

Commission d'enquête
sur le déploiement des
Forces canadiennes en Somalie



Commission of Inquiry
into the Deployment of
Canadian Forces to Somalia

CANADA

L'indépendance des poursuites engagées relativement à des infractions commises dans les Forces canadiennes

La police militaire et le pouvoir discrétionnaire de poursuivre

Étude préparée pour
la Commission
d'enquête sur
le déploiement des
Forces canadiennes
en Somalie

James W. O'Reilly
Patrick Healy



LIBR-00099



**L'indépendance des poursuites engagées relativement
à des infractions commises dans les Forces canadiennes**

**L'indépendance des poursuites engagées
relativement à des infractions
commises dans les Forces canadiennes
La police militaire et le pouvoir discrétionnaire
de poursuivre**

Étude préparée pour
la Commission
d'enquête sur
le déploiement des
Forces canadiennes
en Somalie

James W. O'Reilly
Patrick Healy

© Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada 1997
Imprimé et relié au Canada

En vente au Canada chez votre libraire local ou par la poste, par
l'entremise de Éditions du gouvernement du Canada
Ottawa, Canada K1A 0S9

No de catalogue CP32-64/8-1997F
ISBN 0-660-95688-8

Données de catalogue avant publication (Canada)

O'Reilly, James W., 1955-

L'indépendance des poursuites engagées relativement à
des infractions commises dans les Forces canadiennes :
la police militaire et le pouvoir discrétionnaire de
poursuivre : étude

Publ. aussi en anglais sous le titre : Independence in the
prosecution of offences in the Canadian Forces military
policing and prosecutorial discretion.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-660-95688-8

No de cat. CP32-64/8-1997F

1. Police militaire – Canada.
 2. Cours martiales et tribunaux d'enquête – Canada.
 3. Poursuites judiciaires – Canada – Prise de décision.
- I. Healy, Patrick.
 - II. Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie.
 - III. Titre.

UB825.C3O7314 1997 355.1'3323'0971 C97-980274-1

Table des matières

CHAPTRE UN — INTRODUCTION 1

CHAPTRE DEUX — LE RÔLE DE LA POLICE MILITAIRE 3

Introduction	3
Nécessité	4
Confiance	4

Fonctions	5
Ordre et discipline	5
Opérations sur le terrain	5
Lois civiles dans le contexte militaire	6
Cas spéciaux	6

Organisation	7
Dispositions juridiques	8
Dispositions administratives	9

Déploiement de la police militaire	11
Définition des responsabilités	11
Maintien de l'ordre avec ou sans police militaire	12

Conduite et contrôle des enquêtes	13
Déclenchement d'une enquête	13
Gestion et conclusion d'une enquête	13

Conclusions et recommandations	18
Recommandation n° 1	19
Recommandation n° 2	20
Recommandation n° 3	20
Recommandation n° 4	20
Recommandation n° 5	20

**CHAPITRE TROIS — POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE
EN MATIÈRE DE POURSUITES DANS LE CONTEXTE
MILITAIRE 23**

Introduction 23

Poursuites devant les tribunaux militaires 23
Compétence des tribunaux militaires 24
Exercice des fonctions de poursuite dans les Forces
armées 32

Importance d'un exercice indépendant des fonctions de
poursuite dans la société civile 41

Pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans d'autres
contextes 43
Contexte civil 43
Autres États 62

Pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le contexte
militaire 65
Importance de l'indépendance des poursuites
militaires 67
Commandant en tant que procureur local 68
Facteurs pertinents influant sur le pouvoir discrétion-
naire de poursuivre dans les forces armées 72

Décision de poursuivre en ce qui concerne les événements
survenus en Somalie 73

Sujets de préoccupation 78
L'intérêt public dans les poursuites intentées dans le
contexte militaire 78
Multiplicité des fonctions du commandant 80
Absence d'une structure de pouvoir discrétionnaire 83

Conclusions et recommandations	85
Principes directeurs	85
Recommandation n° 6	86
Recommandation n° 7	87
Recommandation n° 8	87
Recommandation n° 9	89
Recommandation n° 10	89

CHAPITRE QUATRE — RECOMMANDATIONS 103

Recommandation n° 1	103
Recommandation n° 2	103
Recommandation n° 3	103
Recommandation n° 4	103
Recommandation n° 5	104
Recommandation n° 6	104
Recommandation n° 7	104
Recommandation n° 8	104
Recommandation n° 9	104
Recommandation n° 10	105

NOTES BIBLIOGRAPHIQUES 107

APPENDICE 121

Introduction

Le 3 décembre 1992, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté, conformément au chapitre VII de sa Charte, la résolution 794 autorisant une coalition internationale à imposer la paix en Somalie en utilisant la force militaire au besoin. La coalition avait pour objectifs principaux de rétablir l'ordre là où il n'y en avait plus en raison de la guerre civile, et de faciliter la prestation d'aide humanitaire¹. Elle était dirigée par les États-Unis et comprenait aussi d'autres forces nationales, y compris la Force interarmées du Canada en Somalie (FICS).

Tout indique que, dans l'ensemble, les soldats canadiens se sont acquittés avec distinction de leurs devoirs dans le cadre de l'opération « Deliverance »². Toutefois, de nombreux incidents, dont au moins six étaient graves, témoignent de cas isolés d'indiscipline ou de lacunes dans l'organisation de l'ordre militaire. Ces incidents et d'autres problèmes ont déterminé la tenue d'enquêtes au sein des forces armées canadiennes³. Ils ont aussi fait l'objet d'un examen externe et indépendant de la part de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie.

Dans le fatras des sujets dont la Commission a été saisie, deux questions ont constamment surgi, à savoir : le public peut-il faire confiance à un système de police militaire qui sacrifie l'indépendance de la police à des impératifs militaires, et peut-on se fier à un système de justice militaire qui ne respecte pas, dans ses poursuites, des principes d'indépendance et d'impartialité comparables à ceux qu'on attend du système civil?

Parmi les nombreux sujets entrant dans le mandat de la Commission, deux questions découlaient des activités des Forces canadiennes en Somalie : l'indépendance de la prise de décisions par la police militaire et l'indépendance des décisions d'engager des poursuites au sein des forces armées. Ces questions font l'objet du présent document. Celui-ci vise à décrire la loi régissant les poursuites engagées relativement à des infractions commises au sein des Forces canadiennes, à cerner les sujets d'inquiétude et à proposer des recommandations à l'examen de la Commission.

Le rôle de la police militaire

INTRODUCTION

Comme dans le cas du droit militaire en général, la séparation entre la police militaire et les institutions civiles de maintien de l'ordre repose principalement sur des raisons de nécessité et de confiance. Les principes régissant la séparation entre la justice militaire et les institutions civiles veulent que les services militaires de police constituent, dans l'ensemble, une question interne : les forces armées devraient assurer leurs propres services de police¹. Il s'ensuit que si, on ne peut soutenir les arguments de nécessité ou de confiance, il faut réexaminer l'existence d'une police militaire distincte. Toutefois, même si les principes sur lesquels repose cette séparation d'avec les institutions civiles sont confirmés, un réexamen des services de police militaire pourrait quand même permettre d'envisager de réformer les institutions et les méthodes afin qu'elles reflètent d'autres principes ou des principes révisés de nécessité et de confiance.

La présente partie de notre étude porte sur l'indépendance comme condition nécessaire d'une activité légitime de police militaire. Ce sujet chevauche dans une certaine mesure celui de la partie III, intitulée « Pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans le contexte militaire », qui traite en particulier de la nécessité, pour la police militaire, de pouvoir décider de façon indépendante d'engager et de poursuivre une action judiciaire, et de son rôle à cet égard. Nous nous en tenons ici à des généralités sur les fonctions, l'organisation et le déploiement de la police militaire, l'accent étant mis sur la nécessité que celle-ci soit indépendante dans l'exécution de ses responsabilités. Il faut toutefois souligner d'abord les principes qui sous-tendent l'existence de services de police militaire distincts.

Nécessité

La nécessité d'avoir des services de police militaire distincts ressort le plus clairement lors des opérations sur le terrain. Les forces armées doivent manifestement s'assurer que leurs membres se comportent d'une manière disciplinée et respectent leurs obligations légales sur le terrain. Par définition, il n'y a dans les circonstances aucune solution de rechange raisonnable aux services de police militaire. Les personnes qui assurent les services de police sur le terrain doivent avoir reçu une formation spéciale et être capables de remplir leurs fonctions en situation de combat. Cette nécessité constitue, dans une large mesure, l'explication historique de la séparation entre la justice militaire et la justice civile. Ce principe ne s'applique pas seulement aux opérations sur le terrain; il s'étend aux services de police militaire dans tous les cas où des personnes sont assujetties à la *Loi sur la défense nationale*². Mises à part les opérations sur le terrain, les services de police militaire jouent un rôle important dans le maintien de la discipline au sein des Forces canadiennes (FC). La discipline comprend le maintien de l'ordre civil, c'est-à-dire l'observation des lois d'application générale dans un contexte militaire. La notion de nécessité englobe non seulement les exigences des opérations sur le terrain, mais aussi l'efficacité et l'esprit de corps en général dans les FC.

Confiance

La séparation des services de police militaire d'avec l'ordre civil, si nécessaire soit-elle, ne peut se justifier que si l'on est sûr que les forces armées vont s'acquitter de leurs fonctions de police selon une norme d'intégrité acceptable et évidente à l'intérieur et à l'extérieur des forces armées. Cette confiance dépend entièrement des qualités personnelles des membres des Forces canadiennes. L'instruction militaire et la discipline peuvent renforcer, mais non créer, le type d'intégrité qui suscite la confiance. Il faut néanmoins favoriser le renforcement de la confiance au moyen de dispositions institutionnelles et de méthodes officielles pour l'exécution des fonctions de police au sein des forces armées.

La question du degré d'indépendance dont dispose la police militaire est manifestement au nombre de celles dont est saisie la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. La nécessité d'avoir un système de justice militaire distinct et le degré de confiance que nous pouvons accorder à ce système le sont aussi. On suppose dans le présent document que la séparation des services de police mili-

taire d'avec le système civil sera maintenue en principe. C'est pourquoi nous nous concentrons sur les principes de l'organisation de la police militaire plutôt que d'établir des comparaisons avec d'autres corps policiers et avec les lois qui les régissent au Canada.

Il existe des modèles de police militaire dans d'autres pays où on observe le principe de la séparation d'avec la justice civile, mais où on a restructuré l'organisation de la police militaire pour accroître l'indépendance d'avec la chaîne de commandement dans la prise des décisions de police. Au Royaume-Uni, par exemple, les services de police militaire sont assurés dans une grande mesure par du personnel civil, même si celui-ci ne remplit pas les fonctions d'une police civile et est soumis aux ordres des forces armées. Aux États-Unis, un secteur indépendant des forces assume la responsabilité d'une grande partie des services de police militaire. En outre, l'inspecteur général y est visiblement plus indépendant de la chaîne de commandement ordinaire que ne l'est la police militaire dans les Forces canadiennes. Bref, ce sont là des exemples de cas où le principe de la séparation de la police militaire d'avec la justice civile est confirmé et caractérisé par des garanties formelles d'indépendance dans l'organisation et les fonctions des services de police militaire eux-mêmes.

FONCTIONS

Les fonctions des policiers militaires canadiens s'articulent autour de quatre grands thèmes, qu'il convient de décrire brièvement avant de traiter de l'organisation de la police militaire en vertu du droit canadien³.

Ordre et discipline

Étant donné le nombre de membres que comptent les Forces canadiennes, il n'est guère étonnant que l'une des principales fonctions de la police militaire consiste à assurer le respect de la loi et le maintien de l'ordre dans les forces armées, et notamment le respect de la législation pénale et du Code de discipline militaire. Ce vaste mandat, qui correspond en quelque sorte aux fonctions courantes de la police militaire, occupe, pour des raisons pratiques, la majeure partie de son temps et de ses ressources.

Opérations sur le terrain

Sur le terrain, la police militaire veille au déploiement ordonné des Forces canadiennes dans tous les aspects de leurs opérations, notamment le

contrôle de la circulation et des mouvements du personnel, et elle veille à ce que les militaires se conforment aux fonctions que leur impose la loi. Les opérations sur le terrain comprennent notamment les obligations de combat, les opérations de maintien de la paix (ou de rétablissement de la paix) et les exercices d'entraînement.

Lois civiles dans le contexte militaire

La police militaire exerce des responsabilités limitées en regard des lois civiles (soit du point de vue de l'application des lois qui ne sont pas visées par l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* ou de l'application des lois aux personnes qui ne sont pas assujetties au Code de discipline militaire) dans le contexte militaire, mais cette fonction est néanmoins digne de mention. Comme on le verra plus loin, les membres de la police militaire possèdent la même autorité que les agents de la paix et ils ont donc un pouvoir d'application des lois civiles qui va au-delà des pouvoirs que leur confère la *Loi sur la défense nationale*. La police militaire peut également être appelée à appliquer les lois civiles en vertu d'ententes avec les autorités civiles. Cette fonction ne constitue cependant pas un sujet d'intérêt pour les fins de la présente étude.

Cas spéciaux

Outre les trois fonctions décrites plus haut, il en existe une quatrième, résiduaire celle-là, qui concerne les cas spéciaux, c'est-à-dire principalement des questions de sécurité⁴.

Ces catégories peuvent se chevaucher, et certains cas qui se situent à la limite des compétences des polices militaire et civile peuvent être traités dans l'un ou l'autre système. L'intervention de la police militaire dans ces cas trouvait sa justification, du moins jusqu'à récemment⁵, dans la doctrine du lien militaire, en vertu de laquelle il doit exister un lien entre la conduite faisant l'objet d'une accusation et les intérêts militaires pour que les autorités militaires puissent faire enquête ou tenter des poursuites dans une affaire qui pourrait être traitée par le système civil⁶. Dans certains cas, il n'existe pas de démarcation claire entre ces thèmes ou catégories. C'est clairement le cas lorsqu'une enquête de routine porte sur une infraction d'ordre militaire soulevant des questions de sécurité ou de renseignement.

En dépit de la diversité des fonctions de la police militaire, aucun texte législatif ou réglementaire canadien ne les définit de façon complète. La

police militaire exerce une gamme de fonctions étendue, surtout compte tenu du principe de la séparation de la police militaire et du système de justice civile. Pour plus de clarté et pour fins de référence, un énoncé complet et codifié des fonctions de la police militaire serait utile.

ORGANISATION

Au plan de l'organisation formelle de la police militaire, une distinction cruciale s'impose entre les fonctions policières exercées par les haut gradés à l'endroit des unités et formations ordinaires dans la chaîne de commandement et les fonctions policières exercées par les agents à l'extérieur de la chaîne de commandement. Cette distinction ne s'applique toutefois pas en droit canadien puisque le policier militaire est soumis à l'autorité du commandant de l'unité à laquelle il est attaché, même s'il est normalement affecté à une unité spécialisée de la police militaire. La police militaire est intégrée à la chaîne de commandement de l'unité, de sorte que même s'il existe une séparation entre la police militaire et les institutions judiciaires civiles, aucun principe ne confirme l'indépendance de la police militaire au sein des forces. C'est la structure de commandement, et non la police militaire, qui décide de mener des enquêtes et de porter des accusations⁷. Les policiers militaires doivent rendre compte aux commandants et à leurs supérieurs au sein de l'organisation de la police militaire. Cette double obligation s'applique de la manière suivante :

Le personnel de la police militaire est soumis aux ordres et directives émis par les commandants supérieurs et les commandants, ou en leur nom. En cas de contradiction ou d'incompatibilité entre ces ordres ou directives et les obligations que lui impose la loi, le personnel de la police militaire peut demander des conseils et des directives aux autorités supérieures de la police militaire au QGDN, en passant par la filière de communication habituelle. Le rôle des autorités supérieures de la police militaire consiste à s'assurer que les enquêtes et activités de la police militaire sont conformes à la loi et aux politiques des Forces canadiennes, qui s'inspirent des normes et pratiques généralement acceptées au sein des services de police canadiens⁸.

Le rapport Marin, produit en 1994, aborde la question du manque d'indépendance de la police militaire dans les termes suivants :

Je m'interroge au sujet de la liberté d'action et de la capacité du policier militaire d'exercer les pouvoirs discrétionnaires d'un agent de la paix, compte tenu de la prédominance du principe de l'« affectation de tâches » au sein d'organisations qui accordent une grande importance à la « chaîne de commandement ». Le fait qu'un commandant (cmdt), qui peut avoir une connaissance limitée de la loi ou de la procédure criminelle, puisse influencer le déroulement d'une enquête policière mérite un examen plus approfondi⁹. [Traduction libre]

En somme, la distinction entre une police indépendante et une police tributaire de la chaîne de commandement de l'unité est importante du point de vue théorique, mais elle soulève des questions quant au degré adéquat d'autosurveillance à l'intérieur de la chaîne de commandement et à la nécessité d'avoir des services de police indépendants de la chaîne de commandement, mais faisant néanmoins partie des forces armées.

Dispositions juridiques

La *Loi sur la défense nationale* est muette au sujet des fonctions ou de l'organisation de la police militaire. La base législative des services de police militaire se trouve à l'article 156 de la Loi, qui dispose simplement que « le personnel spécialement nommé » peut arrêter ou détenir sans mandat quiconque commet une infraction au Code de discipline militaire et qu'il peut « exercer, en vue de l'application du Code de discipline militaire, les autres pouvoirs fixés par règlement du gouverneur en conseil. » Les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), qui sont promulgués par le gouverneur en conseil, complètent le pouvoir, conféré par la Loi, de désigner du personnel spécialement nommé. Par exemple, aux termes de l'article 22.02 des ORFC, le « personnel spécialement nommé » désigne « tout officier nommé à l'effectif en vue de remplir des fonctions de policier militaire » et « tout militaire nommé à l'effectif en qualité de policier militaire et possédant la compétence nécessaire à l'exercice de ce métier ».

Aux termes de l'article 2 du Code criminel, les membres du personnel spécialement nommé sont des « agents de la paix », ce qui signifie qu'ils détiennent non seulement le pouvoir d'appliquer le Code de discipline militaire, mais aussi les pouvoirs plus étendus d'un agent de la paix. Le Code criminel reconnaît comme agent de la paix toute personne qui est nommée aux termes de l'article 156 de la *Loi sur la défense nationale* ou toute personne dont les fonctions exigent les pouvoirs d'un agent de la paix et qui est nommée agent de la paix en vertu du règlement. L'article

22.01 des ORFC dispose que tout officier ou militaire du rang qui accomplit des tâches légitimes en vertu d'un ordre précis, ou d'une coutume ou pratique militaire établie, est un agent de la paix si ces tâches concernent le maintien et le rétablissement de l'ordre public, la protection des biens, la protection des personnes ou l'arrestation de personnes qui se sont évadées de la garde ou de l'arrestation légitime. Cette liste générale ne définit pas les fonctions des policiers militaires, mais elle donne une idée de leur diversité. Les ORFC sont par ailleurs muets en ce qui concerne les fonctions et l'organisation de la police militaire.

Cette structure indique que le pouvoir de procéder à des nominations spéciales constitue le fondement juridique des services de police militaire au Canada. Ni la Loi ni les ORFC ne définissent les fonctions, le poste ou le métier de policier militaire. Aussi, la principale source juridique d'un énoncé détaillé des fonctions et de l'organisation de la police militaire est le pouvoir du sous-ministre, et plus particulièrement celui du chef d'état-major de la Défense, de préparer ou d'autoriser des ordonnances administratives concernant la police militaire. Le nombre et l'importance des fonctions de la police militaire dans les Forces canadiennes constituent un argument probant en faveur d'un énoncé clair du fondement juridique de ces fonctions dans une loi ou une mesure législative subordonnée.

Dispositions administratives

Il n'existe pas de source unique, dans les ordonnances et règlements administratifs des Forces canadiennes, qui définisse les fonctions et l'organisation de la police militaire. Le volume 4 du Règlement de sécurité du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes, intitulé *Consignes de la police militaire*¹⁰, constituait une source importante au moment du déploiement en Somalie. La politique et les consignes régissant les fonctions et responsabilités de la police militaire sont énoncées dans ce document et dans plusieurs autres ordonnances administratives, principalement les *Ordonnances administratives des Forces canadiennes* (O AFC) 22-4 et 22-3¹¹. Les bulletins des directives de la police, qui contiennent des consignes techniques établies sous l'autorité du directeur général de la Sécurité au Quartier général de la Défense nationale, constituent une autre source de directives. Les *Consignes de la police militaire* mentionnent plusieurs publications des Forces canadiennes qui définissent la politique et les consignes relatives aux fonctions et responsabilités des policiers militaires¹².

