. Si le législateur avait voulu lui accorder un rôle dans le processus de mise en accusation et dans la poursuite des infractions militaires, il l'aurait dit spécifiquement. Il a plutôt choisi, en se fondant sur la pratique et la réglementation antérieure ainsi que sur les travaux du comité Lewis, de lui attribuer des fonctions de nature judiciaire notamment dans le nouveau processus de révision et d'appel. Il aurait été tout à

³¹⁹ *ORAC*, 111.23 (1), 111.42 (1); *ORFC* 111.24 (1), 111.43 (1).

³²⁰ *ORAC*, 111.23 (2), 111.42 (2); *ORFC* 111. 24 (2), 111.42 (2)

³²¹ Voir *supra*, note 137.

fait contraire à la pratique de l'époque de lui attribuer dans la *Loi* un rôle dans la poursuite des infractions. En ne désignant pas avec précision la personne ou groupe de personnes à qui serait confié la poursuite des infractions, le législateur n'excluait toutefois pas spécifiquement le JAG de cette fonction. Cette absence de précision et la judiciarisation du système de justice militaire devait permettre au JAG de devenir, au nom du commandement, le procureur de la poursuite devant la plupart des cours martiales. Cela dit, cette situation n'aurait pu survenir n'eut été du lien étroit préexistant entre le JAG et le commandement.

La *Loi sur la défense nationale* ne contient qu'une seule disposition relative à la représentation de l'accusé devant la cour martiale. La loi stipule que "dans toutes procédures devant la cour martiale, l'accusé a le droit d'être représenté de la manière que prescrivent les règlements du gouverneur en conseil"³²². Les *ORAC/ORFC* prévoient que l'accusé a le droit d'être représenté par un officier défenseur. Ce dernier peut être: tout officier des Forces de Sa Majesté; un avocat en règle; un conseiller qui peut être toute personne, quel que soit son statut ou son grade³²³. Là encore, la loi et les règlements sont silencieux sur le rôle du JAG dans la défense des accusés. Cette fonction n'ayant jamais été historiquement confiée au JAG, il était encore là tout à fait logique de ne pas lui accorder de rôle dans ce domaine. Malgré l'absence de fondement législatif ou réglementaire, le JAG vint, dans la pratique, à représenter la plupart des militaires accusés devant les cours martiales.

³²² Précitée, note 300, art. 150 ; précitée, note 313, art. 179.

³²³ *ORFC* 111.60 (1) (2).

c. Le juge-avocat

La *Loi sur la défense nationale* prévoit que l'autorité établie à cette fin par les règlements doit nommer une personne pour exercer les fonctions de juge-avocat à une cour martiale générale³²⁴. Les *ORAC* adoptés en 1951 prévoyaient que le juge-avocat serait désigné par l'autorité convocatrice³²⁵. Dans le cas où l'autorité convocatrice ne désigne pas le juge-avocat, le JAG peut alors le nommer. Cette disposition confirmait la pratique antérieure. La compétence du JAG n'existe que si l'autorité convocatrice omet d'exercer son devoir de nomination. Le rôle du JAG à ce sujet est supplétif et peu significatif. Ceci illustre bien comment le commandement domine encore plusieurs des aspects du système dont celui de la composition de la cour martiale.

La nomination d'un juge-avocat à la cour martiale disciplinaire est alors facultative³²⁶. C'est l'autorité convocatrice qui nomme le juge-avocat. Si l'autorité convocatrice ne peut désigner une personne ayant les qualités requises, le JAG procédera à la nomination³²⁷. Nous croyons que cette disposition s'appliquait dans les situations où l'autorité convocatrice ne pouvait trouver au sein de son corps d'officiers une personne possédant les compétences

³²⁴ Précitée, note 300, art. 141, précitée, note 313, art.169. La *Loi* et les *ORFC* ne prévoient toutefois pas qui peut remplir cette fonction.

³²⁵ *OAAC* 111.22 (2)(a).

³²⁶ *OAAC* 111.41. La nomination d'un juge-avocat à la cour martiale disciplinaire est obligatoire depuis 1991. Voir à ce sujet *ORFC* 111.41

³²⁷ *ORAC* 111.41 (2)(b).

juridiques nécessaires pouvant agir à titre de juge-avocat. Dans un tel cas, il pouvait alors demander au JAG de désigner un de ses adjoints pour agir à ce titre.

Tout en reconnaissant le besoin d'apporter des réformes, le législateur était tout à fait disposé à maintenir le rôle prédominant du commandement dans le processus de poursuite des infractions. Le Parlement était aussi prêt à reconnaître les pouvoirs du commandement en ce qui concerne la constitution et composition des cours martiales³²⁸. La loi aurait pu exclure le JAG du processus des poursuites pénales militaires. Il aurait ainsi évité qu'il en vienne à occuper des fonctions clairement contradictoires. Cela dit, le cumul de fonctions antinomiques dans un système encore largement dominé par le commandement n'avait rien d'anormal. Ce n'est qu'avec l'affaiblissement graduel de la prérogative du commandement sur la justice militaire que cette situation est apparue inadmissible.

2. Statut et attributions conférés au JAG par la *Loi*

a. Statut

La *Loi sur la défense nationale* prévoit que le gouverneur en conseil peut nommer un avocat admis à l'exercice de la profession depuis au moins dix ans pour remplir la fonction

³²⁸ Les membres de la cour martiale générale et disciplinaire continuent eux aussi d'être choisis par l'autorité qui ordonne la tenue du procès. Il en fut ainsi jusqu'en 1992.

de JAG des Forces canadiennes³²⁹. Les attributions du JAG peuvent être exercées par toute autre personne autorisée par le ministre à le suppléer³³⁰. Cette dernière disposition permet au ministre de désigner une ou des personnes autres que le JAG personnellement pour exercer au nom de ce dernier les pouvoirs et devoirs qui lui sont attribués par la loi et le ministre. Le poste de JAG peut être rempli par un civil ou un militaire. L'argument pratique qui justifia la décision de ne pas accorder une étiquette militaire à l'office dans la loi est exposé dans l'échange suivant:

Mr. Stick: There is nothing about the rank the Judge Advocate General should hold. Would that come under the regulations?

Brigadier Lawson: It is contemplated there might be a civilian Judge Advocate General. In England, the Judge Advocate general is a civilian, and in the United States, he is a member of the services. It is left open here.

M. Adamson: Why was that done? It is a departure from our original practice.

Brigadier Lawson: There has been no real departure. We simply thought it should be left open. There might be an appointment open and no one suitable in the service to fill it. We have a very small legal service.

Mr. Henderson: It is just a matter of flexibility.

Brigadier Lawson: Yes³³¹.

L'opportunité d'avoir un officier militaire au poste de JAG ne fut pas discutée. Il n'est donc pas étonnant de constater l'absence de disposition traitant de la relation entre le JAG et le commandement dans la *Loi*. La nomination du JAG par le gouverneur en conseil

³²⁹ Précitée, note 300, art. 10 (1); précitée, note 313, art. 9.

³³⁰ *Id.*, art. 10 (2); *Id.*, art. 10.

³³¹ SPECIAL COMMITTEE, *op. cit.*, note 306, p. 22. C'est nous qui soulignons.

semble lui accorder une certaine indépendance face au commandement. En effet, il n'est pas expressément tenu d'agir sous la direction d'une autorité désignée. Toutefois, le tenant du poste, s'il est un militaire, demeure sujet aux ordres et instructions de ses supérieurs hiérarchiques. Le fait que l'office ait toujours été rempli par un militaire³³² a certes contribué à créer et maintenir une tradition de dépendance face au commandement.

L'abandon du mécanisme de confirmation des verdicts et des sentences des cours martiales et l'instauration d'un droit d'appel semblaient signifier le déclin de l'importance du JAG dans le système de justice militaire canadien. En effet, la supervision de la justice militaire était désormais partiellement confiée à un pouvoir judiciaire indépendant du commandement.

Conscient de l'impact négatif potentiel de ces changements sur son office, le JAG tenta de se faire nommer conseiller auprès du Conseil d'appel des cours martiales. Il aurait alors siégé avec les membres du Conseil sur tous les appels dans le but de les informer de la teneur du droit militaire et des procédures applicables devant les cours martiales³³³. Les membres chargés d'étudier le projet de loi exprimèrent des doutes sur le bien-fondé de cette proposition. Ils voyaient là une intrusion potentiellement préjudiciable à l'accusé et à

³³² Comme nous l'avons indiqué, tous les juges-avocats généraux depuis 1950 ont été des militaires. Voir *supra*, note 221.

³³³ Voir SPECIAL COMMITTEE, *op. cit.*, note 306, pp. 266-269.

l'indépendance du Conseil. Dans le but évident de rassurer et de convaincre les membres du comité de ses bonnes intentions, le JAG fit l'affirmation suivante:

... may I point this out, the Judge Advocate General is in a sense a judicial officer. The duty of the Judge Advocate General is not to obtain a conviction, he is there to protect the accused rather than to convict the accused. I do not see why his advice would be more distrusted than that of one member to another member.³³⁴

Bien que les membres du comité n'aient pas directement contesté la déclaration du JAG, ils décidèrent qu'il n'était pas opportun que le JAG soit le conseiller de ce tribunal d'appel et le projet de loi fut modifié en conséquence. Cela dit, le législateur alloua d'autres responsabilités au JAG.

B. Attributions

Nous examinerons brièvement les différentes attributions conférées au JAG dans la *Loi sur la défense nationale* en 1950.

Appel des cours martiales

La loi de 1950 accordait un rôle important au JAG dans le processus d'appel des cours martiales. Un accusé pouvait en appeler de la légalité ou de la sévérité de la sentence ou de la légalité de l'une ou de la totalité des conclusions³³⁵. Un avis d'appel devait être

³³⁴ *Id.*, p. 268. C'est nous qui soulignons.

³³⁵ Précitée, note 300, art. 186.

soumis par l'accusé à un officier supérieur ou au responsable de la détention de l'appelant dans les 14 jours suivant sa réception du procès-verbal de la cour martiale. La personne qui recevait cet avis d'appel devait ensuite le transmettre au JAG en suivant la chaîne de commandement.

Les autorités militaires qui recevaient l'avis d'appel pouvaient, en vertu de leur pouvoir conféré par le ministre, annuler ou substituer le verdict; substituer, mitiger ou commuer la sentence avant de transmettre l'avis d'appel au JAG³³⁶. Quant un tel pouvoir était exercé, le JAG informait l'accusé du résultat et lui demandait s'il désirait poursuivre son appel.

Après la réception de l'avis d'appel, le JAG devait prendre une série de mesures qui variaient selon l'objet de l'appel. Si l'appel portait sur la sévérité de la sentence, le JAG transmettait l'avis à l'autorité qui avait le pouvoir de mitiger, commuer ou remettre la sentence³³⁷. La *Loi* et les *ORAC/ORFC* attribuaient ce pouvoir au ministre, au chef d'état-major, à l'officier commandant un commandement et à un commandant d'unité. Dans les faits, l'examen de l'appel sur la sévérité de la sentence était effectué par le personnel du Cabinet du JAG qui avait la tâche de conseiller le ministre et les autorités militaires à ce sujet³³⁸. Dans le cas d'un appel portant sur la légalité du verdict ou de sentence de la cour

³³⁶ *Id.*, arts 171-174, *ORFC* 114.15, 114.17, 114.55; précitée, note 313, art. 208, 209, 212.

³³⁷ *Id.*, art. 174, *ORFC*, arts, 114.27, 114.55 ; *Id.*, art. 212.

³³⁸ Voir à ce sujet la décision de *Duncan c. Canada (Ministre de la défense nationale)*, [1990] 3 F.C. 560 (1^{re} inst.) qui sera examinée dans le prochain chapitre.

martiale, le JAG se devait de transmettre la déclaration d'appel au Conseil d'appel des cours martiales. Il pouvait toutefois, avant de le faire, certifier que le verdict ou la sentence de la cour martiale était illégal et demander à l'autorité appropriée son annulation³³⁹

Révision des décisions des cours martiales

Le législateur maintient la prérogative du commandement qui lui confère le pouvoir de réviser et modifier les décisions des cours martiales. Ainsi, le JAG garde la tâche de réviser pour le commandement la légalité du verdict et de la sentence de chaque cour martiale n'ayant pas fait l'objet d'un appel³⁴⁰. Si, après cette révision, le JAG certifie qu'un verdict ou une peine est illégal, il doit alors soumettre les procès-verbaux au chef de l'état-major pour que celui-ci prenne les mesures qu'il juge appropriées³⁴¹.

Témoignage par commission rogatoire

Le JAG ou son délégué peut désigner toute personne compétente afin de recueillir la déposition sous serment d'un témoin lorsqu'il lui apparaît difficile d'obtenir sa comparution lors d'un procès par cour martiale³⁴². La *Loi* et les *ORFC* n'indiquent pas qui peut faire une

³³⁹ Les pouvoirs de nature judiciaire attribués au JAG dans la *Loi* en matière d'appel des décisions des cours martiales furent adoptés sans le moindre commentaire par le comité spécial de la Chambre des communes chargé d'étudier le projet de loi.

³⁴⁰ Précitée, note 300, art. 197 ; précitée note 313, art. 246. Comme on l'a vu, le JAG procédait à un examen des affaires portées en appel après réception de l'avis d'appel.

³⁴¹ *Id.*, art. 198 ; *Id.*, art. 247.

³⁴² *Id.*, art. 155 ; *Id.*, art. 184.

telle demande ni la procédure à suivre en vue de l'obtenir. Notons que le *Code criminel*³⁴³ prévoit qu'une partie à des procédures par voie de mise en accusation ou par voie sommaire peut demander une telle ordonnance à un juge d'une cour provinciale, un juge d'une cour de comté, un juge de la cour provinciale.

Demande de nouveau procès

Quiconque a été trouvé coupable par une cour martiale peut demander au JAG la tenue d'un nouveau procès en cas de découverte, après son procès, d'éléments de preuve nouveaux³⁴⁴. Le JAG fera part de ses recommandations après examen de la demande au chef de l'état-major de la défense nationale. Ce dernier pourra alors ordonner ou non un nouveau procès. Cette disposition prévoit donc un motif d'appel sur une question de fait devant le JAG et le commandement.

Citation de témoins

Toute personne, militaire ou civile, susceptible de fournir une preuve devant une cour martiale peut être citée à comparaître sous la signature de l'autorité convocatrice ou du JAG, ou encore du président de la cour martiale, du juge-avocat ou du commissaire³⁴⁵. Le but principal de cette disposition est de contraindre la présence des témoins civils. Les personnes autorisées à émettre cette assignation ne peuvent toutefois ordonner l'arrestation du témoin.

³⁴³ Précité, note 27, arts. 709-712.

³⁴⁴ Précitée, note 300, art. 199, précitée, note 313, art. 248.

³⁴⁵ *Id.*, art. 200 (2); *Id.*, art. 249 (2).

Le témoin civil qui refuse de témoigner suite à la réception de cette assignation commet cependant une infraction punissable devant les tribunaux de droit commun.

Certificat de désertion ou d'absence sans permission

Lors de procès d'infractions de complicité dans le cas d'absence sans permission et désertion devant les tribunaux de droit commun, un certificat sous la signature du JAG à l'effet qu'un militaire a été reconnu coupable de désertion ou d'absence sans permission devant un tribunal militaire, constitue la preuve que ce militaire était déserteur ou absent sans permission pendant la période qui y est mentionnée³⁴⁶. Cette disposition fut introduite dans la loi en 1950 afin de faciliter la communication et l'admission de la preuve de la commission d'une d'infraction militaire devant les tribunaux civils. Elle donne à la déclaration du JAG un caractère judiciaire.

Les rôles attribués au JAG dans la *Loi* sont tous de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Il peut donc sembler contradictoire que les *ORFC* stipulent qu'il est aussi responsable devant le ministre de la Défense nationale, c'est à dire l'exécutif, des affaires juridiques ayant trait au Forces canadiennes³⁴⁷. L'expression "affaires juridiques" n'exclut évidemment pas la poursuite des infractions pénales militaires. Ainsi, bien que le législateur ait accordé au JAG des rôles de nature judiciaire, ce dernier peut être appelé à conseiller le ministre ou les autorités militaires sur les accusations à porter et même à assurer la conduite

³⁴⁶ *Id.*, art. 240 (2); *Id.*, art. 299 (2).

³⁴⁷ *ORFC*, art. 4.08.

des poursuites. Rappelons toutefois que dans l'un ou l'autre de ses rôles le JAG appuie le commandement dans l'exercice de sa prérogative. Le conflit résultant du cumul de fonctions contradictoires a comme source la prérogative résiduelle du commandement sur la justice militaire.

Contrairement à la situation au Royaume-Uni, les autorités politiques canadiennes n'avaient pas eu jusqu'en 1950 de difficulté à accepter la subordination et même l'union du JAG au commandement militaire. Il n'y a pas au Canada de tradition faisant du JAG un office indépendant. Pour cette raison et en dépit de la volonté apparente du législateur d'affirmer le caractère judiciaire de cet office, il n'est pas étonnant d'assister au Canada au développement de la situation jugée "anormale" au Royaume-Uni en 1948³⁴⁸.

C. LE MODÈLE JUDICIAIRE DE LA JUSTICE MILITAIRE ET LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

La judiciarisation du système de justice militaire amorcée après 1950 s'accéléra avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les cours martiales vont acquérir leur indépendance complète face à l'exécutif. Les cours d'appel vont quant à elles graduellement assumer pleinement leur rôle de surveillant de la justice militaire. Cette judiciarisation s'est opérée au dépens de la prérogative du commandement. L'affaiblissement de la prérogative a eu des conséquences importantes sur l'office du JAG. Les fonctions du JAG dans le processus d'appel vont être abolies et celles dans le processus de révisions des

³⁴⁸ Voir *supra*, note 292 .

décisions des cours martiales apparaissent aujourd'hui superflues. Le rôle du JAG dans les poursuites militaires s'est développé après 1950. Ceci devait mettre en péril l'indépendance de la cour martiale auprès de laquelle il jouait désormais aussi le rôle de juge-avocat et président. La reconnaissance du caractère véritablement judiciaire de la cour martiale a comme corollaire son indépendance face à l'exécutif.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections. D'abord, nous examinerons l'évolution de la justice militaire et de l'office du JAG avant l'adoption de la *Charte*. Ensuite, nous analyserons l'impact de la *Charte* sur le système de justice militaire et sur l'office du JAG.

1. Évolution de la justice militaire avant l'adoption de la Charte

a. Participation du JAG dans la poursuite et la défense des infractions

La création du Conseil d'appel obligea les cours martiales à rendre justice selon le droit. La cour martiale cessait définitivement d'être une cour d'honneur. Des règles de preuves canadiennes sont adoptées³⁴⁹. Ces dernières sont celles régissant l'admissibilité de la preuve devant les tribunaux criminels de droit commun. La procédure devant les cours

³⁴⁹ Précitée, note 300, art. 152 (1), se lit partiellement comme suit: "Les règles de la preuve lors d'un procès par cour martiale tenue au Canada doivent être celles qui sont à l'occasion suivies dans les procès prévus au Code Criminel devant les tribunaux civils de la province du Canada où siège la cour martiale."

martiales devient semblable à celle des tribunaux civils. Les juristes allaient donc par nécessité occuper une place de premier plan dans le processus de justice militaire.

Peu de temps après l'adoption de la *Loi sur la défense nationale* se développa la pratique de nommer des représentants du JAG à titre de procureurs de la poursuite et de la défense devant les cours martiales³⁵⁰. Cette situation provoqua l'expansion rapide et importante du cabinet du JAG. Le juge-avocat général adjoint écrivait à ses officiers à ce sujet en 1952:

You will be interested to know that there is a likelihood of a considerable increase in establishment being granted to the Branch in the not too distant future. When and if such increase is granted, a total of approximately seventeen new vacancies will be available.

... One of the reasons for the large increase in establishment is the decision to form prosecuting and defending teams composed of legal officers. This change in office policy is included for your general information only, as specific instructions will be forwarded to you in the event an officer is required to act as defending or prosecuting officer³⁵¹.

³⁵⁰ Le décret C.P. 88/2047 (7 mai 1948) prévoyait qu'un militaire sur qui pesait de graves accusations et qui se trouvait dans une situation financière l'empêchant de retenir les services d'un avocat civil pouvait être représenté par un avocat membre de la réserve possédant des compétences juridiques. Cette disposition ne s'appliquait que dans les cas où le procureur de la poursuite possédait une formation juridique. La présence d'un représentant du JAG à titre de procureur de la poursuite dans toutes les causes entendues par cours martiales et l'absence de ressources suffisantes au sein de la réserve fit en sorte que la défense des accusés fut confiée à des officiers de la force régulière membre du cabinet du JAG.

³⁵¹ Note de service du Colonel W.M.W. Shaw aux officiers du JAG, lettre mensuelle no. 9, 6 août 1952.

Le JAG, qui moins de deux ans auparavant, avait affirmé que son office “is there to protect the accused rather than to convict the accused” était maintenant, à titre de mandataire de l’autorité convocatrice³⁵², le procureur de la poursuite devant toutes les cours martiales. Cette nouvelle pratique n’est fondée sur aucune disposition législative ou réglementaire. Le fait qu’elle se soit développée aussi facilement et rapidement témoigne du rapport historique étroit entre le commandement et l’office. Le JAG demeure un outil du commandement.

Le JAG devient soudainement le procureur de la défense et de la poursuite, le juge-avocat et le réviseur des décisions des cours martiales. Il allait aussi devenir un peu plus tard le président de la cour martiale permanente. Malgré le fait qu’on ait critiqué une situation semblable dans le rapport Lewis, le cumul par le JAG de ces divers rôles contradictoires sembla chez nous tout à fait acceptable et ne provoqua aucune réaction ou conséquence négative au cours des trente années qui allaient suivre. Après l’adoption de la *Loi sur la défense nationale*, les autorités politiques canadiennes furent tout à fait disposées à laisser le commandement administrer la justice militaire comme bon lui semblait. La réunion de ces diverses fonctions contradictoires paraissait alors acceptable parce qu’elles avaient toujours été remplies par le commandement. En confiant ces responsabilités au JAG, on maintenait en quelque sorte le statu quo. En effet, le JAG et ses officiers ne font que remplacer les

³⁵² L’officier qui ordonne la tenue d’une cour martiale est le poursuivant dans le processus de justice militaire. Le représentant du JAG qui apparaît devant la cour à titre de procureur de la poursuite agit au nom de l’officier convocatrice et n’a pas de pouvoir indépendant de ce dernier. Les *ORFC* prévoient que c’est l’officier convocatrice qui nomme le procureur de la poursuite. Dans la pratique toutefois, le procureur est sélectionné par le JAG. L’officier convocatrice suivra presque toujours les conseils du procureur concernant la manière dont la poursuite doit être menée.

officiers sans formation juridique devant la cour martiale. C'est maintenant le JAG, à titre de mandataire du commandement, qui assure ces diverses fonctions. Le JAG remplit ces rôles pour et au nom du commandement. Personne ne revendique l'indépendance du JAG ou des cours martiales.

b. Interventions timides des tribunaux d'appel

En dépit des réformes en matière d'appel et de la participation accrue des juristes dans le processus judiciaire militaire, les tribunaux civils continuèrent dans l'ensemble à exercer avec réserve leur autorité en matière de justice militaire.³⁵³

³⁵³ WALKER, *loc. cit.*, note 309, p. 9. A. D. HEARD, "Military Law and the *Charter of Rights*" (1988) 11 Dalhousie L.J. 535, écrit: "In the past, civil courts appear to have charted a course of deference to the military's own assessment of what is necessary to the effective functioning of the Forces." L'arrêt *R. & Archer c. White*, [1955] R.C.S. 154, illustre l'attitude des tribunaux de droit commun à l'endroit de la justice militaire. Cette affaire portait sur le système disciplinaire de la Gendarmerie Royale du Canada. La cour examina aussi le système de justice militaire. La Cour devait décider si un bref de certiorari pouvait être émis afin de casser une condamnation rendue par l'intimé Archer, commissaire de la GRC. Appliquant par analogie la jurisprudence militaire britannique, la Cour affirma à la p. 159:

Parliament has specified the punishable breaches of discipline and has equipped the Force with its own courts for dealing with them and it needs no amplification to demonstrate the object of that investment. Such a code is prima facie to be looked upon as being the exclusive means by which this particular purpose is to be attained. Unless therefore, the powers given are abused to such a degree as puts action taken beyond the purview of the statute or unless the action is itself unauthorized, that internal management is not to be interfered with by any superior court in exercise of its established supervisory jurisdiction over inferior tribunals.