En 1995, les *Consignes de la police militaire* ont été révisées et publiées dans une nouvelle édition¹³. Ce volume reprend une bonne partie de la doctrine établie et intègre la matière de plusieurs bulletins de directives de la police. Il convient cependant de signaler que l'édition revue ne constitue pas non plus un code régissant les services de police militaire dans les Forces canadiennes.

D'après ces sources, la police militaire semble organisée de la façon suivante. Les commandants sont responsables du maintien de la discipline au sein de leurs unités, ce qui leur laisse une grande marge de manœuvre quant à la manière de lancer les enquêtes concernant les infractions au Code criminel ou au Code de discipline militaire. Dans plusieurs cas, les ORFC obligent les commandants à faire enquête au sujet d'allégations ou d'incidents d'une nature donnée¹⁴. Ils peuvent, à cette fin ou pour toute autre investigation, mener leur propre enquête au sujet d'une infraction présumée ou demander l'aide de la police militaire. Aucune règle de conduite générale n'oblige un commandant à informer la police militaire d'une infraction présumée au Code criminel ou à lui confier le dossier. La nature hiérarchique de la chaîne de commandement fait en sorte que chaque commandant doit rendre compte à un commandant supérieur, et ainsi de suite jusqu'au sous-chef d'état-major de la Défense (qui est responsable des opérations).

La police militaire comprend son propre service général ainsi que deux services spécialisés, soit l'Unité des enquêtes spéciales et le Service national d'enquête. Jusqu'à récemment, le cadre supérieur qui s'occupait de l'aspect technique de l'orientation, de la coordination et de la supervision de toutes les questions de nature policière au sein des FC était le directeur général de la Sécurité, qui relève du sous-chef d'état-major de la Défense. (Ce poste a été restructuré pour devenir celui de directeur général — Sécurité et police militaire¹⁵.) Le service général est composé de membres qui relèvent en partie d'un organisme centralisé à Ottawa, lequel fournit des directives et une aide techniques, mais les membres de ce service sont déployés et détachés dans des unités et des formations des Forces canadiennes¹⁶.

Par conséquent, la police militaire n'est pas indépendante des autres unités et, en fait, les policiers militaires doivent rendre compte à la chaîne de commandement de l'unité à laquelle ils sont affectés¹⁷.

L'Unité des enquêtes spéciales, qui, auparavant, menait les enquêtes relatives à des cas d'inconduite de nature criminelle et les enquêtes de sécurité, s'occupe maintenant uniquement des questions de sécurité¹⁸. Le Service national d'enquête se charge des enquêtes criminelles qui sont

particulièrement délicates ou de portée nationale¹⁹. Ces deux services spécialisés ne sont pas intégrés à la structure organisationnelle des unités ou des formations au même titre que le service général de la police, parce qu'ils sont basés au Quartier général de la Défense nationale et qu'ils sont prêts à intervenir au besoin²⁰. Les services spécialisés ne sont pas eux non plus indépendants de la chaîne de commandement des unités et des formations régulières auxquelles ils sont affectés pour les besoins d'une enquête.

DÉPLOIEMENT DE LA POLICE MILITAIRE

Définition des responsabilités

Tel qu'indiqué précédemment, les responsabilités de la police militaire sont décrites de façon générale dans plusieurs ordres administratifs. Elles englobent les enquêtes de nature criminelle et militaire, ainsi que les inspections de sécurité menées pour le ministère de la Défense nationale. Les ordres administratifs précisent à plusieurs endroits que les tâches et les priorités de la police militaire varient selon les besoins des commandants, l'emplacement géographique et le « contexte opérationnel »²¹.

Comme nous l'avons également indiqué, les policiers militaires font partie des unités et des formations où ils ont été affectés²². Les ordres administratifs précisent qu'il doit y avoir un conseiller en sécurité au quartier général d'un commandement ou d'une formation, ainsi que dans une base ou une station. La fonction du conseiller en sécurité consiste à fournir des avis au commandant sur les questions relatives à la sécurité et au maintien de l'ordre. Les ordres énoncent également les fonctions de la police militaire dans les bases et les stations. Toutefois, il est interdit à la police militaire de s'occuper de certaines questions, notamment des allégations de harcèlement sexuel qui ne constitueraient pas des infractions d'ordre criminel ou militaire. Des directives techniques sont fournies à la police militaire sous forme de politiques, d'ordres et de lignes directrices de nature professionnelle concernant les procédures opérationnelles générales. Ces directives portent également sur l'orientation et la coordination de certaines enquêtes et opérations.

Il est reconnu dans les ordres administratifs que les fonctions de la police militaire varient selon les besoins des commandants, l'emplacement géographique et les exigences opérationnelles. Manifestement, le travail des policiers militaires lors d'opérations en campagne diffère de ce qu'ils font dans d'autres circonstances. Cette différence se remarque

lors des opérations de combat ou des opérations en campagne, y compris les opérations de maintien et d'imposition de la paix entreprises par les FC dans le cadre de missions des Nations Unies. Les difficultés auxquelles doivent faire face les policiers militaires affectés à une opération en campagne sont notamment la nécessité de prendre des décisions rapidement et l'éloignement des commodités de leur unité, base ou formation d'attache. C'est pourquoi il faut alors établir un énoncé de principes le plus clair possible sur le rôle et les fonctions de la police militaire en ce qui concerne les opérations des autres unités et formations des Forces canadiennes. Il est évident que, dans de telles circonstances, les commandants opérationnels et la police militaire doivent travailler en étroite collaboration.

Une part considérable de la doctrine des Forces canadiennes porte sur les fonctions de la police militaire lors des opérations en campagne²³. Cette doctrine contient des directives régissant les communications et les liens entre les commandants d'unité et la police militaire, des directives détaillées sur la réglementation de la circulation et des mouvements du personnel, et d'autres encore sur le traitement des prisonniers. Toutefois, au moment de l'opération « Deliverance », il n'existait aucun principe général exigeant qu'un contingent des Forces canadiennes soit accompagné de policiers militaires. Il n'existait pas non plus de principe exigeant le déploiement de la police militaire pour enquêter sur des catégories particulières d'incidents ou voulant que la police militaire soit représentée en nombre proportionnel à la taille de la force déployée et à la nature de la mission. En fait, seulement deux policiers militaires ont été déployés avec le Groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada (GTRAC) en Somalie²⁴. De plus, les policiers militaires eux-mêmes, bien qu'habilités à entreprendre une enquête, n'avaient pas le pouvoir distinct d'ordonner le déploiement de personnes spécialement désignées à cette fin. Ces limites sur le déploiement de la police militaire ont sans doute pour effet, dans certaines circonstances, de faire obstacle à des fonctions policières reconnues²⁵.

Maintien de l'ordre avec ou sans police militaire

Les commandants ont le devoir de faire régner l'ordre et la discipline au sein de leur commandement, notamment en ordonnant des enquêtes sur les infractions d'ordre criminel ou militaire. Sauf dans quelques cas précis, les ordres administratifs n'exigent pas du commandant qu'il fasse appel à la police militaire pour cette tâche, ce qui confirme que, dans la

plupart des cas, le commandant n'est pas tenu d'informer la police militaire qu'une question fait l'objet d'une enquête, ni de confier des enquêtes à la police militaire. Cette règle générale comporte des exceptions, dont la nécessité de signaler les incidents inusités, les dossiers relevant de l'Unité des enquêtes spéciales et les infractions dépassant le cadre de responsabilités du commandant. Cette règle signifie que la participation de la police militaire est laissée presque entièrement à la discrétion du commandant. En temps normal, les commandants et leurs conseillers en sécurité entretiennent des relations étroites, et cela se reflète dans les protocoles officiels et officieux appliqués quotidiennement au sein d'un commandement, d'une formation ou d'une unité. Pour les opérations en campagne, la situation est plus complexe, en grande partie parce qu'il n'existe pas de règle obligeant la police militaire à accompagner les Forces canadiennes dans toutes les opérations en campagne.

CONDUITE ET CONTRÔLE DES ENQUÊTES

Déclenchement d'une enquête

Il n'existe pas de procédure propre au commencement d'une enquête relative à une infraction d'ordre militaire. En vertu du règlement, des enquêtes doivent être menées dans certaines circonstances²⁶. La police militaire peut entreprendre une enquête à la demande du commandant, à la suite d'une plainte d'un membre des Forces canadiennes ou sur l'ordre d'une autorité supérieure au sein de la police militaire. Le commandant de l'unité et les autorités supérieures de la police militaire doivent être prévenus du commencement d'une enquête²⁷.

Gestion et conclusion d'une enquête

La police militaire ne peut garantir officiellement que son travail sera effectué de manière impartiale. En effet, il semble que la structure officielle de la police militaire ne prévoit aucun autre mécanisme pour garantir l'impartialité, comme il se fait au sein de la police civile, précisément parce que l'organisation suppose que, de façon générale, la chaîne de commandement normale offre une garantie suffisante d'intégrité. Certaines mesures donnent l'impression que les opérations de la police militaire sont menées de manière impartiale²⁸. Par exemple, il existe des directives conçues pour empêcher toute ingérence ou influence indue dans la conduite d'une enquête²⁹, et d'autres pour favoriser le déroulement

d'une enquête en prévoyant l'ouverture de voies de communications pour la police militaire. Certaines restrictions s'appliquent au recours aux techniques d'enquête par intrusion telles que les fouilles et les saisies. La police militaire est en outre tenue de consulter le Quartier général de la Défense nationale avant d'interrompre ou d'annuler une enquête³⁰. Toutes ces règles sont valables, mais elles ne garantissent pas nécessairement l'indépendance réelle des enquêteurs par rapport à ceux sur qui ils pourraient être appelés à faire enquête. Elles ne vont pas non plus assez loin pour réduire les risques ou les effets d'une influence indue exercée par la structure de commandement.

En comparaison, les États-Unis possèdent une unité spéciale de la police militaire, la division des enquêtes criminelles (Criminal Investigation Division, ou CID), qui s'occupe de toutes les infractions criminelles graves³¹. Les autres unités renvoient les cas appropriés à la CID. Les causes moins graves sont généralement prises en charge par la structure de commandement, comme cela se fait au Canada. Il existe néanmoins des mesures pour réduire les risques et les effets d'une influence indue exercée par le commandement³². Comme il a déjà été mentionné, au Royaume-Uni, les policiers civils jouent un rôle important au sein du système de justice militaire³³. Cette façon de faire permet de veiller à ce que les normes et les procédures applicables au domaine civil s'étendent au contexte militaire.

Le système australien ressemble au système canadien en ce sens que le règlement de la plupart des infractions d'ordre militaire relève de l'autorité des commandants. Toutefois, les enquêtes de la police militaire sont menées en dehors de la chaîne de commandement. Si un officier supérieur fait l'objet d'une enquête, un officier supérieur de la police militaire sera chargé de l'affaire. Toutefois, il revient aux commandants de décider quelles mesures doivent être prises en réponse à un rapport de la police militaire (c.-à-d. s'il convient de prendre des mesures administratives ou disciplinaires)³⁴. Des policiers militaires peuvent être déployés lors d'opérations de maintien ou d'imposition de la paix des forces de défense australiennes. Toutefois, seuls de petits contingents de la police militaire ont été envoyés dans des missions des Nations Unies³⁵. Comme il est décrit dans la partie III du présent document, il existe d'autres différences importantes entre les systèmes de justice militaire australien et canadien (telles que l'existence d'un service spécial de poursuites et la présence d'un juge nommé par le fédéral au poste de Juge-avocat général).

Depuis l'opération « Deliverance », le ministère de la Défense nationale a procédé à un examen de ses politiques en matière de maintien de

l'ordre, et l'une de ses conclusions a été de confirmer que les commandants devraient être les premiers responsables des enquêtes sur les infractions d'ordre criminel et autres incidents graves³⁶. On préfère laisser aux commandants le soin de décider si un incident, une infraction ou une allégation particulière mérite l'intervention de la police militaire. Cependant, les problèmes liés à l'indépendance du processus ont été reconnus, et on y a donné suite en formulant des propositions, dont la suivante :

Établissement d'un solide cadre de responsabilisation qui permettra d'assurer un équilibre entre l'intégrité de l'enquête et l'obligation de rendre compte à la chaîne de commandement. Un mécanisme de contrôle technique a été créé pour assurer l'intégrité de certaines fonctions de police, notamment les enquêtes, la surveillance et l'affectation de personnes spécialement désignées³⁷.

[Traduction libre]

Le rapport Thomas fait également état des problèmes créés par le manque d'indépendance de la police militaire³⁸. Il insiste notamment sur le fait que des enquêtes ont été suspendues sans avoir donné lieu à un examen approprié³⁹, que des renseignements concernant des enquêtes en cours sont couramment communiqués à des commandants⁴⁰ et que les rapports hiérarchiques de la police militaire prêtent à confusion et donnent l'impression d'un manque d'indépendance⁴¹. Le rapport aboutit aux conclusions et recommandations suivantes :

Pour que la police militaire puisse mener ses enquêtes en toute indépendance, elle ne devrait pas être soumise à la chaîne de commandement qu'elle sert. Les besoins militaires en ressources d'enquête devraient être considérés indépendamment des besoins opérationnels. Dans le cas d'enquêtes complexes (sur des incidents internationaux, par exemple), il faudrait prendre bien soin de leur accorder l'attention appropriée, de leur consacrer les ressources nécessaires et de leur affecter les personnes possédant les compétences voulues.

Il est recommandé que :

- a. qu'une vision sur la prestation de services de police, qui garantisse l'indépendance du processus d'enquête, soit élaborée en consultation avec la communauté servie;
- b. qu'à partir de cette vision, on élabore des politiques, des structures et des procédés qui dénotent indépendance, équité et impartialité;
- c. qu'on explore d'autres possibilités en matière de services de police au sein des Forces canadiennes ou dans le domaine public, ou une combinaison des deux;

- d. que certains aspects du processus d'enquête, par exemple les domaines de compétence, l'établissement des priorités et le ressourcement, soient examinés;
- e. que des vérifications périodiques des mécanismes d'examen et une commission de surveillance soient envisagées pour veiller à ce que les systèmes fonctionnent comme prévu et que les gens soient responsabilisés⁴².

Le manque d'indépendance de la police militaire soulève deux questions majeures. Comme on l'a vu, la première question est de savoir si la responsabilité des services de police militaire doit être transférée, dans une plus ou moins large mesure, du commandant d'unité à la police militaire elle-même. Cela ne serait pas une innovation radicale, puisque la loi limite déjà l'autorité des commandants sur les services de police. Il s'agirait plutôt d'une extension du même principe.

En théorie, on peut faire valoir que l'intervention de la police militaire dans une enquête constitue sans doute une mesure de prudence dans un cas grave ou dans un cas qui comporterait une possibilité raisonnable de conflit au sein d'une unité. Sauf dans certaines opérations sur le terrain, il est effectivement rare que la nécessité d'un règlement rapide impose une décision immédiate et, même dans des cas semblables, il est rare que l'affaire ne puisse pas être contenue en attendant d'être renvoyée à la police militaire. Les infractions criminelles présumées, les infractions militaires graves et les infractions mettant en cause la sécurité pourraient être définies comme des cas exigeant l'attention de la police militaire. Les commandants seraient donc tenus de rapporter ces cas à la police militaire dès qu'il y aurait motif raisonnable de croire à la nécessité d'une enquête.

Dans la pratique, les autorités militaires ont couramment recours à l'aide de la police militaire, mais il y aurait lieu d'examiner sérieusement une proposition visant à obliger les commandants, dans certains cas précis, à aviser la police militaire de la nécessité de faire enquête, et exigeant que l'enquête soit confiée à des policiers qui paraissent et soient effectivement libres de toute influence indue. Cette proposition exigerait que certaines questions désignées soient obligatoirement confiées à la police militaire par un commandant et que ce dernier n'intervienne plus dans l'enquête jusqu'à ce que celle-ci soit terminée.

Deuxièmement, qu'il soit ou non nécessaire de modifier les champs de compétence respectifs des commandants et de la police militaire, une autre question d'importance majeure se pose, à savoir si les décisions de tenir une enquête et d'intenter des poursuites doivent être prises par le

commandant dans une affaire qui relève de son autorité. On peut avancer qu'un commandant qui fait enquête ne devrait jamais pouvoir prendre seul la décision d'intenter ou non des poursuites. Sauf peut-être lorsque les conditions dans le théâtre ne laissent aucun autre choix, il semble aller de soi qu'un commandant ne devrait jamais être à la fois enquêteur et procureur (ou arbitre) dans une affaire⁴³. L'apparence de conflit d'intérêts est inévitable dans la plupart des cas et crée une situation particulièrement délicate dans les affaires qui mettent en cause l'efficacité de la chaîne de commandement dans le rendement d'une unité.

Le risque d'influence indue sur le déroulement d'une enquête ne peut être éliminé même dans les cas où la police militaire mène l'enquête, mais le conflit d'intérêts est encore plus évident lorsqu'elle n'en est pas chargée. Au pis aller, cette influence pourrait prendre la forme d'une ingérence ou d'une intimidation ouverte, mais dans tous les cas, la crainte qu'aurait un militaire de divulguer ou d'acquiescer des renseignements pertinents pourrait nuire au déroulement de l'enquête. Cela vaut non seulement pour les personnes qui pourraient aider à mener une enquête, mais aussi pour les enquêteurs qui hésiteraient à enquêter au sujet d'officiers de grade supérieur. On ne peut tenir pour acquis que la chaîne de commandement assure une protection suffisante contre l'influence indue, notamment à cause du pouvoir d'influence inhérent à la structure hiérarchique du commandement. Là encore, il serait utile d'avoir pour règle qu'en l'absence de circonstances pressantes, lorsqu'une enquête porte sur un sujet désigné, le commandant doit renvoyer l'affaire à la police militaire ou reporter la décision à ce sujet jusqu'à ce qu'elle puisse être prise en consultation avec la police militaire ou un représentant du cabinet du juge-avocat général.

Dans ce contexte, il serait utile d'envisager de donner à la police militaire le pouvoir de porter des accusations. À l'heure actuelle, seuls les commandants peuvent le faire. Si l'on craint une influence indue du commandement sur les activités de la police militaire, il serait logique d'accroître le pouvoir de la police de porter des accusations. Cette question est traitée en détail dans la partie suivante, qui porte sur les poursuites.

L'absence de structure générale pour le compte rendu et l'examen des décisions de la police militaire pose un autre problème. La police militaire reçoit peu d'information sur les résultats de ses activités puisqu'il appartient aux commandants, et non à la police, de décider des accusations à porter et des mesures à prendre. La procédure qui régit les plaintes concernant la conduite de policiers militaires comporte certaines possibilités d'examen. Certaines exigences relatives aux rapports, notam-

ment l'obligation pour la police militaire de faire un double rapport, offrent également une possibilité à cet égard⁴⁴. Un protocole révisé pourrait renforcer sensiblement l'apparence d'impartialité de la police militaire. Une solution possible consisterait à créer un double système de décision et de rapport qui permettrait à la police militaire et aux commandants de se consulter au sujet de l'issue appropriée d'une enquête et de présenter des comptes rendus respectifs aux autorités supérieures de la police militaire et de la chaîne de commandement ordinaire.

Aux États-Unis, l'examen et la direction des activités de la police militaire incombe principalement à des inspecteurs généraux. Une réforme du système canadien pourrait évidemment comporter la création d'une fonction semblable. Nous ne faisons cependant aucune recommandation ferme concernant la création d'un bureau d'inspecteur général au Canada. La possibilité de créer un ou plusieurs bureaux d'inspecteur général militaire a été examinée en détail dans une étude de la Défense nationale en 1995⁴⁵. L'étude recommandait de créer un bureau d'inspecteur général au Canada, qui serait une « organisation impartiale et indépendante de la chaîne de commandement, et responsable devant le CEMD et le SM »⁴⁶. Cette conclusion n'est pas fondée exclusivement sur la nécessité d'un mécanisme de surveillance indépendant des activités de la police militaire. L'étude envisageait de nombreux rôles pour l'inspecteur général, dont la surveillance des enquêtes de la police militaire ne constituerait qu'un volet. La tendance favorable à la création d'un bureau d'inspecteur général pourrait bien être justifiée, pour peu que cette fonction contribue à assurer l'indépendance de la police militaire et comporte d'autres avantages. Puisque nous ne sommes pas en mesure d'évaluer ces avantages, nous ne nous prononçons pas sur l'opportunité de créer un bureau d'inspecteur général au Canada, mais nous signalons néanmoins qu'une telle mesure pourrait permettre de régler les préoccupations relatives au manque d'indépendance de la police militaire.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

En définitive, la plus grande qualité de la police militaire doit être son intégrité. Nous entendons par là qu'elle doit être à la fois autonome face aux autorités policières civiles et responsable de ses opérations. L'intégrité de la police militaire en vertu de la législation canadienne actuelle dépend essentiellement de deux critères, dont le plus important est certes le bon jugement des hommes et des femmes qui sont responsables des services de police militaire. Cette qualité est elle-même tributaire des

qualifications des candidats aux postes et aux promotions dans les Forces canadiennes, mais aussi de la qualité de l'instruction et de la discipline personnelle. Il n'existe aucun catéchisme de règles et de principes qui puisse obliger un membre des FC à divulguer une infraction, ni aucun code de procédure qui puisse assurer la tenue d'une enquête rigoureuse dans un cas d'inconduite présumée. En définitive, l'intégrité personnelle des membres des Forces canadiennes est une qualité qui peut être mise en valeur par les programmes et la discipline militaire, mais elle ne peut être acquise que si on insiste sur la responsabilité, pour chacun, de faire preuve d'un bon jugement. Suite à ses études et conclusions de fait, l'enquête sur la Somalie permet de conclure qu'il n'y a aucune raison de remettre en question l'intégrité des FC ou la confiance qui leur permet de s'autosurveiller.

Deuxièmement, l'intégrité de la police militaire dépend de son organisation formelle aux fins des quatre fonctions qu'elle remplit. Les faits exposés dans le présent document donnent à penser que l'organisation de la police militaire comporte plusieurs carences structurelles qui nuisent ou semblent nuire à l'intégrité de ses opérations.

Recommandation n° 1

Les fonctions et le fondement juridique de la police militaire devraient être définis dans la *Loi sur la défense nationale* ou dans les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*.

Observation. En dépit de la diversité des fonctions de la police militaire, aucun texte législatif ou réglementaire canadien n'en donne une définition d'ensemble. Par souci de clarté et à des fins de référence, nous croyons qu'il serait utile d'avoir un énoncé complet et codifié des fonctions de la police militaire.

En outre, le seul fondement juridique de la police militaire au Canada est le pouvoir de nommer du personnel à des fins spéciales. Ni la *Loi sur la défense nationale* ni les ORFC ne définissent les tâches, le poste ou le métier de policier militaire. La principale source juridique pour un énoncé détaillé des fonctions et de l'organisation de la police militaire est simplement le pouvoir du sous-ministre, et plus particulièrement du chef d'état-major de la Défense, de préparer ou d'autoriser des ordonnances administratives concernant la police militaire. Compte tenu de la diversité et de l'importance des fonctions policières au sein des Forces canadiennes, nous croyons qu'il y a tout lieu d'énoncer clairement le fondement juridique de ces fonctions dans la Loi ou dans une mesure législative subordonnée.

Recommandation n° 2

Les ordonnances administratives concernant l'organisation, les tâches et les procédures de la police militaire devraient être regroupées dans un seul document ou dans un nombre de documents aussi restreint que possible.

Observation. Le document intitulé *Consignes de la police militaire*⁴⁷ reprend essentiellement la doctrine déjà établie et intègre la matière de plusieurs bulletins de la police militaire. Il ne constitue pas un code unifié à l'intention des policiers militaires des Forces canadiennes. Là encore, en raison de la diversité des fonctions qui incombent à la police militaire et de leur importance pour le maintien de la discipline et de l'ordre, les ordonnances administratives pertinentes devraient être regroupées dans un seul document ou dans un nombre de documents aussi restreint que possible.

Recommandation n° 3

Les commandants devraient être tenus de signaler et de renvoyer certaines affaires ou certains types d'incidents à la police militaire pour qu'elle fasse enquête, sous réserve des exigences propres aux opérations sur le terrain. Ces affaires devraient inclure les infractions criminelles, les infractions graves d'ordre militaire et toute affaire mettant en cause la sécurité.

Recommandation n° 4

Il faudrait renforcer l'indépendance de la police militaire, non seulement en exigeant que certaines affaires fassent l'objet d'une enquête par la police militaire, mais aussi en limitant les pouvoirs discrétionnaires du commandant au terme de l'enquête.

Recommandation n° 5

Les contingents des Forces canadiennes déployés dans des opérations sur le terrain devraient être accompagnés par un nombre de policiers militaires proportionnel à l'effectif déployé et adapté à la nature de la mission. Des directives claires devraient être données aux commandants d'unité pour que certains types d'incidents ou d'inconduite soient signalés le plus tôt possible à la police militaire, afin qu'elle fasse enquête et qu'une décision soit prise.

Observation. Ces recommandations ne visent pas à contester l'importance de la chaîne de commandement des unités ou formations dans les services de police militaire. Elles ne présupposent pas non plus qu'on ne peut généralement pas faire confiance aux commandants pour maintenir des normes élevées en matière de discipline et de maintien de l'ordre au sein de leurs unités. Ce sont là des questions de principe que la Commission d'enquête aura à résoudre.

Les recommandations n^{os} 3 et 4 visent à assurer l'indépendance des services de police sans porter atteinte à l'autorité des commandants ou à l'efficacité des opérations. Que les commandants soient ou non aptes à mener des enquêtes efficaces, il n'existe aucune raison évidente pour qu'ils soient responsables des enquêtes portant sur des infractions ou des allégations graves. Si une infraction ou quelque autre affaire désignée est, par sa nature ou ses conséquences possibles, d'ordre clairement criminel, la participation de la police militaire à l'enquête s'impose. Les contraintes des opérations sur le terrain ne sont habituellement pas présentes. Mais surtout, la participation de la police militaire ne peut qu'atténuer l'apparence et la possibilité d'un conflit d'intérêts ou d'autres facteurs qui pourraient faire obstacle au déroulement d'une enquête concernant des affaires graves⁴⁸.

Il n'est pas nécessaire de faire ici une recommandation ferme quant aux affaires qui pourraient ou devraient être « désignées » de la manière indiquée plus haut. L'inclusion de certaines questions dans le champ de compétence de la police militaire devrait être déterminée par des critères de fond concernant la gravité de chaque affaire et la nécessité d'une enquête transparente.

La recommandation n^o 5 vise à résoudre un problème lié au déploiement de la police militaire. Comme on l'a vu, au moment de l'opération « Deliverance », aucun principe général n'exigeait qu'un contingent des Forces canadiennes soit accompagné de policiers militaires ou que ces derniers soient déployés pour s'occuper de certains types d'infractions. Les autorités de la police militaire ne pouvaient, de leur propre chef, ordonner le déploiement de personnel spécialement nommé pour effectuer des enquêtes. Nous croyons qu'il faudrait corriger cette situation de manière à éliminer tout obstacle à l'exécution de fonctions policières légitimes et reconnues.

Pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans le contexte militaire

INTRODUCTION

La présente partie traite de la question de savoir si les arrangements que prévoit actuellement le système de justice militaire pour engager et continuer des poursuites sont appropriés. Comme on le verra, l'un des principaux problèmes se rapporte au rôle que joue le commandant dans ce processus. Il s'agit de déterminer si le commandant est bien placé pour exercer le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Premièrement, nous examinons la façon dont fonctionne le système de justice militaire, en insistant sur l'importance du rôle que joue le commandant. Deuxièmement, nous nous penchons sur l'importance de l'indépendance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Troisièmement, nous donnons des exemples de mesures prises dans le civil, au Canada et dans d'autres pays, pour veiller à ce que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites soit bien exercé. Quatrièmement, nous cherchons à déterminer s'il existe des mesures comparables dans le système judiciaire militaire et nous examinons les problèmes soulevés par les poursuites engagées à la suite du déploiement des Forces canadiennes en Somalie. Nous analysons ensuite les autres problèmes se rapportant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites au sein des forces armées et enfin, nous faisons part de nos conclusions et de nos recommandations pour une réforme du système.

POURSUITES DEVANT LES TRIBUNAUX MILITAIRES

La question essentielle est de savoir si le système actuellement prévu dans le Code de discipline militaire eu égard aux accusations et aux poursuites est approprié. Étant donné la nature relativement restreinte de notre étude, il ne s'agit pas de mettre en question l'existence et le

fonctionnement d'un système de justice militaire distinct. Cependant, comme nous devons analyser de près les rôles de certains de ses protagonistes, nous ne pouvons nous dispenser d'examiner les buts, les fonctions et le fonctionnement de ce système. Nous devons, dans le cadre de cet examen, nous pencher sur les limites de la compétence des tribunaux militaires. Pour commencer, une description sommaire du système de justice militaire canadien s'impose pour avoir une idée du contexte.

Compétence des tribunaux militaires

Le Code de discipline militaire fait partie de la *Loi sur la défense nationale*¹. Il définit les infractions et prescrit les procédures et les règles à appliquer aux poursuites connexes. À la Loi s'ajoutent les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC). Le Code de discipline militaire définit la juridiction du système de justice militaire en ce sens qu'il prescrit les infractions qui tombent sous le coup du Code et les personnes qui y sont assujetties.

Les personnes assujetties au Code de discipline militaire figurant dans la *Loi sur la défense nationale* incluent les membres des Forces canadiennes et les membres de la Force de réserve qui sont de service². Il s'applique également aux personnes accompagnant les membres des FC en poste à l'étranger³.

Il existe trois catégories d'infractions : 1) les infractions de nature purement militaire (p. ex. négligence dans l'exercice des fonctions, absence sans permission); 2) les infractions qui constituent un crime ou une infraction en vertu d'autres lois fédérales mentionnées dans la Loi⁴; 3) les actes qui constituent des infractions en vertu de la loi du pays où elles sont commises⁵. En général, les tribunaux militaires ont compétence en la matière (à condition que l'infraction en question ait été commise par une personne assujettie au Code de discipline militaire) quel que soit l'endroit où l'infraction a été commise. Toutefois, ils n'ont pas compétence pour juger certaines infractions à moins que ces dernières n'aient été commises à l'étranger. L'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* stipule :

70. Les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger l'une des infractions suivantes commises au Canada :

- a) meurtre;
- b) homicide involontaire coupable;
- c) agression sexuelle;
- d) agression sexuelle à main armée ou assortie de menaces à un tiers ou avec infliction de lésions corporelles;

- e) agression sexuelle grave;
- f) infractions visées aux articles 280 à 283 du *Code criminel* (enlèvements).

Ce qui veut dire que, si elles sont commises au Canada, ces infractions ne peuvent être jugées que par des tribunaux criminels civils, même si la personne accusée est par ailleurs assujettie au Code de discipline militaire. D'autres infractions commises au Canada par des personnes assujetties au Code de discipline militaire peuvent aussi faire l'objet de poursuites devant les tribunaux civils plutôt que devant les tribunaux militaires. Afin de justifier les poursuites devant un tribunal civil, on pouvait, il y a encore très récemment, s'appuyer sur la « règle du lien militaire », qui a été grandement atténuée, sinon abolie, par la Cour d'appel de la cour martiale du Canada dans l'affaire *R. c. Reddick*⁶ (voir ci-après).

Les infractions en vertu du Code criminel et d'autres lois fédérales sont aussi punissables aux termes du Code de discipline militaire et sont assujetties aux mêmes sanctions que celles prévues dans la loi qui les a établies⁷. Elles peuvent donc être jugées par des tribunaux militaires. Toutefois, la compétence des tribunaux militaires ne remplace pas celle des tribunaux civils. Les tribunaux civils et les tribunaux militaires ont compétence concurrente pour juger les infractions punissables aux termes des lois d'application générale⁸. L'exception d'acquiescement antérieur ou de condamnation antérieure interdit qu'une personne ne soit jugée deux fois pour une même infraction⁹.

Selon la règle du lien militaire, une personne assujettie au Code de discipline militaire ne peut normalement être jugée par des tribunaux militaires à moins d'un lien entre l'infraction qui lui est reprochée et les intérêts militaires. Cependant, dans l'affaire *R. c. Reddick*, la Cour d'appel de la cour martiale a considérablement restreint l'application de cette règle. Parlant au nom de la Cour, le juge en chef Strayer a déclaré :

J'estime que, compte tenu de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Généreux*, il n'y a plus lieu de se préoccuper du lien dans le contexte de la *Déclaration des droits* ou de la Charte. Cette décision confirme essentiellement la légitimité d'un système de justice militaire distinct. Elle reconnaît qu'un tel système est généralement assujéti aux exigences de la Charte, encore que ces exigences puissent donner lieu à une issue différente dans le contexte militaire. La justice militaire n'est donc pas traitée comme une exception importante au système de justice fondamentale généralement garanti aux Canadiens en vertu de la Charte. Dans la mesure où, du fait de la règle du lien, il y avait antithèse entre la justice militaire, d'une part, et la *Déclaration canadienne des droits* ou

la Charte, d'autre part, l'approche judiciaire et législative plus moderne a permis une plus grande harmonie entre ces éléments. Cela ne veut pas dire que l'on soit parvenu à une harmonie parfaite, mais que l'accent devrait être mis sur la conformité du système de justice militaire aux normes énoncées dans la Charte dans le contexte militaire spécial, et non sur les questions comme celle du lien [...].

[L]a règle du lien n'est plus à-propos et n'a plus le poids qui a pesé sur de nombreuses décisions antérieures de cette Cour. En fait, je crois qu'on peut l'oublier car elle a pour effet de détourner l'attention de la question réelle, à savoir la répartition des pouvoirs. La première chose dont une cour martiale doit s'inquiéter quand elle examine cette question, c'est de savoir si le Code de discipline militaire lui donne juridiction dans les circonstances alléguées dans les accusations. Dans l'affirmative, elle peut présumer que, en tant que partie de la *Loi sur la défense nationale*, le Code est constitutionnellement valide, à moins que l'accusé ne puisse prouver que, dans son cas particulier, appliquer le Code serait contraire à la Constitution¹⁰. [Traduction libre]

Le but fondamental du système de justice militaire est de renforcer et de favoriser l'administration des forces armées canadiennes. Le juge en chef Lamer a d'ailleurs déclaré dans l'affaire *R. c. Généreux* :

Le but d'un système de tribunaux militaires distinct est de permettre aux Forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes. La sécurité et le bien-être des Canadiens dépendent dans une large mesure de la volonté d'une armée, composée de femmes et d'hommes, de défendre le pays contre toute attaque et de leur empresserment à le faire. Pour que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil. Il s'ensuit que les Forces armées ont leur propre code de discipline militaire qui leur permet de répondre à leurs besoins particuliers en matière disciplinaire. En outre, des tribunaux militaires spéciaux, plutôt que les tribunaux ordinaires, se sont vu conférer le pouvoir de sanctionner les manquements au Code de discipline militaire. Le recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des Forces armées sur le plan de la discipline. Il est donc nécessaire d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de la discipline militaire¹¹.

Le juge en chef a approuvé les commentaires du juge Cattanach dans l'affaire antérieure *MacKay c. Rippon*¹² :

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

Le juge en chef Lamer a également reconnu que, étant donné sa vaste juridiction, le système de justice militaire exerce aussi une fonction publique générale :

Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics. Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du Code de discipline militaire, qui constitue les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, se rapportent à des affaires de nature publique. Par exemple, toute action ou omission punissable en vertu du *Code criminel* ou d'une autre loi du Parlement est également une infraction au Code de discipline militaire¹³.

Ces déclarations judiciaires soulignent le but et l'importance du système de justice militaire. En même temps, elles en limitent peut-être la compétence. Comme le juge en chef Lamer le dit, s'il existe un système de justice militaire, c'est pour permettre aux Forces canadiennes de s'oc-

cuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes. Les cas auxquels fait référence le juge Cattanach sont des exemples clairs de cas où la conduite au sein de l'armée devrait faire l'objet de mesures disciplinaires afin de préserver la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

Par suite de l'affaire *Reddick*, on ne peut plus se fonder sur l'absence de lien militaire afin de contester la compétence d'un tribunal militaire pour juger une infraction. Au lieu de cela, la question est de savoir si la mesure législative établissant l'infraction fait clairement partie, selon la Constitution, des attributions du législateur qui l'a promulguée, ou du moins si elle est reliée à l'exercice de cette compétence¹⁴.

Ainsi, tout acte de conduite criminelle de la part d'une personne assujettie au Code de discipline militaire peut être jugé par les tribunaux civils s'il est commis au Canada ou fait partie des infractions que les tribunaux militaires n'ont pas compétence pour juger, et qui sont énumérées à l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale*. Fait important pour les fins qui nous préoccupent, il n'y a pas de restrictions statutaires quant à la compétence des tribunaux militaires pour juger la conduite de personnes assujetties au Code de discipline militaire lorsque l'infraction est commise à l'étranger. Il n'existe pas de liste d'infractions ne pouvant être jugées, et la règle du lien militaire ne s'applique pas. Certaines restrictions peuvent toutefois être imposées sur la compétence des tribunaux militaires dans les conventions sur le statut des forces régissant le déploiement des troupes canadiennes dans certains États¹⁵.

Toutefois, il semblerait qu'en vertu de l'article 273 de la *Loi sur la défense nationale*, les tribunaux criminels civils et les tribunaux militaires aient compétence concurrente pour juger les infractions (autres que celles de nature purement militaire) commises à l'étranger par des personnes assujetties au Code de discipline militaire. L'article 273 stipule :

273. Tout acte ou omission commis à l'étranger par un justiciable du Code de discipline militaire et qui constituerait, au Canada, une infraction punissable par un tribunal civil est du ressort du tribunal civil compétent pour en connaître au lieu où se trouve, au Canada, le contrevenant; l'infraction peut être jugée et punie par cette juridiction comme si elle avait été commise à cet endroit, ou par toute autre juridiction à qui cette compétence a été légitimement transférée.

Cette disposition a pour effet de donner compétence concurrente aux tribunaux civils et aux tribunaux militaires pour juger *toutes* les infractions commises par des personnes assujetties au Code de discipline mili-

taire à l'extérieur du Canada. Par exemple, un militaire accusé d'un meurtre présumé avoir été commis au Canada ne peut être jugé que par un tribunal civil. En revanche, un militaire inculpé d'un crime commis à l'étranger peut être jugé soit par un tribunal militaire, soit par un tribunal correctionnel au Canada.

En soustrayant certains crimes commis au Canada à la compétence du système de justice militaire en vertu de l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale*, on décide que certaines infractions, peu importe les circonstances, n'ont tout simplement pas de rapport suffisant avec la raison d'être d'un système de justice militaire pour justifier qu'elles soient jugées par des tribunaux militaires. Le raisonnement est que, par exemple, un meurtre commis au Canada par un militaire ne devrait jamais être jugé par un tribunal militaire, car l'intérêt public l'emporte alors sur tout intérêt militaire dans les circonstances. La question qui se pose est donc la suivante : pourquoi la situation serait-elle différente si l'infraction avait été commise à l'étranger et pourquoi les tribunaux militaires et les tribunaux civils ont-ils compétence concurrente en vertu de l'article 273 de la *Loi sur la défense nationale*?

Il convient de souligner que l'article 273 a peut-être une portée plus large que celle qui avait été prévue à l'origine. Il semble que cet article avait alors pour objectif de présenter une solution de rechange au jugement de civils par un tribunal militaire à l'étranger, en conférant aux tribunaux canadiens la compétence de juger des civils ayant commis des infractions pénales à l'étranger pendant qu'ils étaient régis par le Code de discipline militaire (p. ex. les conjoints accompagnant des militaires en service à l'étranger)¹⁶. Selon l'actuel juge-avocat général, cette compétence visait à empêcher que des civils ayant commis à l'étranger des infractions non passibles d'extradition n'échappent à toute responsabilité en retournant au Canada (où le système de justice militaire n'aurait alors aucune compétence sur eux). Comme l'a expliqué le juge-avocat général :

Cette situation risque de soulever des préoccupations, car une fois rentrée au Canada, cette personne pourrait échapper à toute responsabilité criminelle pour ses actes, à moins d'avoir commis une infraction passible d'extradition. L'en-nui, c'est que, contrairement au droit militaire, le droit pénal canadien ne déb-orde pas habituellement les frontières canadiennes. L'article 273 de la *Loi sur la défense nationale* a été promulgué pour éviter ce problème éventuel. Cet article prévoit que tout acte qui a été commis à l'étranger par une personne assuj-et-tie au Code de discipline militaire et qui, au Canada, constituerait une infraction

peut être jugé et puni par un tribunal civil canadien ayant compétence sur le lieu où se trouve le contrevenant. Cet article réglait le problème que posait un civil assujéti au Code qui s'enfuyait au Canada pour tenter d'éviter les conséquences de ses actes. Malheureusement, en raison du libellé plutôt vague de l'article et malgré l'intention clairement exprimée dans les documents justificatifs concernant l'objet de l'article, son application ne se limite pas aux civils assujéti au Code de discipline militaire. Bien sûr, cet article ne vise pas les militaires de la force régulière, et probablement pas ceux de la force de réserve, car ils continuent de relever de la compétence des tribunaux militaires au Canada. Cependant, la rédaction médiocre de l'article est au cœur des thèses récentes selon lesquelles des militaires accusés d'infractions concernant des incidents survenus à l'étranger peuvent être jugés par des tribunaux militaires ou civils, une fois rentrés au Canada¹⁷.