Dans la décennie suivant son instauration le Conseil d'appel des cours martiales intervint sporadiquement afin de préciser l'étendue des droits des accusés jugés par une cour martiale. Ces décisions ont affirmé l'importance du droit dans le processus de justice militaire. Les membres de la cour ne possédant pas de connaissances juridiques, le Conseil souligna l'importance du rôle du juge-avocat afin de garantir à l'accusé un procès équitable³⁵⁴. Dans l'arrêt *Doutre c. R*³⁵⁵, l'accusé en appelait de sa condamnation sur une accusation de tentative de meurtre prononcée par une cour martiale générale tenue en Corée. L'appelant, qui était allé à une maison de débauche avec deux autres soldats, se querella avec l'une des femmes sur les lieux. Lors de l'altercation, cette dernière fut atteinte d'un projectile provenant de la carabine de l'appelant. L'appelant prétendit au procès que le coup de feu était accidentel. Le président de la cour martiale n'exerça pas son droit de demander au juge-avocat de résumer la preuve³⁵⁶. En appel, on souleva que le juge-avocat avait le devoir d'indiquer à la cour la preuve susceptible de révéler la théorie de la défense. Le Conseil conclut que le défaut de présenter la théorie de la défense était dans ce cas une erreur grave justifiant la tenue d'un nouveau procès.

In the great majority of cases - though I do not presume to say in all cases - the judge advocate should sum up the evidence as is done in civil trials; the value of this procedure as a protection for the person so unfortunate as to be placed in jeopardy of a criminal trial has been proven over the years; if there

³⁵⁴ STARKMAN, *loc. cit.*, note 256, p. 437.

³⁵⁵ [1957] 1 R.A.C.M. 155.

³⁵⁶ L'ORAC 112.05 (18)(e) (ii) prévoyait que: "le juge-avocat ..., si le président lui en fait la demande, résume la preuve".

is any doubt as to the need for summing up the evidence, this doubt as all others should be resolved in favour of the accused³⁵⁷.

En 1959, le Conseil d'appel est remplacé par le Tribunal d'appel des cours martiales³⁵⁸. Ce tribunal est composé exclusivement de juges de la cour de l'Échiquier ou d'une cour supérieure de juridiction criminelle nommés par le gouverneur en conseil. Un accusé peut désormais interjeter appel de la décision de ce tribunal devant la Cour suprême du Canada sans qu'il soit nécessaire d'obtenir au préalable l'autorisation du procureur général du Canada.

L'adoption, l'année suivante, de la *Déclaration canadienne des droits*³⁵⁹ offrait à ce tribunal nouvellement constitué une vaste autorité de révision sur l'administration de la justice militaire³⁶⁰. Dans les faits, cette législation n'a eu à peu près aucune incidence sur les Forces canadiennes³⁶¹. Au cours des deux décennies suivant son adoption, les avocats militaires invoquèrent en maintes occasions la *Déclaration des droits* devant les cours martiales, mais sans grand succès. Seulement quatre affaires relatives à la *Déclaration des droits* furent

³⁵⁷ *Doutre*, précitée, note 355, p. 165. Malgré cette décision, la disposition réglementaire qui était l'objet de l'appel ne fut modifiée qu'en 1991.

³⁵⁸ S.C. 1959, c. 5, arts. 190-196. Ce tribunal se nomme Cour d'appel des cours martiales depuis 1984.

³⁵⁹ S.C. 1960, c. 44.

³⁶⁰ D.J. CORRY, "Military Law and the Charter" (1986) 24 Osgoode L. J. 75.

³⁶¹ M.L. FRIEDLAND, *Contrôle de l'inconduite dans les forces armées*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997, p. 92.

entendues par le Tribunal d'appel et une seule, soit *Mackay c. R.*,³⁶² s'est rendue à la Cour suprême.

Dans les trois affaires entendues avant *Mackay*, les accusés alléguaient que des dispositions spécifiques des *ORAC/ORFC* contrevenaient à la *Déclaration des droits*. Dans l'arrêt *Platt c. R.*,³⁶³ le tribunal d'appel rejeta l'argument de l'appelant voulant que l'*ORAC* 111.60 violait son droit à un avocat garanti par le paragraphe 2(c) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'article 111.60 prévoyait qu'un accusé n'avait le droit au service d'un officier défenseur qu'après la convocation de la cour martiale.

Dans les deux autres affaires, *Robinson c. R.*,³⁶⁴ et *Nye c. R.*,³⁶⁵ on contesta la légalité de l'*ORFC* 112.54(3). Cette disposition permet à la cour de passer outre les avis du juge-avocat sur le droit lorsqu'elle a des raisons très sérieuses pour ce faire. Dans ces deux arrêts, la cour martiale décida de ne pas tenir compte de l'opinion du juge-avocat sur une question de droit. On prétendit en appel que l'article 112.54(3) violait le droit de l'accusé à un procès juste selon la loi; son droit à l'égalité devant la loi ainsi que les principes fondamentaux d'équité procédurale. Dans l'affaire *Robinson*, l'appel fut accueilli mais pour d'autres motifs et la cour refusa de se prononcer sur ces questions. Dans l'arrêt *Nye*, le Tribunal d'appel

³⁶² [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3^e) 393.

³⁶³ (1963) 2 T.A.C.M. 213.

³⁶⁴ (1971) 3 T.A.C.M. 43.

³⁶⁵ (1972) 3 T.A.C.M. 85.

conclut que l'art. 112. 54(3) ne violait pas la *Déclaration canadienne des droits*. Le Tribunal distingua le rôle du juge-avocat et de la cour martiale de celui d'un juge et d'un jury dans un procès criminel ordinaire. Selon le Tribunal, cet article prévoyait que les membres de la cour ne pouvaient passer outre l'opinion du juge-avocat sur une question de droit que lorsqu'ils étaient convaincus qu'elle était mal fondée. Les membres de la cour ont l'obligation de rendre jugement selon la preuve et le droit. Si dans un cas particulier ils décident que le juge-avocat a erré en droit, ils ont le devoir de ne pas suivre cette opinion. Par conséquent, selon le Tribunal, cette disposition ne violait pas le droit de l'accusé à un procès juste et équitable³⁶⁶.

Dans l'arrêt *Mackay*, la Cour suprême du Canada devait déterminer si les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, qui autorisent le procès par cour martiale d'un militaire accusé d'une infraction en vertu d'une autre loi fédérale, contrevenaient au droit de l'accusé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial et au droit à l'égalité devant la loi. Autrement dit, la Cour devait décider si le Parlement pouvait soumettre un accusé militaire à la juridiction d'une cour martiale permanente dans le cas d'infractions criminelles ordinaires commises au Canada. L'appelant prétendait que l'infraction qu'on lui reprochait, soit d'avoir fait le trafic de stupéfiants, contrairement à l'art. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, devait être entendue par un tribunal impartial et indépendant, c'est-à-dire un tribunal de droit commun.

Avant d'aborder ce jugement, il convient de dire quelques mots concernant la cour martiale permanente. La *Loi sur la défense nationale* prévoyait que le gouverneur en conseil

³⁶⁶ *Id.*, p. 87.

pouvait, **en temps critique**, créer des cours martiales permanentes composées d'un officier appelé le président, qui serait un avocat inscrit pendant plus de trois ans et qui devait être nommé par ou sur l'autorité du ministre³⁶⁷. On croyait au moment de l'adoption de *Loi* en 1950 qu'une telle cour n'était pas requise en temps de paix en raison du peu de procès militaires. De plus, on jugeait qu'il n'y avait pas suffisamment d'avocats militaires à ce moment dans les forces armées pour établir ces cours³⁶⁸. En 1967, on supprima l'expression **en temps critique**, permettant ainsi au gouverneur en conseil de créer ces cours en temps normal³⁶⁹. Le motif officiel justifiant l'établissement de cette cour est révélé dans l'échange suivant entre le JAG et un membre du Comité permanent de la Défense nationale:

M. Nugent: En ce qui concerne les cours martiales permanentes, je ne sais pas quoi penser. En avons-nous vraiment besoin?

M. Lawson: Pas actuellement, je ne crois pas; mais elles pourraient être utiles à l'occasion, dans le cas d'infractions relativement secondaires commises par quelqu'un disons, qui fait son service à Chypre ou en Égypte, où il est difficile d'établir une cour martiale, difficile et dispendieux, et si l'infraction est relativement secondaire, ce pourrait être très commode de juger cet homme par une cour martiale permanente.

M. Nugent: On amènerait les membres de la cour par avion, si nécessaire?

M. Lawson: Nous le pourrions, oui, mais c'est très dispendieux et il pourrait s'agir d'une sorte d'infraction très secondaire³⁷⁰.

³⁶⁷ Précitée, note 300, art. 149. Par "temps critique" le législateur entendait et entend encore, "guerre, invasion, émeute ou insurrection réelle ou appréhendée".

³⁶⁸ SPECIAL COMMITTEE, *op. cit.*, note 306, pp. 230-232 (témoignage du Brigadier Lawson (JAG)).

³⁶⁹ *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, S.C. 1966-1967, c. 96, art. 42.

³⁷⁰ Cet échange est reproduit dans l'arrêt *R. c. Ingebrigtsen*, précitée, note 14, p. 94.

Considérant la situation qui allait suivre, on peut douter que le coût engendré par le déplacement occasionnel des membres d'une cour martiale disciplinaire ou générale ait été le véritable motif justifiant la création des cours martiales permanentes en temps normal. Le JAG avait un intérêt personnel évident à vouloir établir ces cours composées dans la pratique d'officiers de son cabinet. Ces officiers seraient de véritables juges des faits et du droit et non pas de simples conseillers comme dans le cas du juge-avocat. De plus, l'établissement de ces cours pouvait encore une fois justifier l'augmentation de ses effectifs. L'addition de cette fonction judiciaire par le JAG ne devait pas signifier l'abandon de ses fonctions dans la poursuite et la défense des accusés.

Dès 1968, près du tiers des affaires soumises en cour martiale sont entendues par les cours martiales permanentes. L'année suivante cette proportion passe à plus de la moitié³⁷¹. Graduellement, ces cours jugèrent la plupart des affaires qui n'étaient pas strictement de nature disciplinaire. Aujourd'hui, les cours martiales permanentes peuvent juger l'ensemble des infractions contenues au code de justice militaire³⁷².

Les liens historiques étroits entre le JAG et le commandement, y compris le ministre, font alors en sorte que cette cour est sous l'emprise du commandement. L'union du JAG et du commandement compromettrait donc l'indépendance et l'existence même de cette cour et

³⁷¹ En 1968, la proportion était de 10/34, en 1969 elle était de 36/62.

³⁷² Cette cour ne peut cependant imposer une sentence supérieure à deux ans d'emprisonnement. L'*ORFC* 113.565 qui empêchait les cours martiales permanentes de juger les infractions de nature disciplinaire fut abrogé le 15 mars 1995.

des autres cours martiales³⁷³. Le jugement majoritaire de la Cour suprême dans l'arrêt *Mackay* fut rendu par le juge Ritchie, les juges Pigeon, Beetz, Martland et Chouinard souscrivent à son jugement. Il conclut que la *Loi sur la défense nationale* ne viole pas le droit à l'égalité de l'accusé parce qu'elle vise une catégorie particulière d'individus et qu'elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier. Pour ces raisons, les dispositions de l'al. 1b) de la *Déclaration des droits* ne requièrent pas que la *Loi sur la défense nationale* se conforme aux mêmes exigences que les autres lois fédérales.

La prétention voulant que la *Loi* privait l'accusé d'un procès équitable par un tribunal non-préjugé fut elle aussi rejetée. La majorité indiqua que rien au dossier ne laissait entendre que le président de la cour martiale permanente avait agi autrement que d'une façon indépendante et impartiale. Elle affirma que même si de telles violations pouvaient être prouvées, l'argument de l'appelant ne pouvait tenir en raison des dispositions permettant l'examen des violations des droits des militaires par une cour d'appel composée de juges fédéraux qui ne sont pas membres des forces armées³⁷⁴. Ils refusèrent de se prononcer sur l'apparente absence d'indépendance du président de la cour martiale permanente résultant de son lien étroit avec la poursuite.

³⁷³ En 1980, les articles 111.22 et 111.41 des *ORFC* furent amendés afin de prévoir que le juge-avocat à la cour martiale générale et disciplinaire serait nommé par le JAG.

³⁷⁴ *Mackay, supra*, note 362, pp. 400-401.

Les juges McIntyre et Dickson rejetèrent eux aussi l'appel de l'accusé, mais pour des motifs différents. Selon eux, un procès par cour martiale pour des infractions criminelles ne prive pas l'accusé d'une audition équitable devant un tribunal indépendant. M. le Juge McIntyre écrit:

Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et selon moi, dans tous les pays civilisés. Il s'agissait d'une exigence d'ordre pratique, et à mon avis, il en est toujours de même. On dit qu'à cause de la nature de ses liens étroits avec la communauté militaire et de son identification avec elle, l'officier est inapte à remplir cette fonction judiciaire. On ne peut nier qu'un officier est jusqu'à un certain point le représentant de la classe militaire dont il est issu; il ne serait pas humain si ce n'était le cas. Mais le même argument en toute justice, vaut tout autant à l'égard des personnes nommées à des fonctions judiciaires dans la société civile ³⁷⁵.