Si l'article 273 a été mal rédigé et, partant, s'il ne traduit pas l'objectif qu'il était censé viser (ou, pour être plus précis, s'il déborde largement son objectif initial), la question demeure : pourquoi les tribunaux militaires devraient-ils avoir compétence sur des infractions commises à l'étranger, infractions qui, si elles avaient été commises au Canada, ne pourraient être jugées que par des tribunaux civils (p. ex., les infractions mentionnées à l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale*)? Comme l'a dit le juge-avocat général à propos du bien-fondé de l'article 70 :

Lorsque les infractions de meurtre, d'homicide involontaire coupable, d'agression sexuelle et certaines infractions pénales liées au rapt d'enfants par un des conjoints sont présumées avoir été commises au Canada, elles relèvent exclusivement de la compétence des tribunaux civils. Cela a toujours été le cas, quoique, jusqu'à récemment, les infractions étaient celles de meurtre, d'homicide involontaire coupable et de viol. Il semble que cette compétence exclusive, si l'infraction était présumée avoir été commise au Canada, ait été justifiée par la *reconnaissance de l'intérêt prépondérant du secteur civil à l'égard des infractions habituellement considérées comme les plus graves*. Si les infractions étaient présumées avoir été commises à l'étranger, les forces militaires avaient la compétence « canadienne » exclusive, en présumant que les autorités locales n'étaient pas en mesure d'exercer une compétence ou, si elles étaient en mesure de le faire, qu'on pouvait les convaincre de ne pas l'exercer¹⁸.

Cette thèse soulève une autre question : s'il existe un « intérêt prépondérant du secteur civil » à l'égard des accusations mentionnées à l'article 70 lorsque ces infractions sont commises au Canada, la situation diffère-

t-elle lorsqu'elles sont commises à l'étranger? En outre, il existe vraisemblablement d'autres cas qui suscitent un intérêt prépondérant du secteur civil à l'égard d'accusations portées contre des personnes assujetties au Code de discipline militaire. En ce qui concerne les accusations découlant d'incidents survenus au Canada, on invoque la règle du lien militaire pour déterminer les cas où cet intérêt du secteur civil l'emporte sur le lien entre l'activité militaire et l'infraction. On serait en droit de se demander si cela ne devrait pas également être vrai dans le cas d'incidents survenus à l'étranger.

Certes, il est possible que des facteurs concourent à établir une distinction entre inconduite à l'étranger et inconduite au Canada. Par exemple, il convient peut-être de tenir le procès dans le lieu où l'infraction a été commise, car c'est là que se trouvent les preuves et les témoins. De plus, il se peut qu'il existe une convention sur le statut des forces qui permette à un tribunal militaire de juger une infraction, mais pas de retirer l'accusé du lieu du crime. Par conséquent, un procès devant un tribunal militaire risque de constituer la seule solution de rechange à la cession de la compétence au pays étranger. Cependant, il serait possible d'accorder aux tribunaux civils une compétence présomptive sur les infractions punissables aux termes de l'article 70, à défaut de motifs convaincants qui justifient un procès devant tribunal militaire. Si le procès pouvait avoir lieu au Canada, par exemple, il serait inutile d'accorder une compétence exclusive à un tribunal militaire.

Comme on l'a mentionné, il ne nous revient pas ici de mettre en doute la portée du système de justice militaire. Cependant, nous devons examiner les rôles que doivent jouer les personnes qui exercent le pouvoir de poursuite dans le cas d'infractions commises par des personnes assujetties au Code de discipline militaire. S'il existe des cas où la poursuite de ces infractions n'engage pas les intérêts militaires légitimes en matière de discipline, d'efficacité et de maintien du moral, ou encore des cas où les intérêts civils l'emportent sur les préoccupations militaires, on est alors en droit de se demander s'il n'y aurait pas un moyen de cerner ces cas et de porter les accusations en conséquence, soit devant les tribunaux civils, soit de manière à mieux protéger ces intérêts civils.

Dans la discussion détaillée qui suit à propos du processus de mise en accusation et de poursuite pour infractions d'ordre militaire, il convient de se rappeler que certaines infractions et certaines personnes ne sont pas régies par le système de justice militaire.

Exercice des fonctions de poursuite dans les Forces armées

Attributions et fonctions générales Les commandants jouent un rôle clé dans le système de justice militaire. Le terme « commandant » a un sens relatif. Toute personne assujettie au Code de discipline militaire relève d'un commandant ayant le pouvoir d'intervenir dans les questions de discipline militaire qui la concernent. Le commandant détient le pouvoir fondamental d'enquêter sur les infractions présumées, de lancer des mandats de perquisition, d'arrêter des suspects, de porter des accusations et d'intenter des procédures.

Le terme « commandant » est défini de la façon suivante dans le volume I des ORFC :

« commandant » s'entend :

- a) sauf lorsque le chef d'état-major de la Défense en décide autrement, de l'officier qui commande une base, une unité ou un élément;
- b) de tout autre officier désigné en qualité de commandant par le chef d'état-major de la Défense ou sous son autorité¹⁹;

Cette définition est élargie au volume II des ORFC, qui traite des questions liées à la justice militaire. L'article 101.01 prévoit :

- (1) Aux fins des procédures intentées sous le régime du Code de discipline militaire, l'expression « commandant » :
 - a) s'entend, outre des officiers mentionnés dans la définition de commandant à l'article 1.02 (*Définitions*) et sous réserve de l'alinéa (2), d'un commandant de détachement;
 - b) comprend, à l'égard d'un accusé :
 - (i) le commandant de la base, de l'unité ou de l'élément auquel appartient l'accusé ou, sauf dans le cas d'une caserne disciplinaire, le commandant de la base, de l'unité ou de l'élément où se trouve l'accusé quand des procédures sont intentées à son égard en vertu du code de discipline militaire,
 - (ii) si l'accusé est un commandant, le supérieur immédiat devant lequel il est responsable en matière de discipline ou tout autre officier que désigne le chef d'état-major de la Défense.

Par conséquent, un commandant est généralement le commandant d'une base, d'une unité, d'un élément ou d'un détachement. Le commandant de ceux qui sont eux-mêmes commandants est l'officier supérieur immé-

diat. En outre, les commandants peuvent être désignés par le chef d'état-major de la Défense.

Les commandants peuvent déléguer certains de leurs pouvoirs. Ainsi, un commandant peut autoriser un officier subalterne²⁰ à juger des infractions par voie sommaire et à imposer une peine à des membres des FC ayant un grade inférieur à celui d'adjudant, mais uniquement en ce qui concerne les infractions pour lesquelles l'accusé n'a pas le droit de demander un procès en cour martiale²¹.

En ce qui a trait aux questions liées à la discipline militaire, des procédures sont généralement intentées lorsqu'une plainte est déposée. La plainte constitue une allégation de violation du Code de discipline militaire. Lorsqu'une plainte a été déposée ou qu'il y a d'autres raisons de croire qu'une infraction a été commise, une enquête doit s'ensuivre²². À ce stade, l'enquête vise à déterminer s'il existe des motifs suffisants pour porter une accusation²³.

En outre, la *Loi sur la défense nationale* prévoit qu'une enquête doit être tenue *après* qu'une accusation a été portée²⁴. Dans ce contexte, une « accusation » est une plainte officielle de violation du Code de discipline militaire²⁵. Les ORFC énoncent les procès-verbaux d'accusation et les actes d'accusation prévus à cette fin. Les accusations sont soumises au commandant de l'accusé pour qu'il agisse en conséquence²⁶.

Le commandant peut ordonner la tenue d'une enquête sur l'accusation, même si une enquête a déjà été tenue avant la mise en accusation. Les résultats de l'enquête ont ensuite communiqués au commandant²⁷. Pour faciliter l'enquête, le commandant peut lancer un mandat de perquisition²⁸. Dans ce contexte, il exerce une fonction équivalant à celle d'un juge du système de justice civile. Il peut lancer le mandat de perquisition en se fondant sur la dénonciation faite sous serment et sur des motifs analogues à ceux qui visent les mandats de perquisition prévus aux termes du Code criminel²⁹.

Lorsque les résultats d'une enquête sont communiqués au commandant, il peut exiger la tenue d'une nouvelle enquête s'il juge que l'enquête menée n'est pas satisfaisante³⁰. En revanche, si le commandant est satisfait de l'enquête, il examinera les mesures à prendre au sujet de l'accusation³¹.

C'est à ce stade que le commandant a un rôle à jouer dans la décision concernant les accusations. Le commandant à qui une accusation est communiquée peut ordonner un non-lieu sans prendre d'autres mesures, s'il estime « qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'accusation »³². Dans le cas contraire, il « veille à ce qu'il y soit donné suite aussi rapidement que les

circonstances le permettent »³³.

Comme on l'a mentionné, les officiers délégués ne peuvent juger que des infractions qui ont été commises par des militaires de grade inférieur à celui d'adjudant et qui ne figurent pas dans la liste des infractions pour lesquelles l'accusé a le droit de demander un procès en cour martiale³⁴. Comme on en discutera plus loin de manière plus détaillée, un accusé a le droit d'être jugé en cour martiale pour toute infraction mentionnée au paragraphe 108.31(2) des ORFC³⁵. Comme les officiers délégués ont des pouvoirs restreints de punition³⁶, s'ils estiment que la peine susceptible d'être infligée à la personne jugée coupable de l'infraction qui leur a été soumise déborde leurs pouvoirs, ils doivent renvoyer l'accusation au commandant ou à un autre officier délégué³⁷.

Lorsqu'un officier délégué renvoie des accusations au commandant, diverses options s'offrent à ce dernier³⁸. Premièrement, il peut décider de prononcer un non-lieu. Deuxièmement, il peut renvoyer à nouveau l'accusation à l'officier délégué (ou à un autre officier délégué) aux fins de procès. Troisièmement, s'il y a lieu, le commandant peut juger lui-même l'accusé. Quatrièmement, il peut renvoyer l'accusation à une autorité supérieure.

Les pouvoirs accordés au commandant pour juger des infractions sont énoncés dans la *Loi sur la défense nationale*³⁹. Le commandant a compétence pour juger un accusé, aux conditions suivantes :

- l'accusé est un élève-officier⁴⁰ ou un militaire du rang d'un grade inférieur à celui d'adjudant;
- le commandant estime que ses pouvoirs de punition sont suffisants, dans les circonstances;
- l'accusé n'a pas choisi d'être jugé en cour martiale;
- l'infraction ne fait pas partie de celles qui sont exclues de la compétence du commandant;
- le commandant n'a aucun motif raisonnable de croire que l'accusé est inapte à subir son procès ou était atteint de troubles mentaux au moment de la perpétration de l'infraction reprochée.

Les pouvoirs de punition du commandant sont énoncés dans la *Loi sur la défense nationale*⁴¹ et explicités dans les ORFC⁴². Un commandant a le pouvoir d'imposer des punitions allant d'un avertissement à une peine de détention de 90 jours.

La *Loi sur la défense nationale* fixe les limites du pouvoir, pour le commandant, de présider un procès sommaire après une enquête :

163(1.1) Le commandant ne peut, dans les cas suivants, présider le procès sommaire d'un accusé à moins que, dans les circonstances, aucun autre commandant ne soit en mesure de le faire :

- a) il a mené ou supervisé directement l'enquête relative à l'accusation;
- b) le procès sommaire porte sur une infraction à l'égard de laquelle un mandat a été délivré en application de l'article 273.3.

En outre, un commandant ne peut entendre la cause si cela va contre « l'intérêt de la justice et de la discipline »⁴³.

Lorsque le commandant conclut que les conditions énoncées plus haut sont remplies, il doit ordonner à l'accusé de comparaître, accompagné de l'officier désigné pour l'aider, dans le cadre d'un procès sommaire⁴⁴. Si les conditions requises ne sont pas remplies ou si le commandant conclut qu'il ne conviendrait pas qu'il juge l'accusé, il doit renvoyer l'affaire à un officier supérieur ou à un autre commandant⁴⁵. S'il renvoie l'affaire à un officier supérieur, le commandant peut recommander que le procès soit instruit devant une cour martiale, compte tenu de la gravité des circonstances⁴⁶.

Les ORFC fixent les règles de procédure régissant les procès sommaires⁴⁷. Ces règles visent généralement à assurer la tenue d'un procès équitable. Aux termes de ces règles, le commandant doit notamment:

- accorder un délai si l'accusé a besoin de plus de temps pour préparer sa cause;
- permettre à l'accusé de choisir un procès en cour martiale, si les circonstances le permettent;
- admettre les preuves qui peuvent l'aider à décider s'il y a lieu de prononcer un non-lieu, de rendre un verdict ou de renvoyer l'affaire à une autorité supérieure;
- entendre l'accusé et ses témoins;
- permettre à l'officier désigné pour aider l'accusé d'agir en son nom;
- permettre à l'accusé d'interroger les témoins;
- autoriser le public à assister au procès⁴⁸.

Si un commandant conclut, durant un procès sommaire, que ses pouvoirs de punition sont insuffisants, compte tenu de la nature des faits mis au jour, il doit renvoyer l'affaire à une autorité supérieure⁴⁹.

Le commandant peut déclarer l'accusé coupable au cours d'un procès sommaire s'il conclut qu'il a été démontré hors de tout doute raisonnable

que celui-ci a commis l'infraction dont il est accusé⁵⁰. Le commandant doit alors recevoir les représentations et les preuves que l'accusé désire présenter relativement à la peine. Les facteurs dont il doit tenir compte dans la détermination de la peine sont les suivants:

- la gravité de l'infraction;
- la réputation et la conduite antérieure de l'accusé;
- les conséquences du verdict et de la peine⁵¹.

Dans certains cas, la sentence imposée par le commandant doit être approuvée par une autorité supérieure, appelée « autorité compétente ». C'est notamment le cas lorsqu'il veut imposer une peine de détention ou de rétrogradation à un sergent, un caporal-chef ou un caporal⁵². Le commandant doit également demander l'approbation d'une autorité supérieure lorsqu'il désire imposer à un militaire détenant le grade de soldat une peine de détention de plus de 30 jours⁵³. L'expression « autorité compétente » désigne soit un officier détenant au moins le grade de brigadier-général, soit un officier ayant au moins le grade de colonel et désigné par le ministre⁵⁴. L'autorité compétente doit déterminer si la punition recommandée par le commandant est appropriée dans les circonstances⁵⁵.

Procès devant des commandants supérieurs. La *Loi sur la défense nationale*⁵⁶ définit également les pouvoirs disciplinaires des commandants supérieurs⁵⁷. Un officier supérieur peut présider le procès sommaire d'un officier d'un grade inférieur à celui de lieutenant-colonel ou d'un militaire du rang d'un grade supérieur à celui de sergent. La procédure régissant les procès sommaires devant un commandant supérieur est essentiellement la même que celle qui s'applique aux procès sommaires devant un commandant⁵⁸.

Cours martiales. L'accusé a le droit, s'il est accusé d'infractions visées au paragraphe 108.31(2) et à l'article 110.055, de demander à être jugé par une cour martiale plutôt que de subir un procès sommaire devant un commandant ou un commandant supérieur. Si l'accusation porte sur une de ces infractions, le commandant ou le commandant supérieur doit informer l'accusé qu'il a le droit d'être jugé par une cour martiale⁵⁹. L'accusé peut également demander un procès devant une cour martiale s'il est accusé d'une infraction pour laquelle il est passible d'une amende de plus de 200 \$ ou d'une période de détention⁶⁰. Dans ce dernier cas, il incombe au commandant de déterminer la punition qui serait probable-

ment imposée à l'accusé et, si les circonstances le permettent, de l'informer qu'il a le droit d'être jugé par une cour martiale.

Il existe quatre types de cours martiales : les cours martiales générales, les cours martiales disciplinaires, les cours martiales générales spéciales et les cours martiales permanentes. La description suivante des quatre types de cours martiales est tirée d'un mémoire sur la justice militaire rédigé par l'Équipe de liaison de l'enquête sur la Somalie à l'intention de la Commission d'enquête.

Une cour martiale générale se compose de cinq officiers, dont le plus haut gradé agit comme président. Un juge-avocat, qui est juge militaire, est désigné pour agir essentiellement comme un juge dans un procès par jury. Le juge militaire décide des questions de droit et des questions mixtes de droit et de fait et fournit des directives et des instructions aux membres de la cour martiale. Une cour martiale générale a compétence pour juger tout militaire ou tout civil pouvant être accusé d'une infraction militaire et pouvant être traité ou jugé en conséquence. Une cour martiale générale peut infliger la gamme complète des peines énoncées au paragraphe 139(1) de la *Loi sur la défense nationale*.

Une cour martiale disciplinaire se compose de trois officiers, dont le plus haut gradé agit comme président. Un juge-avocat, qui est ici encore un juge militaire, est désigné pour agir essentiellement comme un juge dans un procès avec jury et remplir les mêmes fonctions que dans une cour martiale générale. Une cour martiale disciplinaire ne peut pas juger un civil ou un officier détenant le grade de major ou un grade supérieur. Elle peut infliger une gamme de peines incluant des amendes ou des peines d'emprisonnement de moins de deux ans.

Une cour martiale permanente comprend un juge militaire nommé par le ministre pour présider le procès. Cet officier est la seule personne qui préside au procès. Une cour martiale permanente ne peut infliger une peine plus sévère qu'une période d'emprisonnement de moins de deux ans. Elle ne peut pas juger un civil ou un militaire ayant le grade de colonel ou un grade plus élevé. Une cour martiale permanente a des pouvoirs de punition semblables à ceux d'une cour martiale disciplinaire.

Une cour martiale générale spéciale comprend un juge président nommé par le ministre de la Défense nationale. Une cour martiale générale spéciale ne peut juger que les civils. Elle peut infliger la peine de mort (mais seulement si celle-ci est prévue dans l'article sur les peines), une amende ou une peine d'emprisonnement⁶¹.

Une cour martiale générale ou une cour martiale disciplinaire est convoquée lorsque l'« autorité convocatrice » l'ordonne. L'autorité convocatrice

décide du genre de cour martiale à tenir⁶². Il peut s'agir du ministre de la Défense⁶³, le chef d'état-major de la Défense ou du commandant d'un commandement qui reçoit une demande d'un commandant⁶⁴. L'autorité convocatrice doit aviser le juge militaire en chef de la nécessité de nommer le président et les autres membres de la cour martiale⁶⁵. Le juge militaire en chef nomme alors le président et les autres membres et fait parvenir l'ordre de nomination à l'autorité convocatrice et au juge-avocat général⁶⁶. Une cour martiale générale spéciale ou une cour martiale permanente tient un procès quand le commandant d'un commandement ou un autre officier désigné par le ministre le lui ordonne.

Il ne convient pas d'examiner ici à fond les procédures suivies en cour martiale. Néanmoins, il faut signaler certains aspects des procès qui s'y déroulent pour bien cerner le rôle des divers participants. Comme c'est la cour martiale générale qui nous intéresse surtout ici, l'accent est mis sur les caractéristiques particulières de cette procédure.

Le président de la cour martiale générale doit avoir au moins le grade de colonel et doit avoir un grade au moins égal à celui de l'accusé⁶⁷. Tout officier des Forces canadiennes ayant au moins le grade de capitaine peut siéger à une cour martiale générale⁶⁸, mais certaines restrictions peuvent s'appliquer dans un cas donné. Par exemple, l'officier qui a convoqué la cour martiale ne peut pas y siéger — pas plus que le procureur de la poursuite, un témoin à charge ou le commandant de l'accusé. En outre, toute personne ayant participé à une enquête concernant les questions sur lesquelles se fonde l'accusation ne peut siéger à une cour martiale⁶⁹.