Ces deux juges n'élaborent pas sur la relation existant entre le président de la cour et le procureur de la poursuite, ni sur le statut de l'un ou de l'autre au sein des forces armées ou du cabinet du JAG. Les liens étroits avec la communauté militaire ne rendent certes pas un officier inapte à remplir des fonctions judiciaires. Il devrait toutefois en être autrement si cet officier est aussi le procureur de la poursuite. L'appel à la tradition et l'affirmation que les militaires ont toujours rempli cette fonction judiciaire est intéressante puisqu'en l'espèce l'accusé fut jugé par une cour martiale permanente. Or, cette cour n'existe en temps de paix que depuis 1967 et n'est présidée, en pratique, que par des avocats membres du cabinet du JAG. Ces deux juges considèrent de toute évidence le JAG comme un officier militaire sans statut particulier. Ils évitent eux aussi d'aborder directement le fait que le JAG supervise à la fois le procureur de la poursuite et le président de la cour.

³⁷⁵ *Id.*, pp. 403-404.

Dans un jugement dissident, M. le juge en chef Laskin et le juge Estey conclurent que la cour martiale permanente n'était pas un tribunal indépendant et impartial en raison de sa relation étroite avec la poursuite.

Tant l'officier constituant la cour martiale permanente que le procureur faisaient partie du bureau du juge-avocat général. En bref, l'accusé qui a été jugé sur des accusations portées en vertu d'une loi fédérale générale, la *Loi sur les stupéfiants*, était entre les mains de ses supérieurs militaires à l'égard des accusations, de la poursuite et du tribunal qu'il l'a jugé. [...] Certes le Tribunal d'appel des cours martiales, formé de juges à la Cour fédérale du Canada et d'autres juges de cours supérieures nommés par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 201 de la *Loi sur la défense nationale*, jouit à la fois de l'indépendance et de l'apparence d'indépendance de par sa composition; on ne peut pas en dire autant de la constitution d'une cour martiale permanente lorsqu'elle juge un accusé pour la violation d'une loi pénale ordinaire. Inutile de dire que l'intégrité de l'officier président n'est pas en cause; c'est tout simplement qu'il est inapte, compte tenu de ses rapports étroits avec la poursuite et le système militaire tout entier, à présider un procès sur des infractions à la loi pénale ordinaire.

[...] À mon avis, il est fondamental que lorsqu'une personne, quelque soit son statut ou son occupation, est accusée d'une infraction à la loi pénale ordinaire et doit être jugée en vertu de cette loi et conformément à ses prescriptions, elle ait le droit d'être jugée par une cour de justice, distincte de la poursuite et au-dessus de tout soupçon d'influence ou de dépendance à d'autres personnes.³⁷⁶

Ce manque d'indépendance résulte des multiples rôles du JAG. Le procureur de la poursuite et le président de la Cour lui sont subordonnés.

La décision de la Cour suprême aurait dû provoquer une remise en question du statut du JAG et du commandement dans le processus de justice militaire. En effet, les seuls juges à avoir examiné la problématique posée par la relation entre la poursuite et le président de la

³⁷⁶ *Id.*, pp. 379-380. C'est nous qui soulignons.

cour martiale avaient conclu que ce tribunal n'était pas indépendant. Ce jugement sembla plutôt rassurer les autorités militaires et politiques sur la validité du processus. Pour cette raison, le statu quo fut maintenu pendant encore près d'une décennie.

2. L'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés*

a. Sur le système

i. Les modifications législatives initiales

La *Charte* a eu et continue d'avoir une incidence importante sur la justice militaire. En 1985, le gouvernement fédéral adopta un projet de loi omnibus visant à résoudre les incompatibilités avec la *Charte* qui pouvaient survenir dans de nombreux domaines, y compris la justice militaire³⁷⁷. Les changements apportés prévoyaient notamment une plus grande équivalence entre le droit criminel et le code de justice militaire³⁷⁸.

La *Loi sur la Défense nationale* fut modifiée afin d'exiger qu'une arrestation et qu'un mandat de perquisition soient respectivement effectués et obtenus sur la base de motifs

³⁷⁷ *Loi de modification législative (Charte canadienne des droits et libertés)* L.R.C. 1985 (1^{er} suppl.), c. 31.

³⁷⁸ Voir *Débats de la Chambre des communes*, 27 mars 1985, p. 3421 (Le ministre de la Justice, John Crosbie).

raisonnables plutôt que sur de simples soupçons³⁷⁹. De nouvelles dispositions furent ajoutées concernant la mise en liberté sous caution³⁸⁰ et la mise en liberté pendant l'appel³⁸¹. On ajouta un article prévoyant que "les règles et principes applicables dans les procès tenus devant des tribunaux civils selon lesquels des circonstances données pourraient justifier ou excuser un acte ou une omission ou offrir un moyen de défense sont également opérants dans toutes accusations fondées sur le code de justice militaire"³⁸². On apporta aussi des changements en ce qui a trait à l'autorité de la chose jugée. Alors que l'ancienne disposition³⁸³ concernant l'autorité de la chose jugée ne s'appliquait qu'à un procès ultérieur devant un tribunal militaire, le nouvel article prévoit qu'une personne qui a été déclarée coupable et a été punie ou acquittée d'une infraction, ou dont l'accusation a fait l'objet d'un non-lieu par un tribunal militaire "ne peut être jugée - ou jugée de nouveau pour une infraction donnée ou toute autre infraction sensiblement comparable découlant des faits qui lui ont donné lieu"³⁸⁴. Cette dernière modification affirme elle aussi le caractère judiciaire des tribunaux militaires. La cour martiale demeure cependant dépendante du commandement. Les autorités politiques devaient attendre les décisions des tribunaux d'appels avant d'agir dans ce domaine.

³⁷⁹ Précitée, note 377, l'art. 58 abrogeait et remplaçait les par. 252(2) et (3) et l'art. 59 ajoutait les articles 273.1 à 273.5.

³⁸⁰ *Id.*, art. 51 remplaçait l'art. 158.

³⁸¹ *Id.*, l'art. 57 ajoutait les articles 248.1 à 248.9.

³⁸² *Id.*, art. 47 ajoutant l'art. 151.

³⁸³ S.C. 1950, c. 43, art. 57.

³⁸⁴ L.R.C. 1985, c. N-5, art. 66.

ii. L'indépendance des cours martiales

Dans l'arrêt *R. c. Ingebrigtsen*³⁸⁵, la Cour d'appel des cours martiales examina la question constitutionnelle suivante:

Il s'agit donc de savoir si une personne raisonnable, qui est informée des conditions ou garanties d'indépendance judiciaire assurées par la loi ainsi que dans la pratique à un officier nommé à une cour martiale permanente et qui est au courant de l'historique et des traditions y afférentes, considérerait, pour l'application de l'alinéa 1*d*) que cet officier est suffisamment indépendant de ses supérieurs, tant militaires que politiques, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.³⁸⁶

La Cour énonça, d'entrée de jeu, qu'elle doutait de la justesse de l'argument voulant qu'un droit d'appel puisse garantir la tenue d'un procès équitable devant un tribunal de première instance. Elle devait d'ailleurs conclure que l'opinion exprimée par la majorité dans l'affaire *Mackay* n'était plus pertinente³⁸⁷. La Cour analysa ensuite les éléments essentiels de l'indépendance judiciaire tels que formulés dans l'arrêt *Valente c. R.*,³⁸⁸ soit l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif des questions se rapportant à la fonction judiciaire.

³⁸⁵ 5 C.A.C.M 87, 61 C.C.C. (3^e) 541 (renvois subséquents aux C.A.C.M.). La même Cour avait refusé d'examiner cette question dans *Aldred c. R.*, (1987) 4 C.A.C.M. 476, parce qu'on avait omis de présenter un exposé détaillé du cadre législatif pertinent.

³⁸⁶ *Id.*, p. 99.

³⁸⁷ *Id.*, pp. 96-97.

³⁸⁸ [1985] 2 R.C.S. 673.

En ce qui concerne l'inamovibilité, la Cour examina les deux articles de la loi traitant de la nomination du JAG et nota que ce dernier n'était pas tenu expressément d'agir sous la direction d'une autorité désignée. Elle affirma que le JAG semblait bénéficier d'une certaine indépendance institutionnelle en raison de sa nomination par le gouverneur en conseil. La Cour jugea cependant que les dispositions réglementaires et législatives ne protégeaient pas expressément les présidents des cours martiales permanentes contre l'influence hiérarchique induite. Elle indiqua qu'en pratique tous les avocats militaires, y compris ceux nommés par le ministre à des cours martiales permanentes, relèvent du JAG, "sauf dans les cas où, avec le consentement de ce dernier, ils sont désignés par une autorité convocatrice pour agir comme procureurs de la poursuite"³⁸⁹. Étrangement, la Cour affirme que les avocats du cabinet du JAG nommés par l'autorité convocatrice pour agir à titre de procureurs de la poursuite cessent du même coup de relever du JAG. Pourtant, la nomination par l'autorité convocatrice ne change pas le statut de cet officier qui demeure membre du cabinet du JAG. Le procureur agit pour et au nom de l'autorité convocatrice mais demeure aussi soumis à la supervision du JAG. Il relève directement du JAG dans l'exercice de ses fonctions³⁹⁰. En l'espèce, la Cour n'a pas voulu associer le JAG au pouvoir exécutif. Pour la Cour, le fait que le procureur de la poursuite soit un membre du cabinet du JAG ne rend pas ce dernier un instrument de l'exécutif.

³⁸⁹ *Ingebrigtsen*, précitée, note 385, p.101.

³⁹⁰ L'*O AFC* 4-1, art. 1, en vigueur à ce moment prescrivait que: "les avocats militaires de la force régulière ou de réserve qui occupent un poste établi au tableau de l'effectif du Cabinet du juge-avocat général (JAG) relèvent directement du JAG pour l'accomplissement de leurs fonctions".

La Cour affirma que le ministre désignait habituellement à titre de président des officiers occupant des postes de direction précis au sein du cabinet du JAG, mais qu'aucune disposition législative ne prévoyait une telle pratique. Cette nomination n'était pas pour une durée fixe et le ministre pouvait la révoquer de manière arbitraire et discrétionnaire. Pour cette raison, une personne raisonnablement informée n'aurait probablement pas conclu que le président d'une cour martiale permanente était à l'abri de toute intervention de l'exécutif.

La Cour jugea que le président ne possédait pas une sécurité financière parce que le salaire de cet officier, qui est dans effectivement un avocat militaire, était déterminé par le chef de l'état-major de la défense en fonction du mérite; or, le chef d'état-major est en dernier ressort responsable des poursuites.

Pour ce qui est du troisième élément essentiel, soit le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent sur l'exercice des fonctions judiciaires, la Cour conclut qu'il n'y avait rien dans les dispositions institutionnelles concernant les cours martiales permanentes qui allait à l'encontre de l'al. 11 d). L'appelant souleva que le JAG désignait le juge et les avocats qui sont affectés à une cour martiale permanente. La Cour jugea cette situation tout à fait acceptable:

Un représentant du juge-avocat général désigne le juge et un autre représentant désigne l'officier qui assurera la défense si jamais l'accusé décidait de se faire défendre aux frais de l'État. Toutefois, ce dernier peut choisir un avocat civil lui-même. Fait encore plus important, les procureurs de la poursuite sont nommés par l'autorité convocatrice, soit un officier qui ne relève pas de la chaîne de commandement du juge-avocat général, bien qu'il ait un grade supérieur. Le juge-avocat général ou son représentant

doivent consentir à la nomination du procureur puisque celui-ci fait partie du contentieux. [...] À mon avis une personne raisonnable et informée ne conclurait pas que les cours martiales permanentes ne sont pas indépendantes au point de vue institutionnel³⁹¹.

Là encore, la Cour considère que la nomination du procureur de la poursuite par l'autorité convocatrice brise le lien entre le JAG et la poursuite. Pourtant, dans la pratique, ce procureur aura été celui que le JAG ou son représentant auront choisi. Il est aussi assujéti aux directives et aux ordres du JAG dans l'exercice de ses fonctions. À cette époque le président de la cour martiale permanente est aussi le substitut du JAG et n'a aucun degré d'indépendance³⁹². La pratique a fait en sorte que le procureur de la poursuite et le président soient supervisés par le même office: le JAG.

Nous sommes d'avis que la Cour a rendu la bonne décision en concluant que la cour martiale permanente n'était pas à l'abri de l'influence indue du ministre. Elle aurait cependant dû aussi conclure que cette influence indue pouvait provenir du JAG, le mandataire du commandement dans la conduite des poursuites. En accueillant l'appel, la Cour suggéra aux autorités militaires et politiques que des amendements aux *ORFC* pourraient conférer le degré d'indépendance judiciaire requis sur le plan constitutionnel. On modifia par la suite les *ORFC* afin d'assurer une plus grande indépendance aux officiers occupant la charge de président de cour martiale permanente.

³⁹¹ *Id.*, p. 105. C'est nous qui soulignons.

³⁹² Ces officiers et ceux de la poursuite font alors l'objet d'un rapport d'évaluation de rendement préparé par le JAG. Ce rapport détermine dans une large mesure le rythme de promotion et le salaire de ces officiers.

Moins de deux ans plus tard, la Cour suprême du Canada dut décider dans l'affaire *R. c. Généreux*³⁹³, si une cour martiale **générale** était un tribunal indépendant au sens de l'al. 11*d*) de la *Charte*. La Cour déclara que la question de l'indépendance allait au-delà de l'attitude subjective du décideur. L'indépendance de la cour martiale générale doit être déterminée en fonction de son statut objectif. Le tribunal doit non seulement échapper à l'intervention des organes exécutif et législatif, mais aussi à l'influence de toute force extérieure³⁹⁴. M. le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, indiqua qu'il fallait interpréter le droit d'être jugé par un tribunal indépendant dans le contexte où l'existence d'un système parallèle de justice militaire pour le maintien de la discipline dans les forces armées est profondément enracinée dans notre histoire et est justifiée par des motifs impérieux.

La Cour fit l'analyse des trois mécanismes fondamentaux permettant de réaliser l'indépendance de la cour martiale générale. Nous aborderons ici deux des facteurs examinés par la Cour pour déterminer le degré d'indépendance de la cour martiale générale, soit l'inamovibilité et l'indépendance institutionnelle.

D'abord, en ce qui concerne l'inamovibilité, rappelons que le JAG avait depuis 1980 le pouvoir de nommer le juge-avocat à la cour martiale générale³⁹⁵. Depuis 1950, la fonction

³⁹³ [1992] 1 R.C.S. 259, 70 C.C.C. (3^e) 1. Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente). Voir aussi *Forster c. R.*, [1992] 1 R.C.S. 339, rendu au même moment. L'appelant n'a pas mis en doute l'impartialité de la cour martiale générale.

³⁹⁴ *Id.*, p. 283.

³⁹⁵ Voir *supra*, note 373.

de juge-avocat a presque toujours été confiée à un officier membre du cabinet JAG. Dans la pratique, cette nomination était faite par le JAG sur recommandation du juge-avocat en chef, lui-même alors un représentant du JAG. C'est le JAG qui déterminait la durée des affectations des officiers agissant à titre de juge-avocat et ces derniers pouvaient à tout moment se voir assigner à d'autres tâches au sein du cabinet du JAG.

La Cour jugea que le juge-avocat ne bénéficiait pas des garanties d'inamovibilité suffisantes pour satisfaire aux exigences de l'al. 11 d) de la *Charte*:

Dès que la cour martiale s'est acquittée de sa tâche, le juge-avocat et les membres de la cour reprennent leurs fonctions habituelles dans les Forces armées [...] Pour le juge-avocat, cela signifie le retour aux tâches juridiques au cabinet du juge-avocat-général [...] La *Loi sur la défense nationale* et ses règlements d'application ne protègent pas le juge-avocat contre l'ingérence discrétionnaire de l'exécutif. Le juge avocat général, qui est légalement habilité à nommer un juge-avocat à la cour martiale générale, n'est pas indépendant de l'exécutif, mais en fait plutôt partie. En effet, le juge-avocat général fait fonction de mandataire de l'exécutif dans la surveillance des poursuites. [...] [I]l n'y avait objectivement aucune garantie que sa carrière de juge militaire ne serait pas compromise s'il rendait des décisions favorables à l'accusé plutôt qu'à la poursuite³⁹⁶.

La Cour suprême associe le JAG à l'exécutif en raison de sa participation dans le processus de poursuite des infractions. Elle aurait pu ajouter que le JAG est aussi le mandataire de l'exécutif dans la surveillance de la justice militaire.

³⁹⁶ *Id.*, p. 302-303. C'est nous qui soulignons.

Pour ce qui est de l'indépendance institutionnelle, la Cour conclut que la nomination du juge-avocat par le JAG minait l'indépendance de la cour martiale générale³⁹⁷. Elle énonça que:

La nomination du juge-avocat par le juge-avocat général (art. 112. 22 ORFC) sape l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Les rapports étroits entre le juge-avocat général, qui est nommé par le gouverneur en conseil, et l'exécutif, sont évidents. Pour être conforme à l'al. 11*d*) de la *Charte*, la nomination d'un juge militaire pour occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial. La nomination effective du juge-avocat par l'exécutif pourrait, objectivement, faire naître une crainte raisonnable quant à l'indépendance et l'impartialité du tribunal.³⁹⁸

Le JAG n'est pas un officier de justice indépendant et impartial vis-à-vis le commandement. Ces liens étroits avec l'exécutif avaient donc mis en péril l'existence des cours martiales. Il fallait maintenant des mesures visant à éloigner le JAG, donc le commandement, de la fonction judiciaire auprès des cours martiales.

³⁹⁷ Les membres de la cour martiale générale ne jouissaient pas non plus de l'indépendance institutionnelle nécessaire. La Cour jugea qu'ils ne devaient pas être nommés par l'autorité convocatrice qui nomme aussi le procureur de la poursuite. Les membres de certaines cours martiales tenues après l'arrêt *Genéreux* furent nommés par le sous-ministre adjoint au personnel de la défense nationale. Ce dernier n'était pas l'officier convocatéur de ces cours. Dans l'arrêt *R. c. Deneault* (1994) 167 N.R. 138 (C.A.C.M.), la Cour décida que: "The appointment of members by Adm (Per) has brought the judicial process even closer to the political process". Pour cette raison, la Cour suggéra que les membres de la cour martiale devraient être nommés par le juge militaire en chef. Quelques jours plus tard, les *ORFC* furent modifiés afin de prévoir la nomination des membres de la cour par le juge militaire en chef.

³⁹⁸ *Genéreux*, p. 310.

b. Sur l'office du JAG

Le statut et le rôle du JAG dans le système de justice militaire n'ont jamais fait directement l'objet d'un examen par les tribunaux. Comme nous l'avons vu, ce n'est que de manière incidente à l'étude des tribunaux militaires que le statut du JAG fut abordé. Les cours n'ont pas remis en question l'existence de l'office au Canada. La Cour d'appel des cours martiales dans l'affaire *Ingebrigston* affirmait cependant:

Le poste de juge-avocat général au sein des Forces canadiennes est certes en évolution constante. Aucune tradition d'indépendance par rapport aux supérieurs militaires et politiques, qu'elle ait été par le passé liée à la charge et héritée de la Grande-Bretagne avec l'ensemble du droit militaire ou qu'elle ait été établie au Canada même, ne semble exister à l'heure actuelle. Je tire cette conclusion avec regret.³⁹⁹

Le fait que la Cour déplore la dépendance du JAG envers le commandement témoigne de sa méconnaissance du rôle et du statut traditionnel du JAG au Canada. La Cour semble prendre pour acquis le statut judiciaire de l'office. Comme nous l'avons déjà dit, elle a refusé d'associer le JAG au pouvoir exécutif même si celui-ci est le mandataire du commandement dans la poursuite des infractions. Ceci explique pourquoi elle affirme implicitement que le JAG, office judiciaire, devrait bénéficier d'une indépendance face à ses supérieurs militaires et politiques. Or, comme l'a reconnu la Cour suprême, le JAG n'est pas un office judiciaire. Il a toujours été chez nous un instrument de l'exécutif.

³⁹⁹ Précité, note 385, p. 107

La confusion entourant le statut du JAG après 1950 s'explique par le fait qu'à première vue, la *Loi* semble faire de lui un personnage judiciaire alors que la tradition, la pratique et les *ORFC* en font un outil de l'exécutif. Le nom de l'office ne fit qu'amplifier cette ambiguïté. Un examen plus approfondie permet toutefois rapidement de constater d'abord que les fonctions du JAG dans la loi ne confère aucun pouvoir normalement associée à un office judiciaire et ensuite que ses fonctions existent pour appuyer l'exercice de la prérogative résiduelle du commandement. Somme toute, ses fonctions font du JAG un conseiller de l'exécutif. Donc, tant les rôles conférés par la *Loi* que la pratique associent le JAG à l'exécutif.

Ceci dit, comment peut-on expliquer le fait que des représentants du JAG aient exercé les fonctions indubitablement judiciaires de présidents de cours martiales permanentes et juges-avocats des cours martiales générales et disciplinaires? Nous offrons à cette interrogation les deux réponses suivantes. D'abord, certaines personnes, comme le brigadier général Lawson et les membres de la Cour d'appel des cours martiales dans l'affaire *Ingebrigtson*, croyaient au statut judiciaire du JAG en dépit de ses liens étroits avec l'exécutif. Pour eux, il était donc normal qu'il exerce des fonctions judiciaires auprès des cours martiales. Pour cela, ils devaient se convaincre du fait que le JAG n'avait aucun rôle dans la poursuite des infractions puisque le procureur de la poursuite est nommé par l'autorité convocatrice. Ils devaient aussi ignorer le fait que le procureur agit sous la supervision du JAG. Ils se refusaient à considérer les autres fonctions du JAG ainsi que les liens étroits qui l'unissent à l'exécutif. Cette conception judiciaire de l'office s'appuyait sur le fait que le JAG

est nommé par le gouverneur en conseil et que la *Loi* ne le rend pas directement redevable devant l'exécutif. Comme nous l'avons indiqué, cette conception est tout à fait contredite par la pratique, les *ORFC* et par les rôles conférés au JAG dans la *Loi*.

Ensuite, pour la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mackay*, les fonctions judiciaires des cours martiales peuvent être exercées par le commandement parce qu'elles l'ont toujours été. Ils ne font pas de distinction entre le JAG et un autre officier des forces armées. Ils admettent volontiers le caractère exécutif de l'office du JAG. Ils acceptent que dans un système dominé par la prérogative du commandement, le JAG puisse exercer des fonctions judiciaires. Ces fonctions sont exercées par et pour le commandement. La faute fut donc, dans le premier cas, d'octroyer un titre et des fonctions judiciaires à un office clairement exécutif et, dans l'autre, de croire qu'un office exécutif pouvait, même après la *Charte*, remplir des fonctions judiciaires.

Les modifications législatives et réglementaires apportées à la suite des arrêts *Ingebrigton* et *Généreux* ont eu pour objet principal d'assurer aux cours martiales une plus grande indépendance face à l'exécutif. Ces modifications ont aussi eu des répercussions directes sur le JAG.

Dans l'affaire *Ingebrigton*, la Cour d'appel des cours martiales avait affirmé que les rôles de poursuivant et de juge pouvaient être remplis par des membres du cabinet du JAG. Pour cette raison, on stipula par règlement en 1991 que les officiers accomplissant les

fonctions judiciaires de président de cour martiale permanente et de juge-avocat d'une cour martiale générale ou disciplinaire devaient être affectés à un poste de juge militaire inscrit au tableau de l'effectif du Cabinet du juge avocat général⁴⁰⁰. Ces officiers cessent cependant d'être sous le commandement du JAG durant leur affectation. Leur nomination à un tel poste doit être d'une durée normale fixe de quatre ans et ne doit pas être de moins de deux ans. Ces officiers ne peuvent être tenus d'accomplir d'autres tâches que celles relevant de leur poste. On modifia la manière dont leur salaire est déterminé afin de leur garantir une plus grande sécurité financière⁴⁰¹. Ils ne font plus l'objet d'une évaluation de leur rendement par le JAG. Selon la Cour suprême, ces modifications ont remédié en grande partie aux lacunes notées en matière d'indépendance des cours martiales⁴⁰². Le ministre peut révoquer sur recommandation d'un comité d'enquête la désignation d'un officier occupant des fonctions judiciaires pour motifs d'infirmité, manquement à l'honneur et à la dignité, manquement aux devoirs de sa charge ou en raison d'une situation d'incompatibilité imputable à l'officier ou à toute autre cause⁴⁰³. Le président du comité d'enquête sur les plaintes ou accusations formulées à l'endroit d'un officier occupant des fonctions judiciaires est le juge-avocat général⁴⁰⁴. Celui qui surveille la poursuite, et dans bien des cas la défense des accusés, est donc celui qui déterminera la validité des plaintes émises à l'endroit des juges. Nous croyons

⁴⁰⁰ *ORFC*, art. 4.09

⁴⁰¹ Voir *ORFC* 204.218.

⁴⁰² *Généreux*, pp. 305,307, 309.

⁴⁰³ Voir *ORFC* 101.16

⁴⁰⁴ Voir *ORFC* 101.15.

que cette disposition met en péril l'indépendance des juges militaires. Les plaintes formulées à l'endroit des juges devraient être entendues par un comité impartial et qui n'a donc aucun lien direct avec l'exécutif ou l'accusé.