Il incombe en général au président de la cour martiale de faire en sorte que le procès soit dirigé avec ordre et d'une façon digne d'une cour de justice, et de veiller à ce que la cour s'acquitte dûment de ses fonctions⁷⁰. Il doit notamment s'assurer que l'accusé qui n'a pas d'avocat ni d'officier de la défense pour le représenter a un procès juste⁷¹. La cour se guide en général sur l'avis du juge-avocat pour toutes les questions de droit et de procédure et elle ne passe outre à son avis que pour « des raisons très sérieuses »⁷².

Le juge militaire en chef nomme la personne qui fera fonction de juge-avocat à la cour martiale générale⁷³. Les fonctions du juge-avocat sont vraiment de nature judiciaire. Celui-ci doit notamment présider aux formalités d'ouverture de la cour martiale⁷⁴, statuer sur les questions de droit ou les questions mixtes de droit et de fait⁷⁵, expliquer à la cour le droit applicable à toute accusation dont elle est saisie⁷⁶, instruire la cour avant qu'elle ne délibère⁷⁷ et instruire la cour concernant le droit applicable à l'imposition de la sentence⁷⁸.

Les ORFC exposent d'autres responsabilités fondamentales du juge-avocat. Celui-ci doit toujours se montrer impartial à l'égard de la poursuite et de la défense⁷⁹. Il doit faire part à la cour de tout défaut dans l'accusation ou dans la constitution de la cour et de tout vice de forme dans les procédures elles-mêmes⁸⁰. En outre, au même titre que le président de la cour martiale, le juge-avocat doit veiller à ce que l'accusé ne soit pas le moins désavantagé en raison de son manque de connaissance des formalités du procès⁸¹.

Le procureur de la poursuite est désigné par l'autorité convocatrice ou par un officier nommé à cette fin par l'autorité convocatrice⁸². L'autorité convocatrice peut, avec l'assentiment du juge-avocat général, désigner un avocat civil à titre de procureur de la poursuite⁸³. Le procureur de la poursuite doit en général seconder la cour dans l'accomplissement de ses fonctions et doit, en particulier, s'assurer qu'aucun fait pertinent en faveur de l'accusé n'est supprimé⁸⁴. En outre, il ne doit mentionner aucun fait qui ne se rapporte pas au procès en cours, employer un langage abusif, manquer d'impartialité à l'égard de l'accusé ni signaler à la cour que l'accusé n'a pas rendu témoignage⁸⁵.

L'accusé a le droit d'avoir un « conseiller » et d'être représenté par un officier de la défense⁸⁶, sans frais, ou par un avocat civil (à ses frais⁸⁷). Il peut choisir un officier de la défense spécifique ou s'en voir désigner un⁸⁸. Si l'accusé demande les services d'un officier spécifique, le commandant doit s'efforcer de rendre cet officier disponible à cette fin⁸⁹. L'officier de la défense peut être tout officier commissionné⁹⁰, mais, dans la pratique, il s'agit habituellement d'un avocat du Bureau du juge-avocat général. Il incombe au commandant de s'assurer que l'accusé a amplement l'occasion de préparer sa défense et de communiquer avec son officier de la défense ou son avocat⁹¹.

Juge-avocat général. Le juge-avocat général joue un double rôle en ce qui a trait aux poursuites. Ce rôle est d'abord consultatif : les avocats du cabinet du juge-avocat général peuvent être appelés à conseiller les commandants sur des questions de discipline. Il est ensuite fonctionnel : ce sont les procureurs du cabinet du juge-avocat général qui intentent les poursuites devant les cours martiales, tout comme le fait le procureur de l'État dans les affaires civiles.

Lorsqu'il exerce son autorité à l'égard de mesures disciplinaires, le commandant consultera fréquemment les services de la police militaire et les procureurs. Le commandant peut aussi solliciter l'avis juridique des officiers du cabinet du juge-avocat général lorsqu'il assume ses fonctions en matière disciplinaire.

Un procès en cour martiale se déroule à peu près de la même manière qu'un procès ordinaire au criminel. Le juge-avocat joue plus ou moins le même rôle que le juge dans les affaires civiles, et le président et les autres membres du tribunal font office de jury. Contrairement à ce qui se passe dans les procès civils, toutefois, le verdict d'une cour martiale générale est à la majorité des voix plutôt qu'à l'unanimité⁹², et les membres d'une cour martiale décident de la peine dans les cas de verdict de culpabilité⁹³.

Résumé des décisions de la poursuite Le rôle de loin le plus important du système de justice militaire décrit ci-avant revient au commandant, qui :

- ordonne que la police militaire procède à une enquête;
- émet les mandats de perquisition;
- décide s'il faut intenter des poursuites judiciaires;
- peut déléguer des décisions à des officiers subalternes;
- instruit des accusations par voie sommaire;
- peut renvoyer une accusation à une autorité supérieure;
- impose des peines d'emprisonnement d'au plus 90 jours;
- informe l'accusé de la disponibilité d'une cour martiale, s'il y a lieu;
- doit s'efforcer de rendre disponible l'officier de la défense choisi par l'accusé.

Le rôle du commandant est manifestement multiple et complexe. Il n'existe rien d'analogue dans le système civil de justice criminelle. Par exemple, ce rôle comprend des fonctions de la police civile telles qu'entreprendre une enquête et porter des accusations. Il englobe en outre des fonctions judiciaires telles que délivrer des actes de procédure, instruire des causes et imposer des peines.

Néanmoins, le commandant ne peut pas être qualifié de « procureur » dans le sens qu'on donne à ce terme dans les procès civils. Ce n'est pas le commandant qui fait valoir la cause de l'État en cour martiale, mais les avocats du cabinet du juge-avocat général. Le commandant n'ordonne pas la tenue d'une cour martiale ni ne décide de la forme que prendra la cour martiale. Cette fonction s'apparente au pouvoir qu'a le ministère public de procéder par inculpation directe et d'intenter des poursuites par procédure sommaire ou par mise en accusation. Bien que cette fonction soit d'abord exercée par le commandant lorsqu'il décide s'il faut juger une infraction militaire par procédure sommaire ou demander la tenue d'une cour martiale, elle est en fin de compte exercée par l'autorité

convocatrice. Tout comme le commandant, l'autorité convocatrice fait évidemment partie de la structure de commandement et non de l'appareil judiciaire militaire.

En conséquence, les décisions critiques à prendre dans le cours de l'enquête et des poursuites concernant la conduite illicite d'un membre des forces armées sont prises au sein de la structure de commandement, principalement par le commandant responsable. La plus importante de ces décisions est celle d'intenter des poursuites. C'est cette décision qui déclenche le système judiciaire militaire et qui peut faire que les accusés soient privés de leur liberté ou reçoivent d'autres peines plus légères. C'est aussi à ce moment-là que les buts du système judiciaire militaire décrits plus haut entrent en jeu. En effet, la décision d'intenter des poursuites revient à une décision préliminaire selon laquelle il y a eu conduite illégale dont l'ordre et la discipline militaires exigent qu'elle soit sanctionnée. Pour bien saisir toute l'importance de la décision d'intenter des poursuites, il faut examiner l'exercice de ce pouvoir dans la société civile. Tel est l'objet des deux prochaines sections.

IMPORTANCE D'UN EXERCICE INDÉPENDANT DES FONCTIONS DE POURSUITE DANS LA SOCIÉTÉ CIVILE

Dans la société civile, on s'est beaucoup penché sur l'idée que la prise de décisions en matière de poursuites, notamment la décision d'intenter des poursuites, devrait être indépendante. L'indépendance est une notion relative qui dépend du contexte. Lorsqu'on parle de la nécessaire indépendance du système judiciaire, par exemple, il ne faut pas confondre avec la nécessité de services de police indépendants.

Il importe que le pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites soit indépendant parce qu'il est étroitement lié à la règle de droit. Le pouvoir de poursuivre une personne pour inconduite présumée est le plus sérieux que l'État puisse exercer contre ses administrés. Il peut mener à d'importantes privations de la liberté individuelle même si, au bout du compte, les accusations ne sont pas prouvées. La décision d'intenter des poursuites doit donc être prise avec la plus grande prudence. En outre, elle doit être impartiale en ce sens que tous devraient être égaux devant la loi. Tout écart de conduite devrait être puni, qu'il soit le fait d'une personne importante ou d'une personne pauvre. La décision de poursuivre doit être juste et fondée sur des preuves claires. Il est capital que la personne qui exerce le pouvoir d'intenter des poursuites fasse preuve d'indépendance

de jugement dans un système de justice fondé sur l'égalité, l'équité et le respect de la règle de droit.

En matière de poursuites, lorsqu'on dit que les décisions doivent être prises de façon indépendante, on veut habituellement dire qu'il faut s'assurer que le pouvoir discrétionnaire exercé par les personnes occupant des postes d'autorité repose uniquement sur des considérations pertinentes, la pertinence de celles-ci dépendant évidemment du contexte particulier dans lequel une décision est prise. Dans la société civile, le principal facteur pouvant justifier la décision de porter des accusations est l'existence de preuves suffisantes. Au Canada, cette décision est en général prise par les autorités policières⁹⁴ et le critère qui s'applique est qu'on doit avoir des motifs raisonnables de croire que la personne a commis une infraction. Dans la société civile, il faut en outre décider si l'accusation, une fois portée, devrait donner lieu à des poursuites. Cette décision revient habituellement au ministère public (au bureau du procureur général compétent) et le critère qui s'applique en général est la probabilité raisonnable d'obtenir une condamnation et, aussi, l'assurance que des poursuites serviront l'intérêt public. On trouvera plus loin une analyse détaillée des facteurs qui entrent en ligne de compte lorsque des poursuites sont intentées dans la société civile.

Les critères qui, dans la société civile, déterminent si des accusations doivent être portées et si des poursuites doivent être intentées sont importants. Ils ont été établis de telle sorte qu'on s'assure d'avoir des preuves matérielles suffisantes avant d'inculper quelqu'un au criminel. Il faut aussi se demander si l'intérêt public exige qu'il y ait poursuite, ce qui est manifestement un critère plus difficile à évaluer de façon impartiale. Le critère de l'intérêt public vise à amener le décideur (c.-à-d. le procureur) à tenir compte des circonstances de l'affaire et de la situation du contrevenant avant de décider si des accusations devraient donner lieu à des poursuites. Autrement dit, le facteur de l'intérêt public est directement fonction de l'accusation et du contrevenant. Il ne permet pas à un procureur, par exemple, d'agir sur la base de considérations politiques.

À vrai dire, l'existence de critères objectifs plutôt que subjectifs n'est pas inhérente à la notion d'indépendance de la prise de décisions. Toutefois, en matière de poursuites, le recours à des critères objectifs est lié au but même pour lequel l'indépendance est nécessaire : réduire la probabilité que des considérations inopportunes influencent la décision de porter des accusations et d'intenter des poursuites au criminel. Des critères objectifs ont aussi l'avantage d'accroître la responsabilisation, car ils facilitent

tent l'examen de la décision originale. Une autorité de contrôle peut déterminer elle-même ce qui est « raisonnable » dans les circonstances.

Il importe donc, dans la société civile, de supprimer toute idée que la décision d'intenter des poursuites puisse être fondée sur des motifs extrinsèques ou détournés. Toutefois, les critères qui s'appliquent à la décision de poursuivre ou pas ne sont pas les seuls facteurs en cause. Les caractéristiques du décideur sont importantes aussi. Cela signifie que le poste qu'occupe le décideur doit lui permettre d'agir de façon indépendante. Le plus bel exemple de cela se trouve dans le secteur judiciaire. Les juges doivent être inamovibles, et être assurés d'un salaire et d'une pension afin de ne pas craindre de représailles de la part du pouvoir exécutif par suite des décisions qu'ils prennent dans l'exercice de leur pouvoir judiciaire. En matière de poursuites, comme on le verra en détail ci-après, les diverses juridictions emploient différents moyens d'arriver à une indépendance réelle et apparente dans l'exercice du pouvoir de poursuivre, principalement en minimisant la possibilité que des facteurs politiques influencent l'exercice de ce pouvoir.

Donc, deux grands aspects sont à considérer pour déterminer si le ministère public est en mesure d'agir de façon indépendante. D'abord, il y a l'existence de critères opportuns régissant la décision d'intenter des poursuites. Il y a ensuite l'ensemble des attributs définissant le poste de procureur de l'État. Nous décrivons dans la section qui suit certains des moyens qui sont pris pour assurer et préserver l'indépendance des divers ministères publics.

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE POURSUIVRE DANS D'AUTRES CONTEXTES

Contexte civil

Comme on l'a dit, l'indépendance de prise de décision en matière de poursuites revêt énormément d'importance dans le contexte civil. Cela est vrai dans tous les États de common law, bien que les moyens pris pour assurer cette indépendance varient. On trouvera décrit ci-après le fonctionnement de deux genres de systèmes de poursuite : l'un dans lequel le procureur général a la responsabilité principale des poursuites, et l'autre dans lequel le directeur des poursuites pénales a l'autorité principale à cet égard. Comme on le verra, l'un des objectifs majeurs de chaque système consiste à parvenir à l'indépendance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites.

Modèle du procureur général On a beaucoup écrit sur le rôle et la fonction du procureur général⁹⁵. Il ne s'agit pas ici d'examiner tous les aspects des responsabilités du procureur général. Nous nous attacherons plutôt à décrire le rôle du procureur général en sa qualité d'autorité en matière de poursuites. Il est particulièrement intéressant d'examiner les caractéristiques de la fonction de procureur général dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire par rapport à la fonction comparable de poursuite dans les Forces armées.

Les responsabilités d'un procureur général (par rapport à celles d'un ministre de la Justice, par exemple) varient quelque peu d'un État à l'autre⁹⁶, même si les deux rôles sont souvent exercés par un seul ministre. Au niveau fédéral, par exemple, le procureur général du Canada a pour responsabilité de fournir des conseils juridiques au gouvernement. Par ailleurs, dans les provinces de Terre-Neuve, du Québec et de la Saskatchewan, cette responsabilité incombe au ministre de la Justice. Cependant, c'est toujours le procureur général (quel que soit le titre qu'on lui donne) de l'État en question qui a en dernier ressort la responsabilité des affaires contentieuses en général et des poursuites pénales en particulier. Comme on le verra plus loin, cela est vrai même dans les États qui ont créé une fonction de directeur des poursuites pénales.

Il est vrai que l'une des fonctions principales d'un procureur général consiste à superviser les poursuites pénales, mais ce rôle peut se décomposer en une série d'activités distinctes. En effet, le procureur général a pour responsabilité générale de donner son consentement à l'engagement de poursuites (là où cela est exigé⁹⁷), d'exercer le pouvoir d'intervenir dans une poursuite privée, de décider d'engager ou non des poursuites, de consentir à un procès sans jury dans le cas des infractions prévues à l'article 469, de procéder par inculpation directe et d'arrêter les procédures. En pratique, bien sûr, ce sont souvent les substituts du procureur général qui prennent les décisions touchant ces actions. C'est quand même le procureur général qui doit répondre en dernier ressort des décisions prises par ses mandataires. Le rôle des substituts du procureur général et leurs rapports avec ce dernier ont été décrits dans le rapport de la commission d'enquête sur l'affaire Marshall.

Rôle du procureur de la Couronne local

Les pouvoirs du procureur général sont pour la plupart exercés par ses mandataires, les procureurs de la Couronne locaux. Ceux-ci sont nommés par le procureur général et doivent suivre ses instructions dans l'exercice de leurs fonctions. Dans toutes les poursuites, les procureurs de la Couronne agissent toujours en

tant que mandataires du procureur général, ce qui fait d'eux les dépositaires locaux des pouvoirs discrétionnaires du procureur général en matière de poursuites [...]

Le procureur de la Couronne local est tenu légalement de suivre les instructions légitimes du procureur général, auquel il doit rendre compte de tous les dossiers, mais, dans la pratique, il est entièrement responsable de la conduite des poursuites individuelles, et ce n'est que dans les cas les plus exceptionnels qu'un procureur général ou les hauts fonctionnaires du Ministère devraient intervenir directement. Le procureur général demeure, bien sûr, responsable en dernier ressort des actions des procureurs locaux. Ces rapports ont été bien décrits en 1975 par M. John Clement, qui était à l'époque procureur général de l'Ontario, quand il a déclaré :

Le pouvoir de supervision générale créé au fil de l'évolution de la common law et confirmé par une loi de l'Ontario signifie que le procureur de la Couronne local doit toujours répondre de ses actes devant le procureur général. Il faut cependant souligner que cette obligation de rendre compte s'inscrit dans un continuum. Dans un sens très général, le procureur de la Couronne doit rendre compte de sa conduite et de ses activités en matière d'administration de la justice au procureur général, mais celui-ci est plus précisément responsable envers la société et est tenu de rendre compte devant l'assemblée législative de tout le processus d'administration de la justice dans la province [...]

On n'a cependant jamais laissé entendre que le procureur général devrait assumer la responsabilité de l'administration courante de la justice. Selon notre système, le procureur général assume en dernier ressort la responsabilité devant la population, tandis que les procureurs de la Couronne locaux disposent de pouvoirs discrétionnaires étendus en matière de poursuites pénales. Sous réserve uniquement de lignes directrices de nature très générale, le procureur de la Couronne a toute latitude pour décider s'il convient d'engager ou non des poursuites, de quelle manière il les conduira et comment il mènera l'affaire devant le tribunal. Dans toutes ces questions et dans l'administration générale de la justice dans son champ de compétence, le procureur de la Couronne sait qu'il a amplement de pouvoir pour réagir adéquatement à l'évolution des dossiers dont il s'occupe⁹⁸.

Il importe que le procureur général, en sa qualité de chef du ministère public, agisse conformément à des critères appropriés tant effectivement qu'aux yeux du public. Autrement dit, les décisions touchant le traitement des dossiers individuels doivent être libres d'influences extérieures

et perçues comme telles par le public. Plus particulièrement, étant donné la situation du procureur général, qui est un député élu et un membre du Cabinet, ces décisions doivent être prises sans influence politique. Quand il s'agit de décider si des poursuites sont justifiées, par exemple, les décisions doivent être prises en fonction de la preuve et de considérations d'ordre public général, et non en fonction de facteurs politiques. Comme le procureur général est à la fois un politicien élu et le premier conseiller juridique de l'État, il y a risque de conflit entre ces rôles. Ce problème a été abordé par la commission d'enquête sur l'affaire Marshall et résumé comme suit :

En tant que premier agent de l'État chargé de l'application des lois, le procureur général a la responsabilité ministérielle des décisions prises par son ministère et doit en rendre compte à l'assemblée législative [...]

En même temps, les autres membres du Cabinet, qui partagent habituellement, à titre collégial, la responsabilité des décisions et des orientations de leurs collègues, n'ont aucun rôle ni aucune responsabilité à assumer à l'égard des décisions que prend le procureur général dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En fait, sur le plan constitutionnel, il ne convient pas qu'ils influent sur ces décisions. En tant que premier conseiller juridique de l'État, le procureur général doit exercer sa charge de poursuivant à titre indépendant, c'est-à-dire indépendamment des pressions de ses collègues du Cabinet. C'est au procureur général qu'appartient la décision d'engager des poursuites. Il en résulte que le procureur général occupe une position d'indépendance unique parmi les membres du Cabinet⁹⁹.

C'est précisément à cause du risque d'influence politique sur le procureur général que l'on a créé dans certains États le poste de directeur des poursuites pénales (DPP), dont nous traiterons dans le détail plus loin. En fait, la commission royale d'enquête sur l'affaire Donald Marshall avait recommandé la création d'un poste de directeur des poursuites pénales en Nouvelle-Écosse pour remédier aux lacunes qu'elle avait constatées dans le système juridique de cette province. La commission s'inquiétait de l'indulgence ou du traitement spécial accordés aux personnages politiques impliqués dans des affaires d'inconduite criminelle, alors que le dossier de Donald Marshall recevait trop peu d'attention. Notamment, en décidant d'engager des poursuites, le ministère du Procureur général de la Nouvelle-Écosse avait « exigé une probabilité de condamnation beaucoup plus forte pour inculper un politicien que pour inculper un Indien »¹⁰⁰. La commission d'enquête sur l'affaire Marshall a

conclu qu'il était nécessaire de créer un ministère public plus indépendant pour dissiper l'impression que le ministère du Procureur général faisait preuve d'un favoritisme fondé sur la situation sociale.

S'il existe une opinion largement répandue que le système de justice, ou l'un de ses éléments, a traité une affaire de façon non impartiale ou inéquitable, c'est là un signe révélateur que quelque chose ne va pas. Dans une telle situation, il y a de la vérité dans l'idée que la perception devient la réalité; comme un cancer, elle se répand insidieusement dans toute la collectivité en exerçant des effets débilissants et corrosifs à l'intérieur et à l'extérieur du système¹⁰¹.

Aussi importante que soit l'indépendance pour le bon exercice des responsabilités du procureur général, cette caractéristique doit être contrebalancée par l'obligation de rendre compte. Il importe que le titulaire du ministère public doive répondre de ses décisions, tout particulièrement devant le Parlement ou l'assemblée législative. C'est pourquoi la commission d'enquête sur l'affaire Marshall a rejeté l'idée d'un DPP « qui n'aurait de comptes à rendre qu'à sa conscience et à la loi »¹⁰². De même, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé la création, au niveau fédéral, d'une charge de DPP dont le titulaire serait nommé pour une période déterminée et pourrait être démis de ses fonctions pour certains motifs, afin d'assurer une certaine reddition de comptes¹⁰³.

Étant donné le genre de décisions que le ministère public peut prendre à l'égard d'affaires criminelles, on voit aisément pourquoi l'indépendance et l'obligation de rendre compte sont si importantes. Il y a des occasions d'exercer le pouvoir discrétionnaire du tout début d'une affaire jusqu'à l'audience de détermination de la peine. La décision même d'engager des poursuites contre un individu doit être prise en dehors de toute considération politique. Autrement, le principe de l'égalité devant la loi, pilier de la règle de droit, s'en trouve terni. En même temps, on doit être tenu de rendre compte de cette décision. Le public a le droit qu'on lui explique pourquoi on a engagé des poursuites ou non dans une affaire donnée.

Deux points principaux de cet exposé s'appliquent de façon très pertinente au contexte militaire. Tout d'abord, il existe au Canada une forte tradition selon laquelle l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre devrait être libre d'influences extérieures. Dans le contexte civil, à cause de la nature de la charge de procureur général, on a cherché avant tout à faire en sorte que les considérations politiques n'influent pas sur la prise de décision en matière de poursuites, surtout celle d'engager ou non des poursuites. Ce souci a donné lieu à l'établissement du principe vou-

lant que le procureur général, bien qu'il soit un politicien élu et un membre du Cabinet, ait la responsabilité particulière de ne prendre en considération que les affaires se rapportant directement à la fonction de poursuivant dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La définition de ce qui se rapporte ou non à cette fonction prend souvent la forme de lignes directrices en matière de poursuites, qui sont abordées et décrites en détail plus loin.

Le second point, qui renforce indirectement le premier, est que le décideur dans le contexte civil dispose d'une grande autonomie. Cela s'explique en partie par des raisons d'ordre pratique. On ne pourrait pas s'attendre à ce que le procureur général prenne personnellement toutes les décisions relatives à l'exercice de la fonction de poursuivant. Il existe cependant un fondement théorique pour donner un vaste pouvoir discrétionnaire aux procureurs locaux. Cela contribue à assurer l'indépendance souhaitée dans la prise de décisions en matière de poursuites, en déplaçant le lieu d'exercice du pouvoir du niveau politique (le procureur général) au niveau local. Cela réduit la probabilité que les pressions politiques qu'un procureur général pourrait sentir pèsent sur les décisions en matière de poursuites. Bien sûr, cela entraîne la possibilité que des forces politiques locales influent sur les poursuites, mais ce risque se trouve, encore une fois, compensé en partie par l'établissement de lignes directrices régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

L'octoi d'une certaine autonomie aux procureurs locaux présente l'avantage additionnel de contribuer à s'assurer que les conditions et les circonstances locales font partie du processus de prise de décision. Comme on le mentionne plus loin, l'un des principaux facteurs à prendre en considération quand il s'agit de décider d'entamer des poursuites est l'intérêt public. La question de savoir s'il est dans l'intérêt public d'engager des poursuites dépendra souvent de l'effet que ces poursuites pourraient avoir sur la collectivité locale. Un procureur qui réside dans cette collectivité sera habituellement mieux placé qu'un procureur général pour évaluer ce facteur.

On examinera plus loin l'importance de ces deux points dans l'évaluation de la fonction de poursuivant dans le contexte militaire.

Modèle du directeur des poursuites pénales. La charge de directeur des poursuites pénales est apparue au Royaume-Uni en 1879. Elle a été créée dans le but d'établir un système de poursuites plus constant que celui qui avait existé jusque-là. Auparavant et — comme cela s'est avéré — pendant une très longue période par la suite, les poursuites étaient sur-

tout privées ou entamées par la police, qui donnait des instructions à son propre avocat. Or, le système de poursuites privées comportait l'inconvénient de ne pas assurer un degré suffisant de cohérence et de prise en compte de l'intérêt public. Le cumul des fonctions d'enquête et de poursuites constituait un autre sujet d'inquiétude. En 1985¹⁰⁴, le DPP anglais est devenu réellement le chef du Crown Prosecution Service (ministère public) et a été chargé des poursuites pénales. Jusque-là, il n'avait été responsable que des poursuites relativement mineures.

Ainsi, ce n'est pas pour créer un ministère public plus indépendant que l'on a institué la charge de DPP en Angleterre. En fait, le DPP de l'Angleterre et du pays de Galles n'est pas réellement indépendant du procureur général. Certains États se sont toutefois inspirés du système anglais et ont intégré un DPP à leur système de poursuite parce qu'ils ont reconnu la possibilité ainsi offerte d'accroître l'indépendance des décisions en matière de poursuites. La mesure dans laquelle le modèle du DPP offre une indépendance accrue dépend de la façon dont la charge est structurée. L'indépendance peut être protégée si les rapports entre le procureur général et le DPP sont définis dans la loi et si l'influence que peut exercer le procureur général sur le pouvoir discrétionnaire du DPP est limitée.

La Nouvelle-Écosse a été la première administration canadienne à créer une charge de DPP par voie législative¹⁰⁵. Comme mentionné plus haut, cette mesure a été prise par suite des travaux de la commission royale chargée d'enquêter sur l'affaire Donald Marshall. Les commissaires avaient jugé nécessaire de renforcer l'indépendance de l'autorité chargée d'engager des poursuites dans cette province afin d'enrayer l'impression selon laquelle les personnes influentes étaient traitées de manière préférentielle par les procureurs.

On a créé cette indépendance en limitant par voie législative la mesure dans laquelle le procureur général de la province peut diriger les actes du DPP, qui possède le pouvoir fondamental en matière de poursuites judiciaires. La *Public Prosecutions Act* de la Nouvelle-Écosse prévoit que le procureur général doit répondre des poursuites criminelles devant la législature, mais établit que son rôle consiste à :

- diffuser des instructions générales ou lignes directrices publiées, après consultation du DPP;
- donner au DPP des conseils que celui-ci n'est pas tenu de suivre;
- consulter le Cabinet sur les questions de poursuites engénéral, mais non sur des affaires individuelles;

- exercer les pouvoirs que lui confère la loi relativement aux poursuites, après consultation du DPP.

Le DPP est autorisé expressément à engager des poursuites indépendamment du procureur général, mais il est tenu de respecter les lignes directrices et instructions diffusées par celui-ci. Jusqu'ici, des directives et lignes directrices ont été diffusées relativement aux questions suivantes, entre autres :

- l'exécution d'enquêtes et les poursuites relatives à des affaires intéressant des personnes qui ont des besoins de communication particuliers;
- les appels interjetés auprès de la Cour d'appel;
- la violence conjugale;
- les enquêtes supplémentaires et les nouvelles enquêtes;
- l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre;
- la divulgation par la Couronne¹⁰⁶.

L'avantage d'un modèle de ce genre réside dans le fait que le procureur général s'acquitte de ses fonctions en tant que ministre responsable des questions de poursuites et de l'administration de la justice en général dans la province, tandis que le DPP s'occupe des cas individuels selon leur bien-fondé. Un tel modèle optimise l'indépendance et l'obligation de rendre compte dans l'exercice des activités de poursuite.

Plusieurs autres pays du Commonwealth, dont l'Irlande, l'Australie et la plupart des États australiens ont établi des DPP¹⁰⁷. Les attributions des titulaires de ces postes dans ces divers pays varient considérablement, mais il n'y a pas lieu d'examiner ces différences dans le détail aux fins de la présente étude¹⁰⁸. Ce qui importe, c'est que les caractéristiques du poste de DPP peuvent être adaptées aux attentes et aux besoins locaux. Les aspects du poste qui ont trait à l'indépendance d'un directeur des poursuites pénales méritent cependant d'être mentionnés.

Les principales caractéristiques d'un poste de DPP appartiennent à trois catégories. La première englobe des aspects relatifs à la nomination du DPP : critères d'admissibilité, processus de nomination lui-même et durée du mandat du titulaire. La deuxième catégorie a trait aux fonctions et responsabilités du DPP. La troisième porte sur les rapports entre le procureur général et le DPP.

Le DPP est habituellement nommé par le Cabinet. Dans deux pays, il est prévu que des personnes de l'extérieur de l'administration donnent leur avis au sujet de l'aptitude des candidats à remplir le poste. En Ir-

lande, par exemple, le DPP est nommé par le gouvernement¹⁰⁹ parmi les candidats recommandés par un comité composé du juge en chef, du président du barreau, du président de l'ordre des avocats, du secrétaire du gouvernement et du premier assistant juridique du procureur général¹¹⁰. En Nouvelle-Écosse, le DPP est « nommé par le gouverneur en conseil » après consultation du juge en chef [de la Nouvelle-Écosse], du juge en chef de la division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et du bureau de la Nova Scotia Barristers' Society¹¹¹. L'idée essentielle est que le DPP n'est pas nommé par le procureur général seul, ce qui aide à garantir qu'il n'est pas simplement le substitut de ce dernier.

Pour que son indépendance soit effective, le DPP doit également avoir une certaine inamovibilité. Autrement, un gouvernement pourrait tout simplement destituer un directeur qui, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, prendrait des décisions avec lesquelles certains de ses membres ne seraient pas d'accord ou qui l'embarrasseraient de quelque manière.

La durée du mandat du DPP prévue dans les lois établissant ce poste varie considérablement selon les pays. Certains fixent des mandats de durée déterminée (Australie, Territoire de la Capitale australienne, Australie-Occidentale, Territoire du Nord), d'autres permettent à chaque directeur de négocier cette durée au moment de sa nomination (Angleterre et pays de Galles, Irlande, Queensland), et d'autres encore prévoient que la personne nommée au poste de DPP occupera celui-ci à titre inamovible jusqu'à sa retraite (Nouvelle-Écosse, Nouvelle-Galles du Sud, Victoria, Territoire du Nord¹¹²). La Commission de réforme du droit du Canada a recommandé la nomination d'un DPP fédéral pour un mandat d'une durée de dix ans, qui serait renouvelable¹¹³.

Il existe également des moyens de destituer un DPP qui ne s'acquitte pas des fonctions et responsabilités de son poste. Les lois australiennes établissent de façon caractéristique les motifs de destitution d'un directeur, notamment, l'incapacité physique ou mentale, l'absence excessive, le cumul d'activités, la mauvaise conduite générale et l'insolvabilité. La *Nova Scotia Public Prosecutions Act* prévoit que le directeur occupe ses fonctions à titre inamovible et ne peut être destitué que pour un motif valable après adoption d'une résolution par l'assemblée législative¹¹⁴. Cela est analogue à l'inamovibilité offerte aux membres de la magistrature au Canada. Dans ce contexte, comme ici, il s'agit d'éviter que les titulaires moulent leur conduite sur les vœux du gouvernement. Autrement dit, l'inamovibilité favorise l'indépendance¹¹⁵.

C'est dans les rapports entre le procureur général et le DPP que les questions relatives à l'indépendance et à la responsabilité de ce dernier sont les plus évidentes. Comme on l'a mentionné, dans toutes les administrations précitées, le procureur général a en dernier ressort la responsabilité des affaires relatives aux poursuites, même si le DPP se voit conférer la responsabilité première de procéder à celles-ci. Les lois de certaines administrations sont plus explicites que d'autres à ce sujet. Par exemple, en Nouvelle-Écosse, la loi habilitante établit clairement que le procureur général est responsable du service des poursuites et comptable de celui-ci devant la législature¹¹⁶. En Angleterre et au pays de Galles, on exprime les choses différemment, en ce sens que la loi applicable établit que le DPP exerce ses fonctions sous le contrôle du procureur général¹¹⁷. En Nouvelle-Galles du Sud, il est prévu que le DPP est responsable envers le procureur général, mais que cela ne porte pas atteinte à ses pouvoirs en matière de poursuites¹¹⁸. Au Queensland, le DPP est comptable envers le procureur général¹¹⁹.

Cet examen des divers modèles d'autorités chargées des poursuites judiciaires dans le contexte civil a pour but de donner une idée des efforts faits par les États de common law pour protéger l'indépendance de ces autorités et s'assurer ainsi que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de porter des accusations et d'engager des poursuites est régi par des considérations opportunes. Ces mesures visent principalement à réduire le risque que des facteurs étrangers aux poursuites criminelles influencent le cours de celles-ci, et à diminuer ainsi l'abus possible du pouvoir qu'a l'État de porter des accusations contre des personnes, de les poursuivre et de les punir. Ce faisant, on protège l'égalité de traitement et l'équité.

La plupart des administrations qui ont créé un poste de directeur des poursuites pénales cherchaient principalement à éviter la possibilité — et, par conséquent, l'impression que pourrait avoir le public — que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre soit influencé par des facteurs politiques. Cela est manifeste dans le cas de la Nouvelle-Écosse, par exemple. Cette préoccupation ne se limite pas aux États où il existe en fait des DPP. Comme on l'a vu dans la section précédente, l'indépendance du procureur général et de ses substituts est essentielle à l'administration de la justice pénale dans les pays de common law. Dans ceux où il existe un DPP, cette préoccupation a été officialisée dans les lois créant ce poste.

Dans les administrations dotées ou non d'un DPP, on a souvent recours à des lignes directrices pour structurer le processus décisionnel relatif à

l'engagement de poursuites judiciaires. Nous examinons ci-après l'utilisation et le contenu de ces lignes directrices.

Lignes directrices et normes. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre fait intervenir de sérieuses questions de politique, et non pas seulement de preuve. Par exemple, de nombreux États possèdent des politiques relatives à l'engagement de poursuites dans les cas de violence conjugale¹²⁰. Manifestement, l'autorité chargée d'engager les poursuites doit être responsable de ces politiques (ou de leur absence). Avant de décider d'engager des poursuites, on doit normalement se demander si, compte tenu de la preuve, le suspect sera probablement reconnu coupable et s'il est dans l'intérêt public de le poursuivre. Ce dernier critère est manifestement élastique et peut englober divers facteurs, dont la situation et les circonstances locales. La Commission de réforme du droit a suggéré que le procureur général du Canada publie des lignes directrices sur les facteurs à prendre en compte pour décider s'il y a lieu d'engager des poursuites. Elle a déclaré que ces lignes directrices devraient englober les points suivants, à savoir : 1) si le ministère public estime que la preuve est suffisante pour qu'un jury convenablement informé par le juge puisse déclarer le suspect coupable et, dans l'affirmative, 2) si la poursuite aurait des chances raisonnables d'aboutir à une déclaration de culpabilité. Le procureur devrait également tenir compte des aspects suivants, soit : 3) si des poursuites seraient souhaitables pour des raisons d'ordre public, même s'il est peu probable que le suspect soit reconnu coupable; 4) si des considérations humanitaires ou d'ordre public empêchent d'engager des poursuites même s'il existe des chances raisonnables d'obtenir une déclaration de culpabilité; et 5) si on dispose des ressources voulues pour justifier une inculpation¹²¹.

Il s'agit là manifestement de règles générales, et non pas de préceptes. Elles fournissent néanmoins une base pour examiner si des poursuites seraient opportunes dans un cas donné. L'existence du pouvoir discrétionnaire de poursuivre découle du principe général selon lequel toutes les infractions ne doivent pas nécessairement faire l'objet de poursuites. Sir Hartley Shawcross, c. r., a fait la déclaration classique à ce sujet en 1951, lorsqu'il était procureur général de l'Angleterre :

Dans notre pays, il n'y a jamais eu de règle — et j'ose espérer qu'il n'y en aura jamais — voulant que toute infraction criminelle fasse nécessairement l'objet de poursuites. En effet, le premier règlement régissant la charge du directeur des poursuites publiques prévoyait que celui-ci ne devait entamer des poursuites

que « si l'infraction ou les circonstances entourant la perpétration de l'infraction étaient telles que l'intérêt public exigeait que des poursuites soient intentées ». De nos jours, ce facteur prévaut encore¹²². [Traduction libre]

Outre la Commission de réforme du droit du Canada, d'autres instances ont préconisé, ces dernières années, une structuration du processus décisionnel relatif à l'engagement de poursuites au Canada. La commission d'enquête Marshall a été l'une d'elles. Les commissaires ont souligné dans leur rapport l'importance de l'indépendance dans l'exercice du pouvoir d'engager des poursuites.

En dernière analyse, l'intégrité de l'administration de la justice dépend de l'intégrité, de l'indépendance, de la force morale et de la compétence professionnelle des avocats de la Couronne.

Rien n'a davantage pour effet de susciter le désenchantement à l'égard du système de justice pénale et de ses composantes — police, procureurs, juges et pouvoir exécutif — que les divulgations indiquant leur vulnérabilité aux pressions externes. Il ne fait aucun doute pour moi que l'intégrité et l'indépendance des personnes qui, à leurs titres respectifs, doivent faire fonctionner les diverses composantes du système de justice, offrent la plus grande protection contre la corruption de celui-ci. En l'absence de ces qualités personnelles, toute structure est extrêmement fragile. La responsabilité du gouvernement consiste à créer le genre d'appareil qui contribuera, au lieu de nuire, à la réalisation des idéaux essentiels pour entretenir la confiance du public dans le système de justice pénale¹²³. [Traduction libre]

Les commissaires recommandaient ensuite la création du poste de directeur des poursuites pénales dans la province de Nouvelle-Écosse afin de garantir cette indépendance¹²⁴. Ils recommandaient en outre la publication de lignes directrices devant orienter la décision d'engager des poursuites.

Il appartient en dernier ressort à la Couronne de décider si des poursuites seront engagées. Bien que, en règle générale, la police porte seulement une accusation après avoir mené une enquête en bonne et due forme et après que la Couronne a reconnu, au moins dans les cas complexes, qu'il existe des preuves suffisantes pour appuyer une déclaration de culpabilité, la Couronne reste la gardienne de l'intérêt public. Or, on pourra parfois déterminer que celui-ci exige qu'une poursuite autrement bien fondée ne soit pas engagée [...]

Les décisions d'interrompre des poursuites dans l'« intérêt public » doivent être prises de façon ponctuelle, mais il devrait y avoir des directives claires quant aux genres de facteurs qui sont réellement d'intérêt public. À l'heure actuelle, il n'existe aucune directive du genre en Nouvelle-Écosse. En examinant ce sujet aux fins de son étude, le professeur Archibald a constaté que :

[...] les réactions à l'enquête de la Couronne sont fort inquiétantes. Elles révèlent, chez beaucoup de procureurs, une incompréhension fondamentale de ce qui a toujours été considéré comme un aspect important de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Cela est peut-être attribuable au fait qu'ils ont reçu une formation insuffisante en théorie du droit criminel lorsqu'ils ont fait leurs études juridiques de base. Toutefois, il est clair que le ministère du Procureur général ne redresse pas cette idée fausse des facteurs d'intérêt public intervenant dans les poursuites relatives à des infractions. Les cahiers bleus renfermant les conseils aux procureurs ne traitent pas de ces questions, et l'appréhension du directeur (Poursuites) à ce sujet n'incite pas à conclure qu'on clarifie les choses d'autres manières [...] Pour prévenir des injustices et les coûts de poursuites inutiles, il faut établir une politique sur l'intérêt public. Il existe de telles politiques en Angleterre, en Australie et aux États-Unis, et elles procurent une base rationnelle pour reconnaître les facteurs d'intérêt public qui devraient amener un procureur à ne pas engager de poursuites même lorsque les preuves le permettraient¹²⁵. [Traduction libre]

Les commissaires recommandaient ensuite que le procureur général « publie une politique claire touchant les facteurs d'intérêt public qui devraient être pris en compte, et ceux qui ne devraient pas l'être, dans la décision d'engager ou d'interrompre une poursuite en présence de preuves qui pourraient appuyer une déclaration de culpabilité. » Ils proposaient un ensemble de facteurs qui seraient pertinents à la question de savoir si des poursuites étaient dans l'intérêt public¹²⁶. Voici quelques-uns des grands facteurs d'intérêt public identifiés par les commissaires :

- l'effet probable d'une poursuite sur l'ordre et la moralité publics [recommandation 38 b)(v)];
- la fréquence de l'infraction présumée et la nécessité d'adopter des mesures de dissuasion en conséquence [38 b)(ix)];
- la nécessité de maintenir la confiance du public dans la législature, dans les tribunaux et dans l'administration de la justice [38 b) (xvi)].