La constitution récente du cabinet du juge militaire en chef à titre d'unité des Forces canadiennes éloigne une fois pour toute le JAG de la fonction judiciaire auprès des cours martiales et confirme son statut exécutif⁴⁰⁵. Son rôle auprès du commandement a lui aussi subi les contrecoups de la judiciarisation de la justice militaire. En effet, le rôle du JAG dans le processus d'appel fut aboli et plusieurs doutent maintenant de l'utilité et de l'opportunité de ses fonctions dans le processus de révision des décisions des cours martiales.

En 1990, la Cour fédérale déclara inconstitutionnelle la procédure relative aux appels sur la sévérité des sentences prononcées par les tribunaux militaires. Selon la Cour, cette procédure violait le droit de l'appelant à une procédure équitable et au bénéfice de la règle *audi alteram partem*⁴⁰⁶. Comme nous l'avons indiqué, la loi confiait au JAG la tâche de recevoir l'avis d'appel de la sentence et de le transmettre à l'autorité appropriée. Dans la pratique, des représentants du JAG avaient aussi la responsabilité de conseiller cette autorité dans le processus d'examen de la sentence. Ces juristes étudiaient la preuve présentée par l'appelant et transmettaient un résumé de celle-ci à l'adjudicateur. Le défaut de communiquer

⁴⁰⁵ Ce changement devrait avoir un impact sur la procédure de révision des plaintes à l'endroit des juges. L'*ORFC* 101. 15 n'a cependant pas encore été modifié.

⁴⁰⁶ *Duncan c. R.*, [1990] 3 C.F. 560 (1^{ère} inst.).

l'ensemble des représentations soumises par l'appelant à l'autorité décisionnelle fut jugé inconstitutionnel par la Cour. Bien que cette décision n'ait pas déclaré inconstitutionnelle la disposition législative prévoyant les appels des sentences devant le commandement, le législateur modifia la loi afin de prévoir que tous les appels portant sur la sentence seraient dorénavant présentables devant la Cour d'appel des cours martiales⁴⁰⁷. L'attribution de cette compétence à la Cour d'appel se faisait encore une fois aux dépens de la prérogative du commandement. Le JAG venait quant à lui de perdre l'une de ses plus importantes responsabilités auprès du commandement. Le JAG n'a plus aucun rôle dans le processus d'appel.

Le rôle du JAG dans le processus de révision pourrait bientôt lui aussi disparaître. En effet, la prérogative permettant de modifier les décisions des cours martiales apparaît inopportune et superfétatoire dans le système actuel. Des cours martiales judiciaires et indépendantes et un droit d'appel complet devant une Cour d'appel civile confirment la volonté des tribunaux et du législateur d'exclure l'exécutif du processus judiciaire militaire. De plus l'octroi en 1991 d'un droit d'appel au ministre de la Défense nationale a rendu improbable l'exercice de son pouvoir de révision des décisions des cours martiales. En acceptant le droit d'appel, le ministre reconnaît définitivement le caractère judiciaire des décisions des cours martiales et la suprématie du pouvoir judiciaire militaire et civil sur sa

⁴⁰⁷ *Loi modifiant le Code Criminel (trouble mentaux) et modifiant en conséquence la Loi sur la défense nationale et la Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1991, c. 43, art. 21 remplaçant l'art. 230. On en profita aussi pour abroger les autres dispositions législatives accordant un rôle au JAG dans le processus d'appel.

prérogative de révision. Le ministre est devenu un simple participant dans le processus. Cela dit, il serait opportun que le ministre conserve un pouvoir de pardon et de remises pouvant être invoqué dans des cas exceptionnels⁴⁰⁸. Pour ces raisons, la révision automatique par le JAG de la légalité des sentences et des verdicts de toutes les cours martiales n'ayant pas fait l'objet d'un appel ne semble plus nécessaire.

CONCLUSION

Le ministre associé de la Défense nationale, Marie Collins, disait en 1992 à l'occasion de la présentation du projet de loi C-77, *Loi modifiant la loi sur la défense nationale*:

Nous vivons, au plan juridique, une période de changement important, et il en est ainsi depuis l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés il y a dix ans [...] Les membres des Forces armées jouissent de la même protection que les autres Canadiens devant la loi, y compris la loi militaire. Quant un militaire commet un acte criminel, il a le droit, comme tout autre citoyen canadien, d'avoir recours aux services d'un avocat, de garder le silence, de connaître les raisons de son arrestation ou de sa détention et d'avoir un procès, même devant une cour martiale.

Bref, les forces armées canadiennes ne fonctionnent pas en vase clos [...] On parle aujourd'hui de la fusion de deux éléments essentiels de la société canadienne. La première est la fière tradition que représente au Canada une armée efficace et dévouée, fondée sur la qualité essentielle qu'est la discipline. La deuxième est le respect essentiel des droits de la personne, qui est à la base même de notre société⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Comme celui prévu aux articles 748, 748.1 et 749 du *Code criminel du Canada*.

⁴⁰⁹ *Débats de la Chambre des communes*, pp. 10251,10254 (6 mai 1992). L'arrêt *R. c. Reddick* (1997), 112 (3^e) 491, C.A.C.M. 393, 26 déc. 1996, pp.1-17 (version française non publiée), p. 16, exprime l'évolution de la justice militaire depuis 1950 :

Les membres des Forces canadiennes sont des citoyens canadiens. Depuis le milieu du présent siècle on accepte le principe, qu'en règle générale, les lois et les procédures régissant leur conduite devraient être les mêmes que pour les autres citoyens sauf lorsqu'il existe des motifs clairs pour qu'elles s'en démarquent. La reconnaissance de ce principe a eu des conséquences importantes sur la justice militaire. Elle marque le point de départ d'un profond mouvement visant à faire de la justice militaire une justice à part entière.

Pour réaliser ce but, il fallait rapprocher la procédure judiciaire militaire de la procédure pénale ordinaire. Ce rapprochement continu a eu pour effet d'affaiblir la prérogative du commandement sur le système. La domination du pouvoir exécutif sur l'appareil judiciaire militaire s'opposait jusqu'à tout récemment au droit fondamental de l'accusé d'être jugé d'une manière impartiale par un tribunal indépendant.

Les changements apportés au système sont considérables. Le système de justice militaire était jusqu'à une époque récente dominé par l'exercice d'une prérogative exécutive quasi absolue qui excluait le principe de la règle de droit. En quelques décennies, ce système

Ainsi, la justice militaire n'est pas considérée comme une exception notable au système de justice fondamentale garanti par la Charte. Par suite des arrêts rendus comme l'arrêt Généreux, et de nombreuses modifications législatives et administratives qui ont été apportées, le système a été modifié en vue d'améliorer l'indépendance des cours martiales et la conduite des procès. Dans la mesure où l'ancienne condition relative à l'existence d'un lien présupposait une anthithèse entre, d'une part, la justice militaire, et d'autres part, la Déclaration canadienne des droits et la Charte, la conception judiciaire moderne a consisté à essayer de rapprocher ces éléments et de les rendre plus harmonieux.

en est venu à ne plus être considéré comme une exception notable aux principes de justice fondamentale garanti par la *Charte*. La justice militaire est dorénavant administrée par des tribunaux indépendants du pouvoir exécutif. La cour martiale s'est judiciarisée. Le juge-avocat, un juriste, décide maintenant pour la cour martiale des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit. La majorité des infractions pénales militaires sont jugées par la cour martiale permanente constituée d'un avocat désormais indépendant du JAG.

Pour certains, l'éloignement du commandement de la fonction judiciaire, donc du pouvoir de punir, aura pour conséquence de réduire son autorité sur le soldat et entraînera du même coup la dégradation de la discipline. Nous sommes plutôt d'avis qu'un système qui garantit au militaire l'exercice de ses droits fondamentaux dans le processus judiciaire, dont le droit à un procès devant un tribunal impartial et indépendant, contribue à rehausser sa confiance et son respect envers l'administration de la justice et ses supérieurs hiérarchiques. Cette confiance et ce respect concourent au bon moral essentiel au maintien de l'ordre et de la discipline au sein des forces armées.

Le commandement demeure le poursuivant des infractions pénales militaires et maintient un pouvoir de modifier les décisions des cours martiales. Même dans son rôle de poursuivant, le commandement n'est plus à l'abri de la supervision des tribunaux civils. Ces derniers sont plus que jamais disposés à intervenir pour scruter son exercice⁴¹⁰. Presque tous

⁴¹⁰ Dans l'affaire *Forster c. Buckam et als.* (1994), 108 D.L.R. (4) 690, 3 W.W.R 364 (A.Q.B.), conf. par (1995), 127 D.L.R. (4^e) 184 (C.A.), on décida que les officiers qui autorisent des poursuites en vertu du code de justice militaire pouvaient être poursuivis en

les aspects de l'administration de la justice militaire sont désormais contrôlés par le pouvoir judiciaire⁴¹¹. Le vaste pouvoir du ministre d'altérer les décisions des cours martiales apparaît aujourd'hui désuet et il est désormais peu probable qu'il soit utilisé.

La justice militaire qui existait au Canada au moment de la création de l'office du JAG a été complètement transformée. Le système actuel reconnaît la nécessité de séparer le pouvoir exécutif du pouvoir judiciaire. Il admet que la discipline puisse être maintenue autrement que par l'exercice d'un pouvoir absolu par le commandement. Somme toute, le commandement est maintenant relégué au rôle de poursuivant devant les cours martiales.

L'affaiblissement de la prérogative du commandement sur la justice militaire au profit d'un pouvoir judiciaire indépendant a eu des conséquences importantes sur l'office du JAG. Ce dernier n'a pas su, comme au Royaume-Uni, développer une identité judiciaire distincte du commandement. Le JAG n'a jamais été indépendant du pouvoir exécutif. Sa nomination par le gouverneur en conseil et le fait que la *Loi* ne prévoit pas qu'il doit rendre des comptes à l'exécutif semblaient pourtant lui octroyer une telle indépendance. Le statut militaire du

dommages et intérêts s'ils agissaient de façon malicieuse et sans motifs raisonnables et probables. En l'espèce, la Cour conclut que le commandant avait agi malicieusement en initiant des accusations et en emprisonnant le major Forster. La Cour condamna *Buckam* à verser à la demanderesse la somme de \$40000 pour poursuite malicieuse et \$5000 pour avoir l'avoir illégalement emprisonnée.

⁴¹¹ Dans l'arrêt *Glowczeski c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1989), 27 F.T.R. 112 (1^{re} inst.), la Cour fédérale ordonna la libération d'un militaire emprisonné à la suite d'un procès sommaire par commandant. Elle jugea que l'absence de mesure permettant la libération de l'accusé avant l'audition de sa requête en prohibition violait ses droits fondamentaux.

tenant de l'office, la vigueur de la prérogative du commandement et la tradition de dépendance établie dans la structure hiérarchique devaient cependant garantir la subordination du JAG à l'exécutif.

Le JAG est un allié du commandement. Il appuie ce dernier dans l'exercice de sa prérogative. Ceci s'affirme après 1950, alors qu'il devient mandataire de l'exécutif dans la poursuite des infractions. La multitude de rôles qu'il exerça au cours des décennies suivantes témoigne de l'emprise résiduelle de la prérogative du commandement sur le système. Le déclin de la prérogative a eu comme conséquence d'éloigner graduellement le JAG des rôles judiciaires auprès des cours martiales. La décision récente de constituer l'office du juge militaire en chef l'écarte complètement de la fonction judiciaire auprès de ces cours. Il conserve comme fonctions principales celles reliées à la poursuite et à la défense des accusés devant les cours martiales. Comme nous l'avons indiqué, le rôle du JAG dans le processus de révision nous apparaît aujourd'hui superflu et devrait être par conséquent aboli. Les autres fonctions attribuées au JAG dans la *Loi sur la défense nationale* devraient être confiées, en raison de leur caractère judiciaire, à une entité indépendante de l'exécutif comme celle du juge militaire en chef.

Le système de justice militaire canadien doit être constitué d'institutions qui reflètent ses valeurs et ses réalités. À plusieurs égards, le titre de JAG évoque un système de justice militaire d'une époque maintenant révolue. Ces attributions principales actuelles n'existaient même pas au moment de la création de l'office au début du siècle. Nous croyons qu'il y

aurait lieu d'abolir l'office connu sous le nom de JAG. Il devrait être remplacé par un nouveau personnage militaire appelé "avocat général" ou, comme le suggère la Commission d'enquête sur la Somalie, "Directeur général des services juridiques". Nous croyons que les changements législatifs requis devraient lui conférer la direction des poursuites pénales militaires. Il pourrait aussi agir à titre de conseiller juridique du ministère et des Forces canadiennes concernant le droit militaire dans le sens plus large du terme. Il y aurait par ailleurs lieu d'adopter des mesures visant à prévenir l'influence hiérarchique indue et reconnaître à ce personnage un degré d'indépendance dans le cadre de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite. En ce qui concerne les avocats militaires ayant pour fonction la défense des accusés, nous sommes d'avis qu'ils devraient être complètement indépendants de ce personnage et former, comme les juges militaires, une unité distincte et indépendante au sein des Forces canadiennes. L'indépendance des divers participants dans le processus judiciaire militaire contribuera à garantir à l'accusé une justice pleine et entière.

Le dépôt de cette thèse coïncide avec celui d'un projet de loi qui préconise le maintien de l'office du JAG. Ce projet de loi⁴¹² affirme le caractère militaire de l'office du JAG et son rôle de "conseiller juridique du gouverneur général, du ministre, du ministère et des Forces

⁴¹² P.L. C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquences*, 1^{re} sess., 36^e Parl., 1997 (1^{re} lecture le 4 décembre 1997).

canadiennes pour les questions de droit militaire”⁴¹³. Ses attributions actuelles conférées par la *Loi sur la défense nationale* sont presque toutes abolies⁴¹⁴. Le JAG cesserait d’effectuer la révision de la légalité de toutes les décisions des cours martiales qui n’ont pas fait l’objet d’un appel. Le commandement maintiendrait son pouvoir de modifier les décisions des cours martiales. La révision des décisions des cours martiales se ferait sur demande de l’accusé. Ce pouvoir serait exercé par le gouverneur en conseil et non par le ministre comme c’est le cas actuellement. Le projet de loi ne précise pas le rôle du JAG dans le processus de révision. On peut cependant raisonnablement affirmer que le JAG conseillerait le commandement dans l’exercice de sa prérogative.

Le projet de loi établit le poste de Directeurs des poursuites militaires⁴¹⁵ et celui de Directeur du service d’avocats de la défense. Ces deux directeurs, qui sont aussi des officiers, seraient nommés par le ministre mais exerceraient leurs fonctions sous la direction générale du JAG. Le projet de loi n’indique pas si le travail de ces officiers et de ceux qui seraient

⁴¹³ *Id.*, art. 2 ajoutant l’article 9.1. Le nouvel article 10.1 précise toutefois que “l’article 9.1 ne modifie en rien les attributions du ministre de la Justice et procureur général du Canada que lui confère la *Loi sur le ministère de la Justice*”.

⁴¹⁴ *Id.*, art. 82 ajoutant l’article 248.16, stipule qu’une demande de nouveau procès en cas de découverte d’éléments de preuve nouveau serait soumise au ministre qui pourrait alors la renvoyer devant la Cour d’appel des cours martiales qui trancherait comme s’il s’agissait d’un appel. Le ministre pourrait aussi demander l’opinion de la Cour qui serait tenue de donner son avis. L’article 45 remplaçant le paragraphe 184 (1) prévoit que le juge militaire en chef serait l’autorité chargée de désigner une personne afin de recueillir un témoignage par voie de commission rogatoire.

⁴¹⁵ *Id.*, article 45 ajoutant le paragraphe 165.17(1). Le paragraphe 165.17(3) stipule que le JAG peut établir des lignes directrices ou donner des instructions en ce qui concerne une poursuite en particulier.

membres de ces Directions ferait l'objet d'un rapport d'évaluation du rendement duquel dépendrait leur salaire et leur avancement.

Il n'est pas évident que la structure de l'office du JAG proposée par ce projet de loi soit idéale. D'abord le JAG serait appelé d'une part, à superviser les poursuites des infractions pénales militaires et d'autre part, à conseiller le gouverneur en conseil sur la légalité des décisions des cours martiales dans le cas d'une demande de révision faite par l'accusé. On maintiendrait donc le statu quo qui place le JAG dans une position potentiellement conflictuelle. Ensuite, en confiant au JAG la supervision des directions du service d'avocats de la défense et des poursuites militaires on confirmerait l'état actuel des choses qui tend, selon nous, à miner la crédibilité des avocats de défense militaires et à nuire à l'image par ailleurs bonifiée de la justice militaire.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES

ADYE, S.P., *A Treatise on Courts Martial*, 7^e éd., Londres, T. Malden, 1805, 292 pp.

AUGIER C. & LE POITEVIN, G., *Traité pratique et théorique de droit pénal militaire*, t. 1, Paris, Sirey, 1905, 346 pp.

BABINGTON, *For the Sake of Exemple: Capital Courts-Martial 1914-1920*, New York, St-Martin's Press, 1983, 238 pp.

BEAUDOIN, G.A., *Le partage des pouvoirs*, 2^e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, 527 pp.

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol., 1, 17^e éd., Londres, R. Taylor, 1830, 485 pp.

CANADIAN MILITARY INSTITUTE, *Officers of the British Forces in Canada during the War of 1812-1815*, Toronto, Welland Tribune, 1908, 309 pp.

CHILDS, J.C.R., *The Army of Charles II*, Toronto, University of Toronto Press, 1976, 304 pp.

CHILDS, J.C.R., *The British Army of William III 1689-1702*, Manchester, Manchester University Press, 1987

CLODE, C.M., *The Administration of Military and Martial Law*, Londres, John Murray, 1874, 411 pp.

CLODE, C.M., *The Military Forces of the Crown: Their Administration and Government*, vol. 1, Londres, John Murray, 1869, 596 pp.

CLODE, C.M., *The Military Forces of the Crown: Their Administration and Government*, vol. 2, Londres, John Murray, 1869, 804 pp.

CRUICKSHANK, C.G., *Army Royal: Henry VIII's Invasion of France 1513*, Oxford, Clarendon Press, 1969, 223 pp.

DAIN, A & MASON, P., *Sophocle*, t. 2, Paris, Les Belles Lettres, 1972, 194 pp.

- DAGNAUD, A. & DOZAT, O., *Dictionnaire (inattendu) des citations*, Paris, Hachette, 1983, 681 pp.
- DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Constitution*, Londres, Macmillan, 1961, 535 pp.
- DE HART, W.C., *Observations on Military Law and the Constitution and Practice of Courts Martial*, New York, Wiley & Putman, 1846, 433 pp.
- EAYRS J., *In Defense of Canada From the Great War to the Great Depression*, Toronto, University of Toronto Press, 1964, 382 pp.
- FRIEDLAND, M.L., *Contrôle de l'inconduite dans les forces armées*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997, 208 pp.
- GENEROUS, W.T., *Sword and Scales*, Washington, National University Press, 1973, 250 pp.
- GODLEY, H., *Manual of Military Law*, 7^e éd., Londres, H.M.S.O., 1929, 1068 pp.
- GROSE, F., *Military Antiquities Respecting a History of the English Army From the Conquest to the Present Time*, vol. 1, 2^e éd., Londres, Egerton et als., 1801, 412 pp.
- HALE, M., *The History of the Common Law of England*, Chicago, Chicago University Press, 1971, 173 pp.
- HOUGH, W., *The Practice of Courts-Martial*, 2^e éd., Londres, Kingsbury, Parbury & Allen, 1825, 1000 pp.
- JENKS, E., éd., *Stephen's New Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, 14^e éd., Londres, Butterworth, 1903, 782 pp.
- JENKS, E., éd., *Stephen's New Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, 14^e éd., Londres, Butterworth, 1903, 776 pp.
- JONES, D., *Notes on Military Law*, Ottawa, Maclean & Rogers, 1880, 78 pp.
- KEIR, D.S., *The Constitutional History of Modern Britain Since 1485*, 8^e éd., New York, W.W. Norton, 1967, 600 pp.
- LEMAY, G.H.L. *The Victorian Constitution*, New York, St-Martin's, Press, 1979, 243 pp.

- MORGAN, H.J., *The Canadian Men and Women of the Time*, 2^e éd., Toronto, W. Briggs, 1912, 1218 pp.
- MORTON, D., *Une histoire militaire du Canada 1608-1991*, Québec, Septentrion, 1992, 414 pp.
- PASCAL, B., *Pensées*, Paris, D'Art H. Piazza, 1928, 260 pp.
- PRATT, S.C., *Military Law : Its Procedure and Practice*, 18^e éd., Londres, Paul, Trench, Trübner, 1910
- PUTKOWSKI J. & SYKES J., *Shot at Dawn*, Londres, Leo Cooper, 1992, 302 pp.
- SAMUEL, E., *Historical Account of the British Army and the Law Military*, Londres, W. Clowes, 1816, 734 pp.
- SCOULLER, R.E., *The Armies of Queen Anne*, Oxford, Clarendon Press, 1966, 420 pp.
- SIMMONS, T.F., *Remarks on the Constitution and Practice of Courts Martial*, 2^e éd., Londres, F. Pinkney, 1835, 587 pp.
- SINGER, B.M. & LANFORD, R.J.S., *Handbook of Military Law*, Toronto, Copp Clark, 1941, 272 pp.
- STACEY, C.P., *Armes, hommes et gouvernements*, Ottawa, Information Canada, 1970, 747 pp.
- STANLEY, G.F.G., *Canada's Soldiers : The Military History of an Unmilitary People*, Toronto, Macmillan, 1960, 449 pp.
- SQUIBB, G.D., *The High Court of Chivalry*, Oxford, Clarendon Press, 1959, 301 pp.
- TODD, A., *On Parliamentary Government in England*, vol. 1, 2^e éd., Londres, Longmans, 1887, 844 pp.
- TURNER, J., *Pallas Armata: Military Essays on the Ancient Grecian, Roman and Modern Art of War*, Londres, R. Chiswell, 1683, 372 pp.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF THE ARMY, *The Army Lawyer: A History of the Jag Corps, 1775-1975*, Government Printing Office, 1976, 278 pp.
- WATKIN, K., *Canadian Military Justice: Summary Proceedings and the Charter*, Thèse de maîtrise en droit, Université Queen's, 1990 [non publiée].

WINTHROP, W., *Military Law and Precedents*, 2^e éd., Washington, Government Printing Office, 1920, 1111 pp.

ARTICLES

ANSELL, S.T., "Military Justice" (1919) 5 Cornell L.Q. 1-17.

BOGERT, G.G., "Courts Martial; Criticisms and Proposed Reforms" (1919) 5 Cornell L.Q. 18-47.

CORRY, D.J., "Military Law and the *Charter*" (1986) 24 Osgoode L.J. 67-120.

COX, W.T., "The Army, the Courts, and the Constitution : the Evolution of Military Justice" (1987) 118 Mil. L.R. 1-30.

DENISTOUN, R.M., "Canadian Military Law Overseas, (1920) 56 Can. L.J. 41-50.

E.T.E.M., "The Judge Advocate General" (1948) 92 Solicitor's Journal 566.

FERRIS, A., "Military Justice: Removing the Probability of Unfairness (1994) 63 U. Cincinnati L.R. 439-495.

GILBERT, A.N., "Military and Civilian Justice in the Eighteenth-Century England: An Assessment" (1978) 57;2 J. British Studies 41-65.

GRIFFITH, J.A.G., "Justice and the Army" (1947) 10 Modern L.R. 292-303.

HEARD, A.D., "Military Law and the *Charter of Rights*" (1988) 11 Dalhousie L.J. 515-545.

HODGINS, W.E., "Military Law; Its Origin, Development, and Application" (1910) 30 Can. L.T. 485-496.

HOLLAND, D.C., "The Law of Courts Martial" (1950) 3 Current Legal Problems 173-194.

HOLLIES, J.H., "Canadian Military Law" (1961) 13 Mil. L.R. 69-87.

HOLTZOFF, A., "Administration of Justice in the United States Army" (1947) 42 N.Y.U.L.Q. 1-18.

LAWSON, W. J., "Canadian Military Law" (1951) 29 Can. Bar Rev. 241-255.

- MCDONALD, R.A., "Le sentier de la discipline; les racines historiques du code de justice militaire canadien" (1985) 1 J. JAG. F.C. 1-30.
- MODRIK, O., "Military Justice : Goals and Identity" (1992) 31 Rev. Dr. Mil. & Dr. de la Guerre 202-216.
- MORGAN-OWEN, J.G., "The Attitude of the Public in the United Kingdom to the Administration of Justice in the Armed Forces" (1980) 19 Rev. Dr. Pén. Mil. & Dr. de la Guerre 356-360.
- NOTE, "Military Justice Association Urges Check on Command Control" (Avr. 1948) 34 Am. Bar Ass. J. 288-289.
- PASLEY, R.S., "A Comparative Study of Military Justice Reforms in Britain and America (1953) 6 Vanderbilt L.R. 305-332.
- RUBIN, G.R., "The Status of the Judge Advocate General of the Forces in the United Kingdom since the 1930's (1994) 33 Rev. Dr. Mil. & Dr. de la Guerre 243-272.
- RUBIN, G.R., "Parliament, Prerogative and Military Law: Who had Legal Authority Over the Army in the later Nineteenth Century" (Avr. 1997) 18 J. Legal History 45-84.
- SCHLUETER, D.A., "The Court-Martial: An Historical Survey (1980) 87 Mil. L. R. 129-166.
- SHERMAN, E.F., "The Civilianization of Military Law, (1970) 20 Maine L.R. 3-103.
- STARKMAN, B., "Canadian Military Law : the Citizen as Soldier" (1965) 43 Can. Bar Rev. 414-452.
- STUART-SMITH, J., "Military Law: Its History, Administration and Practice, (1969) 85 L.Q. Rev. 478-504.
- STUART-SMITH, J., "Without Partiality Favour or Affection" (1963) 2 Rev. Dr. Pén. Mil. & Dr. de la Guerre 223-248.
- VON ARNOLD, F., "British Military Law and the Supervision of its Application" (1988) 27 Rev. Dr. Pén. Mil. & Dr. de la Guerre 471-512.
- WALKER, J., "Military Justice: From Oximoron to Aspiration" (1994) 32 Osgoode L.J. 1-32.

WALLSTEIN, L.M., "The Revision of the Army Court-Martial System" (1948) 48 Columbia L.R. 219-236.

WEST, L.C. "A History of Command Influence on the Military Justice System" (1970) 18 U.C.L.A. L. Rev. 1-156.

RAPPORTS

ARMY HEADQUARTER HISTORICAL SECTION, *Report no. 91: Some Aspects of Disciplinary Policy in Canadian Services 1914-1946*, Ottawa, juillet 1960, 131 pp.

NATIONAL DEFENCE HEADQUARTERS, *The National Defence Act: Explanatory Material*, Ottawa, 1 nov. 1950, 322 pp.

Rapport du groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire, 14 mars 1997, 78 pp. (Président: B.Dickson)

Rapport au Premier ministre sur le leadership et l'administration dans les Forces canadiennes, l'Hon. M.D. Young, 25 mars 1997, 63 pp.

Un héritage déshonoré: les leçons de l'affaire somalienne - Rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, 5 vols., Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 30 juin 1997, 1872 pp. (Président: Hon. Gilles Létouneau).

Report of the Army and Air Force Committee 1946, Londres, H.M.S.O. 1949, 68 pp. (Président: Hon. Juge Lewis).

SPECIAL COMMITTEE ON BILL 133, *An Act Respecting National Defence: Minutes of Proceedings and Evidence*, Ottawa, E. Cloutier, 1950, 360 pp.

TABLE DE LA LÉGISLATION ET AUTRES ACTES GOUVERNEMENTAUX

1. CANADA

A. Lois/Actes

Acte concernant la Milice et la Défense de la puissance du Canada, S.C. 1868, c. 40.

Acte concernant la Milice et la Défense du Canada, S.C. 1904, c. 23.

Acte de la Milice, S.R.C. 1927, c. 132.

Loi sur la défense nationale, 1922, S.C. 1922-1923, c. 34.

Loi sur les forces en visite de la communauté britannique, S.C. 1932-1933, c. 21.

Loi sur la défense nationale, S.C. 1950, c. 43.

Loi modifiant la Loi sur la défense nationale, S.C. 1959, c. 5.

Déclaration canadienne des droits et libertés, S.C. 1960, c. 44.

Loi sur la défense nationale, S.C. 1966-1967, c. 96.

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c. N-4.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5.

Loi de modification législative (Charte canadienne des droits et libertés), L.R.C. 1985 (1^{er} supp.), c. 31.

Code criminel du Canada, L.R.C. 1985, c. C-46.

Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant en conséquence la Loi sur la défense nationale et la Loi sur les jeunes contrevenants, S.C. 1991, c. 43.

P.L. C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 1^{er} sess., 36^e Parl., 1997.

B. Ordonnances et règlements

Ordonnances et règlements royaux applicables à la Milice canadienne, 1910

Ordre général de la Milice canadienne n° 133, Gaz. C. 25 novembre 1911.

Ordre général de la Milice canadienne n° 166, Gaz. C. 24 août 1912.

Ordonnances et règlements royaux applicables à la Milice canadienne, 1926.

Ordonnances et règlements royaux applicables à la Milice canadienne, 1939.

Ordonnances et règlements royaux applicables à l'Armée canadienne, 1951.

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes.

2. ROYAUME-UNI

A. Codes

Code de justice militaire, 1385.

Code de justice militaire, 1666.

Code de justice militaire, 1673.

Code de justice militaire, 1860.

B. Lois

Petition of Rights, 3 Charles I, c. 1.

An Act Declaring the Sole Right of the Militia to be the King and for the Present Ordering and Disposing of the Same, 13 Charles II, c. 6.

Bill of Rights, 1688, 1 Guill. & Mar., sess. 2, c. 2.

Loi sur la mutinerie, 1 Guill. & Mar., c. 5.

Loi sur la mutinerie, 24 Geo II, c. 6.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3.

Army Discipline and Regulations Act, 42 & 43 Vict., c. 33.

Army Act, 44 & 45 Vict., c. 58.

Statut de Westminster, 1931, 22 & 23 Geo 5, c. 4, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 27.

Visiting Forces (British Commonwealth) Act, 1933, 23 Geo. II, c. 66.

Courts-Martial (Appeals) Act, 1951, 14 & 15 Geo VI, c. 46.

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*, 1982, c. 11.

Armed Forces Act, 1996 (R.U.), 1996, c. 46.

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

1. DÉCISIONS CANADIENNES

Aldred c. R., [1987] 4 C.A.C.M. 476.

Doutre c. R., [1957] 1 R.A.C.M 155.

Duncun c. Canada (Ministre de la défense nationale), [1990] 3 F.C. 560 (1^{re} inst.).

Ex Parte John Fogan (1919), 32 C.C.C. 41 (C.S. N-B).

Forster c. Buckam et als. (1994), 108 D.L.R. (4^e) 690, 3 W.W.R. 364 (A.Q.B.), conf. par (1995), 127 D.L.R. (4^e) 184 (C.A.).

Forster c. R., [1992] 1 R.C.S. 339.

Glowczeski c. Canada (Ministre de la défense nationale) (1989), 27 F.T.R. 112 (1^{re} inst.).

Ingebrigtsen c. R., (1990), 5 C.A.C.M. 87, 61 C.C.C. (3^e) 541.

Mackay c. R., [1980] 2 R.C.S. 370, 114 D.L.R. (3^e) 393.

Nye c. R., [1972] 3 T.A.C.M. 85.

Peters c. Harrisson (1944), 81 C.C.C. 215 (C.A. Man).

Platt c. R., [1963] 2 T.A.C.M. 213.

R. c. Deneault (1994), 167 N.R. 138 (C.A.C.M.).

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259, 70 C.C.C. (3^e) 1.

R. c. Reddick (1997) 112 (3^e) C.C.C. 112, C.A.C.M - 393, 26 déc. 1996, pp.1-17.

R. c. Thompson (No.1) (1945), 86 C.C.C. 193 (H.C. Ont.).

R. & Archer c. White [1955] R.C.S. 154.

Renvoi: Résolution pour modifier la constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

Robinson c. R., [1971] 3 T.A.C.M. 43

2. DÉCISIONS ÉTRANGÈRES

Chandler c. Director of Public Prosecutions, [1962] 3 All E. R. 142 (H.L.).

China Navigation Co. c. Attorney-General (1932), 101 L.J. 478 (K.B.).

Dawkins c. Rokeby (1866), 176 E.R. 811 (Court of Common Pleas).

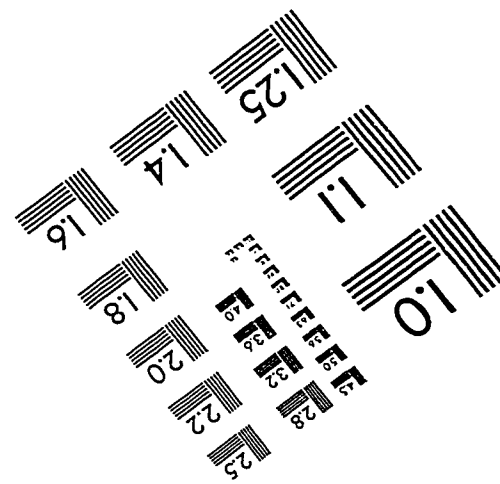
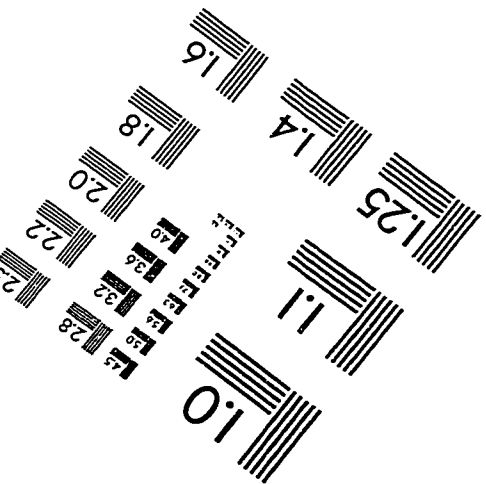
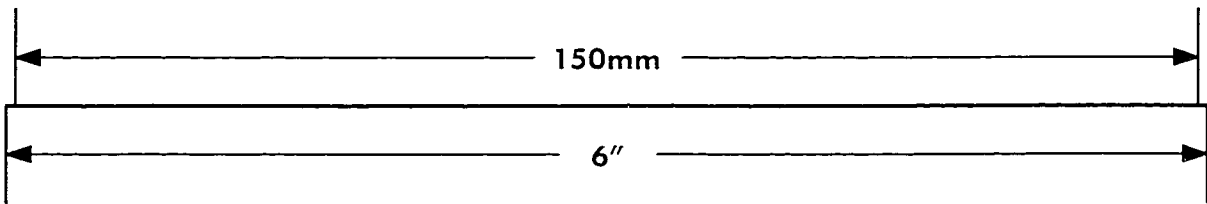
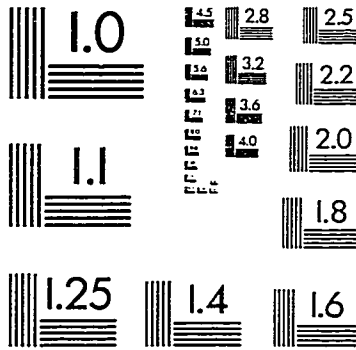
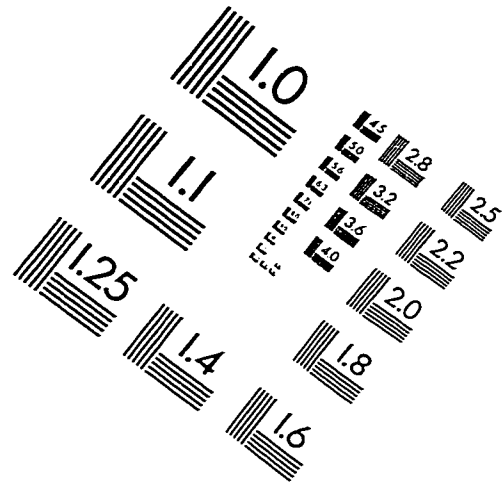
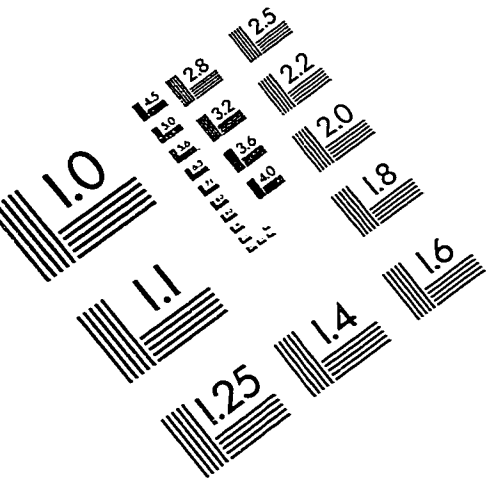
Grant c. Gould (1792), 126 E.R. 434 (Court of Common Pleas).

In Re Poe (1833), 39 R.R. 621 (K.B.).

King c. Suddis (1801), 102 E.R. 119.

R. c. Linzee, [1956] 3 All E.R. 984 (C.A.C.M.).

IMAGE EVALUATION TEST TARGET (QA-3)



APPLIED IMAGE, Inc
1653 East Main Street
Rochester, NY 14609 USA
Phone: 716/482-0300
Fax: 716/288-5989

© 1993, Applied Image, Inc., All Rights Reserved