Les commissaires ont en outre défini des facteurs qui ne devraient manifestement pas entrer en ligne de compte dans la décision d'engager ou non des poursuites, notamment :

- les sentiments personnels du procureur à l'égard de la victime ou du contrevenant présumé [recommandation 38 c)(ii)];
- l'effet possible de poursuites sur la situation personnelle ou professionnelle des personnes responsables de la décision d'engager des poursuites [38 c)(iv)]¹²⁷.

De même, en Ontario, le comité Martin a recommandé, dans son *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure and Resolution Discussions*¹²⁸, la mise en place d'un ensemble de lignes directrices régissant l'exercice de la fonction de procureur dans cette province.

Selon un principe fondamental de l'administration de la justice dans notre pays, pour intenter ou continuer des poursuites pénales contre quelqu'un, non seulement il faut des preuves suffisantes que la personne a commis une infraction de nature criminelle, mais il faut aussi que les poursuites servent l'intérêt public.

La norme à appliquer pour déterminer si les preuves sont suffisantes et si les poursuites servent l'intérêt public est une question extrêmement importante. De l'avis du Comité, la norme ou le critère préliminaire appropriés ne doivent pas restreindre indûment les pouvoirs discrétionnaires des procureurs de la Couronne, mais ils doivent empêcher une utilisation oppressive de la procédure judiciaire pénale lorsqu'il est irréaliste de s'attendre à ce que l'accusé soit trouvé coupable sur la base des preuves admises. Les poursuites doivent aussi servir l'intérêt public. Lorsque le procureur de la Couronne décide s'il est dans l'intérêt public de recommander d'engager ou d'abandonner des poursuites criminelles contre quelqu'un, il doit non seulement déterminer si les preuves recueillies contre cette personne sont suffisantes, mais aussi tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, sans perdre de vue que « l'opinion contemporaine favorise généralement la retenue dans l'exercice des pouvoirs conférés en vertu du droit pénal »¹²⁹. [Traduction libre]

Les lignes directrices du comité Martin figurent en annexe. Le Comité a proposé que la décision d'engager ou de continuer les poursuites soit prise seulement si les éléments de preuve offrent une « probabilité raisonnable de condamnation ». À l'instar de la commission d'enquête Marshall, le comité Martin a recommandé que, lorsqu'ils doivent décider s'il

y a lieu d'engager des poursuites, les procureurs tiennent compte de certains grands critères d'intérêt public tels que :

- la nécessité de maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice et l'effet de l'incident ou des poursuites sur l'ordre public;
- la sécurité nationale et les relations internationales¹³⁰.

De nombreux États, dont le Canada, ont adopté des lignes directrices détaillées sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Le *Guide des procureurs de la Couronne*¹³¹, par exemple, contient un ensemble complet de lignes directrices concernant l'opportunité d'engager des poursuites. Celles-ci, qui figurent en annexe, sont accompagnées des observations suivantes :

La décision d'intenter des poursuites.

La décision de poursuivre est une des étapes des plus cruciales du processus pénal. On doit accorder une attention particulière à chaque cas pour s'assurer de prendre la bonne décision. Toute mauvaise décision, dans un sens comme dans l'autre, tend à miner la confiance du public dans le système de justice pénale [...]

La Couronne doit considérer deux aspects importants avant

d'intenter des poursuites. D'abord, elle doit se demander s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour intenter ou continuer les poursuites. Dans l'affirmative, elle doit ensuite se demander si l'intérêt public exige qu'il y ait poursuite.

Suffisance de la preuve.

La simple apparence de culpabilité ne suffit pas : l'évaluation de la preuve doit mener à la conclusion qu'il existe une *probabilité raisonnable de condamnation*. Pour en arriver à cette conclusion, on doit déterminer la valeur probante des éléments de preuve qui seront présentés au procès, en tenant pour acquis que le juge des faits agira de façon impartiale et conformément à la loi [...]

On attend de la Couronne qu'elle applique cette norme tout au long du processus pénal, depuis la réception du rapport d'enquête jusqu'à la tenue du procès. Lors du dépôt des accusations, la norme est particulièrement appliquée au rapport d'enquête, même s'il peut être utile, surtout dans les cas extrêmes, de ne pas se limiter aux déclarations des témoins. Plus tard dans le processus, notamment après l'enquête préliminaire, la Couronne pourra sans doute évaluer certaines questions avec plus d'exactitude, par exemple la crédibilité des témoins. Il peut être difficile de déterminer la valeur probante que le tribunal accordera aux éléments de preuve et il n'existe certes pas de garantie quant à l'aboutisse-

ment des poursuites. Quoi qu'il en soit, la Couronne doit constamment réévaluer la décision d'intenter des poursuites à la lumière des éléments nouveaux qui jouent sur la valeur de la preuve et l'intérêt public et, sur la foi de l'information disponible, être convaincue tout au long du processus qu'il existe toujours une probabilité raisonnable de condamnation.

Les lignes directrices fédérales identifient notamment les grands critères d'intérêt public suivants :

- les répercussions éventuelles des poursuites sur l'ordre public, les valeurs morales et la confiance du public dans l'administration de la justice;
- l'effet éventuellement nuisible des poursuites, par exemple si elles sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice;
- la fréquence de l'infraction reprochée dans la collectivité et la nécessité d'adopter des mesures de dissuasion d'application générale ou particulière;
- l'intérêt suscité dans le public par l'infraction reprochée.

Les lignes directrices fédérales énoncent aussi les critères non pertinents à la décision d'engager des poursuites, notamment :

- les sentiments personnels du procureur de la Couronne à l'égard de l'accusé ou de la victime;
- l'incidence éventuelle du jugement sur la situation personnelle ou professionnelle des personnes qui prennent la décision d'intenter des poursuites.

D'autres États de common law ont également établi des lignes directrices régissant la décision d'engager des poursuites. Le *Code for Crown Prosecutors*¹³² publié par le service des procureurs de la Couronne du Royaume-Uni contient des lignes directrices détaillées et un ensemble de principes généraux (voir l'annexe). On y trouve notamment ce qui suit :

Les procureurs de la Couronne doivent être justes, indépendants et objectifs. Leurs décisions ne doivent pas être influencées par leur opinion personnelle de l'origine ethnique ou nationale, du sexe, des croyances religieuses, des opinions politiques ou de la préférence sexuelle des contrevenants, des victimes ou des témoins. Les procureurs ne doivent pas non plus se laisser influencer par les pressions abusives ou indues provenant de quelque source que ce soit. [Traduction libre]

Il existe aussi des lignes directrices relatives à l'exercice de la fonction de procureur par le directeur des poursuites publiques du Commonwealth d'Australie¹³³. Voici quelques-uns des facteurs généraux énumérés dans les lignes directrices australiennes qui influent sur la décision d'engager des poursuites.

La décision de poursuivre est l'étape la plus importante du processus pénal. Dans tous les cas, il faut porter une attention particulière aux intérêts de la victime, du suspect et de la collectivité en général pour s'assurer de prendre la bonne décision. Toute mauvaise décision, dans un sens comme dans l'autre, tend à miner la confiance du public dans le système de justice pénale.

Il s'ensuit que les objectifs déjà énoncés — notamment l'équité et la cohérence — revêtent une importance particulière. Toutefois, l'équité n'est pas forcément synonyme de faiblesse, et la cohérence n'empêche pas la souplesse. Les critères régissant sous-tendent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne peuvent pas se réduire à une simple formule mathématique; il ne serait d'ailleurs pas souhaitable qu'il en soit ainsi. L'éventail des facteurs dont il faut tenir compte pour en arriver à une décision exige une application éclairée des principes généraux aux cas particuliers. [Traduction libre]

Ces lignes directrices font état de grands facteurs d'intérêt public comme :

- les répercussions sur l'ordre et la moralité publics;
- l'effet éventuellement nuisible des poursuites, par exemple si elles sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice;
- la fréquence de l'infraction reprochée dans la collectivité et la nécessité d'adopter des mesures de dissuasion d'application générale ou particulière;
- l'inquiétude suscitée dans le public par l'infraction reprochée;
- la nécessité de maintenir la confiance du public dans des institutions aussi fondamentales que le Parlement et les tribunaux.

Toujours d'après les lignes directrices australiennes, les facteurs suivants ne doivent pas entrer en ligne de compte dans la décision d'engager des poursuites :

- les sentiments personnels à l'égard de l'accusé ou de la victime;
- l'incidence éventuelle du jugement sur la situation personnelle ou professionnelle des personnes qui prennent la décision d'intenter des poursuites.

Outre les lignes directrices nationales, il existe des normes internationales régissant l'exercice du pouvoir d'engager des poursuites. Les principes directeurs de l'ONU ont été élaborés au Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants¹³⁴. Ces normes avaient pour but d'établir des règles de base concernant la conduite et les pouvoirs des magistrats du parquet et reconnaissant le rôle important qu'ils jouent dans la société.

Le préambule des principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet (procureurs) établit clairement que ceux-ci jouent un rôle fondamental dans l'application des principes de l'égalité devant la loi, de la présomption d'innocence et du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent et impartial. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de procureur doivent donc être intègres et compétentes et posséder une formation et de qualifications juridiques suffisantes. Les principes directeurs touchent notamment la situation et les conditions de service, la liberté d'expression et d'association, le rôle des procureurs dans la procédure pénale, les règles ou règlements régissant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, les solutions de rechange aux poursuites judiciaires, les relations avec d'autres organismes dont les tribunaux, la défense et la police, les procédures disciplinaires et l'obligation de respecter les principes directeurs et d'en signaler les violations¹³⁵. [Traduction libre]

Les principes directeurs de l'ONU figurent en annexe. Aux fins de notre étude, il est intéressant de noter les attributs suivants des magistrats du parquet tels qu'ils sont énoncés dans les principes directeurs des Nations Unies.

Qualifications, sélection et formation.

1. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de procureur du parquet doivent être intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes.
2. Les États veillent à ce que [...]
 - a) les magistrats du parquet aient une instruction et une formation adéquates et soient conscients des idéaux et des devoirs éthiques de leur fonction, des dispositions constitutionnelles et juridiques garantissant les droits du suspect et de la victime, ainsi que les droits de la personne humaine et les libertés fondamentales reconnus par le droit national et le droit international. [Traduction libre]

Les principes directeurs prévoient que, dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats du parquet :

protègent l'intérêt public, agissent avec objectivité, prennent dûment en considération la position du suspect et celle de la victime et tiennent compte de toutes les circonstances pertinentes, qu'elles soient favorables ou défavorables au suspect. [Traduction libre]

Les principes directeurs des Nations Unies prévoient également que les États « énoncent des principes directeurs visant à renforcer l'équité et à favoriser des prises de décisions cohérentes pendant la procédure, notamment lors du déclenchement de poursuites judiciaires ou de la renonciation aux poursuites ».

Résumé. Ce qui précède montre clairement que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre soulève d'importantes questions de politique. Celles-ci sont généralement qualifiées de facteurs liés à « l'intérêt public ». La commission Marshall, la Commission de réforme du droit du Canada et le comité Martin formé par le procureur général de l'Ontario ont tous recommandé que ces facteurs soient énoncés dans des lignes directrices à l'intention des procureurs, afin d'accroître l'indépendance des personnes qui prennent les décisions en matière de poursuites, en stipulant les facteurs à prendre en considération. En fait, les facteurs qui devraient ou non entrer en ligne de compte dans la décision de poursuivre ont déjà été établis dans plusieurs pays, dont le Canada.

Outre les questions d'intérêt public, l'autre grand facteur à considérer à cet égard est le poids de la preuve à l'appui de la poursuite engagée. Afin de déterminer si la preuve est suffisante pour justifier une poursuite, il faut manifestement bien comprendre les éléments nécessaires aux infractions et le droit de la preuve. Ainsi, les procureurs doivent posséder à la fois des connaissances juridiques approfondies et, en ce qui concerne l'aspect de leurs fonctions liées à l'intérêt public, un jugement sûr. L'importance du rôle du procureur et les qualités nécessaires à son bon exercice ont été reconnues dans les normes minimales des Nations Unies. Ces normes précisent que les procureurs « doivent être intègres et compétents, [avoir] une instruction et une formation adéquates » et « [être] conscients des idéaux et des devoirs éthiques de leur fonction, des dispositions constitutionnelles et juridiques garantissant les droits des suspects et des victimes, ainsi que les droits de la personne humaine et les libertés fondamentales reconnus par le droit national et le droit international ».

C'est dans cette optique qu'il y a lieu d'évaluer la fonction de poursuite dans le système de justice militaire, y compris le rôle central que jouent les commandants. Nous examinerons d'abord l'exercice de la fonction de poursuite dans les systèmes de justice militaire d'autres pays.

Autres États

Certains aspects des systèmes de justice militaire d'autres pays contribuent à accroître l'indépendance des poursuites engagées relativement à des infractions et sont dignes de mention dans la présente étude. Comme on l'a mentionné précédemment, au Royaume-Uni, les agents de la police civile jouent un rôle important dans le système de justice militaire¹³⁶, ce qui contribue à faire en sorte que les normes et les procédures prévues dans le secteur civil s'appliquent au milieu militaire. Le rôle de la Royal Military Police consiste manifestement à appuyer le commandement¹³⁷. Pourtant, en cas d'entrave à l'indépendance des fonctions policières, les représentants de la Royal Military Police peuvent signaler le problème à l'adjudant général et à un comité parlementaire. Il y a également lieu de noter que, au Royaume-Uni, l'autorité en matière de poursuites dans les forces armées est l'officier convocateur, et non le commandant. Dans l'affaire *Findlay*, portée devant la Commission européenne des droits de l'homme, la Commission a désapprouvé le rôle de l'autorité convocatrice au sein du système de justice militaire du Royaume-Uni. L'autorité convocatrice décide de la nature des accusations portées contre le prévenu. Elle décide également de la forme de la cour martiale à instituer. Dans l'affaire *Findlay*, le demandeur a soutenu qu'une cour martiale n'était pas indépendante de la poursuite (c.-à-d. l'autorité convocatrice), car les membres de la cour martiale étaient des militaires actifs et relevaient de l'autorité convocatrice. La Commission a conclu que la cour martiale n'était pas indépendante de la poursuite¹³⁸. Des réformes du système du Royaume-Uni sont actuellement envisagées¹³⁹.

Comme on l'a mentionné précédemment, le système australien ressemble au système canadien, en ce sens que la plupart des infractions d'ordre militaire relèvent des commandants et sont traitées par ces derniers. Cependant, les enquêtes de la police militaire sont menées indépendamment de la chaîne de commandement. Il incombe néanmoins aux commandants de décider de la suite à donner aux rapports de la police militaire¹⁴⁰. On envisage d'apporter au système de justice militaire australien des réformes analogues à celles qui sont à l'étude au Royaume-Uni. Ces réformes sont examinées plus loin.

Aux États-Unis, une unité spéciale de la police militaire, la Division des enquêtes criminelles (Criminal Investigation Division, ou CID), s'occupe de toutes les infractions pénales graves. D'autres unités renvoient les questions appropriées à la CID aux fins d'enquête. Les infractions moins graves sont prises en charge par la structure de commandement, comme dans le système canadien. Même là, cependant, il existe des mesures pour réduire la probabilité et les effets d'une influence exagérée du commandement.

À bien des égards, le système de justice militaire des États-Unis ressemble à son pendant canadien. Par exemple, les commandants sont les personnes clés dans le système américain, tout comme dans le système canadien¹⁴¹. Par contre, dans le système américain, toute personne peut porter une accusation, même un soldat subalterne contre un officier supérieur, ce qui ne peut pas se produire dans le système canadien. Le système américain a également tenté de se débarrasser de certaines formes d'« influence du commandement ». Certaines de ces formes d'influence sont prévues et tolérées, alors que d'autres ne le sont pas.

Les États-Unis ont eu recours à deux moyens pour contrer l'influence injustifiée du commandement. Le premier est direct. L'influence illicite du commandement est interdite aux termes des règles régissant les cours martiales. Influencer sur les conclusions ou le processus de détermination de la peine d'une cour martiale constitue une infraction¹⁴². Le non-respect des règles régissant une cour martiale constitue également une infraction¹⁴³. Ainsi, il est peu probable qu'un commandant ne respecte pas les règles régissant le dépôt d'accusations ou l'engagement de poursuites.

L'autre moyen de contrer l'influence illicite du commandement est indirect. Les commandants reçoivent une formation à cet égard, ainsi que des lignes directrices sur la façon d'exercer de leurs responsabilités. Voici quelques-unes de ces lignes directrices, qui revêtent la forme de « dix commandements »¹⁴⁴.

- 1^{er} commandement : Le commandant ne peut ordonner à un subalterne de trancher une affaire d'une certaine façon.
- 2^e commandement : Le commandant ne doit pas avoir de ligne de conduite inflexible sur la décision ou la peine.
- 3^e commandement : S'il est l'accusateur, le commandant ne peut déférer l'affaire.
- 4^e commandement : Le commandant ne peut ni choisir ni révoquer des membres de la cour pour influencer sur l'issue d'un procès.
- 5^e commandement : L'exercice de pressions externes sur le juge ou sur les membres de la cour afin d'influer sur une décision est interdit.

- 6^e commandement : Il est interdit d'intimider des témoins ou de les dissuader de témoigner.
- 7^e commandement : La cour décide de la peine. Un accusé ne peut être puni avant son procès.
- 8^e commandement : Personne ne peut empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du juge militaire.
- 9^e commandement : Le commandant ne peut avoir une attitude inflexible à l'égard de la clémence.
- 10^e commandement : Si une erreur est commise, il faut la signaler immédiatement.
[Traduction libre]

La teneur de ces commandements ne peut s'appliquer entièrement au contexte canadien, car le rôle des commandants diffère quelque peu de celui de leurs homologues du système américain. Ils illustrent néanmoins la façon dont des lignes directrices peuvent guider les commandants dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire et réduire toute conduite inadéquate à ce chapitre.

Les règles régissant les cours martiales renferment également des conseils sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le texte qui accompagne l'alinéa 306*b*) dit ceci¹⁴⁵ :

La décision concernant la suite à donner à l'accusation est l'une des plus importantes et des plus difficiles que doit prendre un commandant. Il doit prendre en considération et peser de nombreux facteurs, y compris, dans la mesure du possible, la nature des infractions, toute circonstance atténuante, la réputation et les antécédents militaires de l'accusé, toute recommandation faite par les commandants subalternes, les exigences militaires liées à *l'intérêt de la justice*, ainsi que l'effet de la décision sur l'accusé et sur le commandement. L'objectif devrait être d'arriver à une décision justifiée, appropriée et équitable.

Lorsqu'il décide de la suite à donner à une infraction, le commandant devrait examiner les facteurs ci-dessous, dans la mesure où ils sont connus :

- (A) la réputation et les antécédents militaires de l'accusé;
- (B) la nature et les circonstances de l'infraction ainsi que l'étendue du tort causé par l'infraction, y compris son effet sur le moral, la santé, la sécurité, le bien-être et la discipline;
- (C) la justesse de la peine autorisée pour l'accusé ou pour l'infraction;

- (D) les mauvais motifs que peut avoir l'accusateur;
- (E) la réticence de la victime ou d'autres personnes à témoigner;
- (F) la collaboration de l'accusé à l'arrestation ou à la condamnation d'autres personnes;
- (G) la possibilité et la probabilité d'une poursuite par une autre juridiction pour les mêmes accusations ou pour des accusations analogues ou connexes contre l'accusé;
- (H) l'existence et l'admissibilité de la preuve;
- (I) l'existence d'un tribunal ayant juridiction à l'égard de l'accusé et de l'infraction;
- (J) les enjeux probables. [Traduction libre]

Ainsi, les États-Unis s'efforcent de guider les commandants dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire et de minimiser l'effet d'une source éventuelle d'influence externe sur le processus, soit l'influence du commandement. Cependant, comme c'est le cas au Canada, les États-Unis accordent peu d'attention à l'intérêt du grand public. Il y a seulement une mention de l'intérêt public (l'intérêt de la justice) dans les facteurs que les commandants doivent prendre en considération lorsqu'ils décident d'engager ou non des poursuites.

POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE POURSUIVRE DANS LE CONTEXTE MILITAIRE

Comme on l'a vu dans la description du système de justice militaire canadien, le rôle du commandant est essentiel et très varié. À divers stades, celui-ci agit comme superviseur d'une enquête, juge lançant des mandats de perquisition, juge à une enquête préliminaire (pour déterminer si la preuve justifie une mise en accusation), ainsi que procureur et juge (dans les procès par voie sommaire). Lorsqu'il prend des décisions dans l'exercice de chacun de ces rôles, le commandant dispose d'une grande latitude.

L'autorité convocatrice d'une cour martiale agit en qualité de procureur principal de la Couronne ou même de procureur général ou de DPP, en ce sens qu'il lui incombe de décider de la tenue d'un procès à la suite d'une accusation en constituant une cour martiale. En outre, c'est l'autorité convocatrice qui nomme le procureur. Celui-ci, qui est habituellement un avocat militaire du cabinet du juge-avocat général, présente la cause de l'État devant le tribunal.

Le juge militaire en chef agit en tant que juge en chef, en ce sens qu'il nomme le juge-avocat de la cour martiale. Il nomme également le président et les autres membres de la cour.

Le rôle du commandant est manifestement primordial en ce qui touche l'exercice du pouvoir de poursuivre. C'est le commandant qui décide de la suite à donner à l'inconduite, y compris si elle peut être traitée officieusement ou par voie de procédures administratives ou pénales. S'il détermine qu'il faut donner suite à une accusation, celle-ci sera traitée en cour martiale ou lors d'un procès par voie sommaire, selon le cas. Par conséquent, il revient principalement au commandant de définir la conduite, de déterminer son importance sur le plan juridique, de peser les éléments de preuve, de choisir les chefs d'accusation (le cas échéant), d'envisager la peine prévue, puis de juger l'infraction ou de la renvoyer à une autorité supérieure aux fins de procès ou de cour martiale. Dans les forces armées, le pouvoir discrétionnaire des autorités en matière de poursuites est pratiquement illimité. Il n'y a aucune stipulation quant à la quantité de preuves à présenter avant la mise en accusation, ni aucun énoncé d'autres facteurs à considérer¹⁴⁶.

Les pouvoirs du commandant sont beaucoup plus étendus que ceux d'un procureur du secteur civil. Par exemple, le rôle du procureur du secteur civil est défini et limité par le fonctionnement d'un service de police indépendant dont les principales responsabilités consistent à mener des enquêtes et à porter des accusations. En outre, le procureur du secteur civil ne remplit aucune fonction judiciaire comparable à celles qu'exercent les commandants.

Pourtant, même si les pouvoirs décisionnels des procureurs du secteur civil ont une portée étroite comparativement à ceux de leurs homologues du secteur militaire, l'exercice approprié de ce pouvoir discrétionnaire a suscité suffisamment de préoccupations pour qu'on prenne toutes sortes de mesures (décrites plus haut) afin de structurer et de guider ce pouvoir de diverses façons, par exemple, en érigeant en tradition l'indépendance du procureur général; en créant, dans certains États, le poste de directeur

des poursuites pénales comme moyen supplémentaire de protéger les décisions de poursuivre contre les influences externes; en élaborant et en publiant des lignes directrices énonçant les facteurs qui sont pertinents à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre et ceux qui ne le sont pas; enfin, en publiant des normes minimales et des lignes directrices dans un document international.

Le contraste entre les systèmes militaire et civil est frappant. Dans le secteur militaire, aucune tentative comparable à celle du secteur civil n'est faite pour veiller à ce que le pouvoir discrétionnaire de poursuivre soit exercé pour des motifs suffisants. Aucun effort comparable n'a été déployé pour structurer ou guider le pouvoir discrétionnaire exercé par le commandant. Autant que nous avons pu le vérifier, dans le système de justice militaire, il n'existe aucune norme reconnue qui régit l'exercice, par les commandants, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

Il y a évidemment lieu de se demander si les différences entre les secteurs civil et militaire sont grandes au point de justifier l'adoption de ces approches très différentes de l'exercice du pouvoir de poursuivre. Si ces approches différentes sont justifiées, ce doit être en raison des objectifs mêmes du système de justice militaire (c.-à-d. faire régner l'ordre et la discipline dans les Forces canadiennes) ou des exigences liées à l'administration de la justice dans un contexte militaire. Nous reviendrons à cette question après avoir examiné de façon plus détaillée les différences entre les régimes de poursuite dans les secteurs civil et militaire.

Importance de l'indépendance des poursuites militaires

Comme on l'a mentionné précédemment, l'idée que les décisions touchant le recours à une mesure aussi puissante qu'une poursuite ne devraient être prises que pour des motifs justifiés sous-tend le principe de l'indépendance du pouvoir discrétionnaire de poursuivre. Autoriser le contraire reviendrait à permettre d'abuser de ce pouvoir et de porter atteinte à l'égalité et à l'équité. Dans le secteur civil, on se préoccupe surtout de la possibilité d'une ingérence politique dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre.

Il s'agit de savoir ici s'il y a lieu d'avoir des préoccupations semblables dans le contexte militaire. De toute évidence, ce n'est pas le procureur général du Canada qui a la pleine responsabilité d'engager des poursuites dans le système de justice militaire. Ainsi, la crainte que des pressions politiques ne soient exercées sur le procureur général ne concerne pas le secteur militaire. Cependant, le ministre de la Défense natio-

nale joue un rôle dans le système de justice militaire. Il se trouve en effet au sommet de ce système et y exerce des responsabilités et des pouvoirs particuliers. Par exemple, le ministre de la Défense nationale peut « mitiger, commuer ou remettre » toute peine imposée par un tribunal militaire¹⁴⁷, ou encore annuler des verdicts de culpabilité rendus par un tribunal ou y substituer de nouveaux verdicts¹⁴⁸. Il peut également annuler un verdict de culpabilité et ordonner la tenue d'un nouveau procès lorsque le juge-avocat général confirme qu'il y a eu « erreur de droit »¹⁴⁹. Par conséquent, le Ministre assume directement des responsabilités au sein du système de justice militaire et est en outre comptable de l'ensemble de son fonctionnement.

Étant donné ce rôle que joue le ministre de la Défense nationale et le fait que, à l'instar du procureur général du Canada, il est un représentant élu et un membre du Cabinet, il est justifié de craindre que des facteurs politiques n'influent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le système de justice militaire, comme c'est le cas dans le secteur civil. Cependant, si cette crainte existe effectivement, elle n'apparaît dans aucune politique ni dans aucun autre mécanisme régissant le système de justice militaire.

Il convient également d'examiner d'autres sources éventuelles d'influence sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le secteur militaire. Une source manifeste est la structure de commandement. En un sens, il est anormal de penser que l'« influence du commandement » puisse constituer une force externe susceptible d'influer sur les décisions d'un commandant. Après tout, un commandant fait *partie intégrante* de la structure de commandement. La décision d'engager des poursuites revient au commandement. Dans ce sens, tant que le pouvoir de poursuivre sera confié aux commandants, l'influence du commandement sur la fonction de poursuite sera inévitable.

Il convient toutefois d'examiner un autre aspect de l'influence du commandement, soit la mesure dans laquelle les décisions relatives aux poursuites sont prises par suite d'instructions directes émanant de supérieurs des commandants, ou en prévision des attentes de ces officiers supérieurs. Cet aspect de l'influence du commandement intervient au niveau du commandant, et nous l'examinons par conséquent ci-après.

Commandant en tant que procureur local

Comme nous l'avons mentionné plus haut, dans le contexte civil, la délégation des pouvoirs décisionnels d'un procureur général aux procureurs

locaux augmente l'indépendance des décisions relatives à l'engagement de poursuites en contribuant à faire en sorte que les pressions politiques auxquelles le procureur général peut être soumis n'atteignent pas les personnes qui prennent les décisions en matière de poursuites sur une base quotidienne. Cela est particulièrement vrai, bien sûr, dans les États disposant d'un DPP. L'autre avantage inhérent au fait de donner une grande liberté d'action aux procureurs locaux est que cela favorise la prise en compte des intérêts communautaires. Autrement dit, le procureur local peut tenir compte, dans l'évaluation de l'intérêt public, des intérêts particuliers de la communauté concernée.

Il s'agit donc de savoir s'il y a, dans le contexte militaire, des avantages semblables à donner une grande liberté d'action aux commandants dans l'exercice de leurs fonctions de procureur. Comme dans le système civil, il y a sans doute un avantage à ne pas confier le pouvoir décisionnel fondamental au ministre responsable, afin de diminuer l'exercice possible d'influences politiques sur les décisions relatives aux poursuites. La différence réside dans le fait que, dans le contexte civil, cet arrangement est renforcé par d'autres mécanismes, comme la forte tradition d'indépendance du procureur général et des autorités chargées des poursuites, les structures institutionnelles et, souvent, les lignes directrices publiées régissant les décisions relatives aux poursuites. L'indépendance est par conséquent renforcée dans le système civil par une combinaison de mécanismes. Le simple fait de donner aux procureurs locaux une grande autonomie ne contribuerait pas sensiblement à garantir leur indépendance si ces autres facteurs n'existaient pas.

L'incidence des décisions d'engager des poursuites sur la « communauté » est manifestement l'une des principales raisons de donner aux commandants les pouvoirs qu'ils possèdent. Le rôle des commandants dans le système de justice militaire est justement de promouvoir l'ordre et la discipline au sein des Forces canadiennes. Ce n'est pas un rôle qui peut être rempli de manière abstraite ou généralisée. Il doit être adapté à la situation particulière de l'unité, de l'élément ou du commandement où se produit l'inconduite. Le commandant doit tenir compte du contexte où celle-ci a lieu et y réagir d'une manière qui, dans cette situation précise, accroîtra l'ordre et la discipline.

Défendant l'attribution au commandant du rôle d'autorité en matière de poursuites aux États-Unis, un auteur a déclaré :

Le fait de confier le pouvoir discrétionnaire de poursuivre au commandant servira mieux la justice *et* la discipline. Le commandant militaire dispose d'un plus large éventail de moyens possibles que le procureur civil pour traiter un cas

donné. Il semble en outre avoir accès à plus d'information au sujet de l'accusé grâce à des dossiers détaillés, aux renseignements fournis par les superviseurs, et souvent (dans les commandements plus petits), à sa connaissance personnelle de l'accusé. Mis ensemble, cette gamme d'options, cette profusion de renseignements et les avis de son conseiller juridique au procès le placent dans une position idéale pour exercer son pouvoir discrétionnaire de poursuivre d'une manière juste. Chose certaine, personne n'est mieux en mesure de juger les conséquences disciplinaires de sa décision :

Le commandant est seul responsable de l'exécution de la mission confiée au commandement. Il est aussi la personne qui connaît le mieux les besoins de la communauté militaire ainsi que la personnalité et les besoins des contrevenants qui en font partie. Compte tenu de cette responsabilité et des connaissances particulières qu'il possède, il devrait également avoir le pouvoir de déterminer quelles infractions devraient faire l'objet d'un procès ainsi que le niveau de la cour martiale apte à les juger.

Ce n'est pas le moment de procéder à des changements¹⁵⁰. [Traduction libre]

Toutefois, il y a une différence importante entre le procureur local, qui tient compte des intérêts de la communauté où il exerce ses fonctions, et le commandant, qui doit tenir compte du fonctionnement de ses troupes. Celui-ci est, en un sens, responsable du comportement de la population dont la conduite est en cause. Par conséquent, l'inconduite d'un membre des forces armées peut rejaillir défavorablement sur le commandant. Elle peut indiquer que le commandant n'a pas été suffisamment attentif aux formes d'inconduite moins graves survenues par le passé et que, par la suite, la situation est devenue incontrôlable. Elle peut révéler que les mesures passées prises par le commandant pour garantir l'observation des règles et favoriser l'ordre et la discipline ont été insuffisantes. Elle peut indiquer que les ordres du commandant n'étaient pas clairs. Ou peut-être le commandant a-t-il donné le mauvais exemple. En un mot, l'inconduite peut faire ressortir le manque de leadership et de compétence du commandant.

Les déductions de ce genre sont possibles dans le contexte militaire, compte tenu bien entendu des circonstances des méfaits commis, mais non dans le contexte civil. La différence tient au fait que les commandants ont la responsabilité de la discipline et de la bonne conduite des membres des forces armées. Les écarts de conduite peuvent s'expliquer,

dans certains cas, par l'échec des commandants à faire ce que l'on attend d'eux. Par contraste, on ne peut pas dire que les procureurs civils sont responsables de la conduite des membres de la communauté dans laquelle ils exercent leurs fonctions.

Cette situation est compliquée dans le contexte militaire par le fait que les commandants doivent à la fois exercer le rôle de procureur et maintenir l'ordre. Il leur incombe en effet de déterminer comment la police devrait réagir à l'inconduite et, par conséquent, de faire observer les lois particulières au contexte militaire de même que les lois d'application générale. De ce fait, les cas d'inconduite peuvent rejaillir défavorablement sur la façon dont les commandants s'acquittent de leur rôle en matière d'application des lois ou de poursuites, ou des deux. Là encore, tel n'est pas le cas dans le contexte civil, où l'application des lois relève d'un service de police indépendant, et non pas du procureur.

Cette différence entre le contexte militaire et le contexte civil est importante. Elle signifie que l'inconduite au sein des forces armées peut rejaillir sur la personne qui a la responsabilité fondamentale de poursuivre ceux qui s'en rendent coupables. Naturellement, lorsque tel est le cas, cela peut influencer sur le comportement de cette personne (c.-à-d. du commandant). Ainsi, celui-ci pourra être porté à ne pas engager de poursuites afin de ne pas attirer l'attention sur l'infraction. Il pourra, pour la même raison, décider de régler l'affaire personnellement, au lieu de la renvoyer à une autorité supérieure. Par contre, il pourra réagir avec vigueur à l'inconduite pour montrer qu'il maîtrise la situation et réparer ce qui aurait pu être, jusque-là, une approche laxiste de la discipline.

L'évocation de ces possibilités ne donne nullement à entendre que l'intérêt personnel est le principal souci des commandants lorsqu'ils exercent leurs responsabilités de procureur. Elle indique simplement que, parmi les nombreux facteurs dont les commandants doivent tenir compte, leur situation personnelle peut intervenir, sans qu'ils en aient toujours conscience. La réalité des forces armées veut que les commandants aient la responsabilité des personnes relevant de leur commandement et soient en même temps comptables envers leur supérieur immédiat dans la chaîne de commandement. De plus, en raison de cette structure hiérarchique, on peut faire la même observation au sujet des autorités supérieures qui remplissent des fonctions au sein du système de justice militaire comme commandants supérieurs, autorités convocatrices ou commandants. Par conséquent, le problème de l'« influence du commandement » peut surgir parce qu'il est possible que les intérêts des officiers plus haut placés

dans la chaîne de commandement influent ostensiblement ou implicitement sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un commandant.

Il semble de ce fait exister, dans le contexte militaire, un risque que les décisions d'engager des poursuites soient influencées par l'intérêt personnel des commandants. Ce risque ne se présente pas en ce qui concerne les procureurs civils. Il découle de la nature particulière des rapports entre le commandant et les membres des forces armées.

Facteurs pertinents influant sur le pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans les Forces armées

Il a été fait mention à maintes reprises, dans toute notre étude, des facteurs qui sont « pertinents » ou « appropriés » aux décisions relatives aux poursuites. Nous avons vu que, dans le contexte civil, de nombreux États ont défini ces facteurs dans des codes publiés.

Il n'existe pas d'équivalent de ces codes dans le système de justice militaire. Il est cependant juste de présumer que, vu le but d'un système de justice militaire distinct, les décisions relatives aux poursuites sont prises dans l'intérêt public, lequel englobe l'intérêt du public à disposer de forces armées qui fonctionnent bien et sont bien préparées. Autrement dit, l'ordre et la discipline des forces armées servent l'intérêt public.

La mesure dans laquelle l'intérêt public au sens large est touché variera selon la gravité de l'infraction. Par exemple, l'intérêt public est très peu touché par les infractions purement militaires, au-delà de l'aspect disciplinaire de ces infractions. À l'autre extrême, la façon dont on traite les cas d'infractions graves contre la personne intéresse très manifestement le public. On trouve entre les deux extrêmes une gamme étendue d'infractions comportant des aspects disciplinaires et touchant en même temps l'intérêt public de façon plus générale. Il incombe aux commandants de réagir de façon appropriée aux infractions prévues par le Code de discipline militaire.

Dans les cas où des infractions touchent de façon importante l'intérêt public, les commandants devraient vraisemblablement envisager les facteurs que les procureurs civils prennent en compte pour déterminer s'il y a lieu d'engager des poursuites. Le *Guide des procureurs de la Couronne*¹⁵¹ énonce de nombreux facteurs (outre la suffisance de la preuve) dont la plupart, sinon tous, sembleraient pertinents dans le contexte militaire, quoique leur sens, leur priorité relative et leur application seraient sans doute différents. De même, les facteurs énoncés dans ce guide qui ne

seraient manifestement pas pertinents au pouvoir discrétionnaire de poursuivre dans le contexte civil ne semblent pas s'appliquer non plus dans le contexte militaire.

De toute évidence, la tâche des commandants, en tant que procureurs, n'est pas facile. Ils doivent faire régner l'ordre et la discipline et, dans bien des cas, ils doivent en même temps défendre l'intérêt public. La plupart des facteurs rattachés à ce rôle dans le contexte civil sembleraient également s'appliquer au contexte militaire, mais leur application peut être différente en raison de l'objectif supplémentaire de maintien de l'ordre et de la discipline au sein des forces militaires. Par contre, les commandants ne sont pas tenus d'appliquer ces facteurs quand ils s'acquittent de leur rôle de procureur.

Cette comparaison des responsabilités des procureurs dans les contextes civil et militaire peut susciter des préoccupations au sujet de l'exercice, par les commandants, de leur pouvoir discrétionnaire de poursuivre. On traitera plus loin de ces sujets de préoccupation éventuels. Mais d'abord, une discussion s'impose sur les difficultés particulières qu'a soulevées l'une des poursuites découlant des événements survenus en Somalie.

DÉCISION DE POURSUIVRE EN CE QUI CONCERNE LES ÉVÉNEMENTS SURVENUS EN SOMALIE

Voici une chronologie des événements relatifs à la poursuite du sdt E. Kyle Brown¹⁵².

Avant le dépôt des accusations contre le sdt Brown

- 16 mars 1993 Torture et meurtre de Shidane Abukar Arone dans le complexe militaire canadien situé près de la ville de Belet Uen, en Somalie.
- 8 mai 1993 Le lcol J.C.A. Mathieu, commandant, est interrogé à la suite d'un avertissement, en tant que suspect possible concernant les événements entourant une fusillade ayant eu lieu le 4 mars 1993.
- 19 mai 1993 Le maj MacKay porte une accusation contre le sdt Brown concernant l'incident survenu le 16 mars 1993.

1^{er} -22 juin 1993 Le maj MacKay et cinq autres majors sont interrogés par la police militaire concernant des ordres qu'ils avaient soi-disant reçus du lcol Mathieu en janvier 1993 en Somalie, au sujet du recours à la force mortelle.

Dépôt des accusations contre le sdt Brown et événements qui ont suivi

18 juin 1993 Le lcol Mathieu signe l'acte d'accusation du sdt Brown concernant l'incident du 16 mars 1993.

21 juillet 1993 Le mgén Vernon (commandant du Secteur du Centre de la Force terrestre), en tant qu'autorité convocatrice, ordonne que le sdt Brown subisse un procès devant une cour martiale générale.

15 octobre 1993 Le lcol Mathieu fait l'objet d'accusations officielles concernant les divers incidents qui seraient survenus du 27 janvier 1993 à la mi-mars 1993 à Belet Uen, en Somalie.

L'accusé a invoqué l'exception d'irrecevabilité au cours du procès en cour martiale. L'un des motifs invoqués par l'accusé pour affirmer que la cour ne pouvait le juger sur les accusations de torture et de meurtre contenues dans l'acte d'accusation signé par le lcol Mathieu le 18 juin 1993 et appuyé par le mgén Vernon le 21 juillet 1993 concernait un présumé manque d'impartialité, réel ou apparent, de la part du lcol Mathieu et du mgén Vernon¹⁵³. La défense a affirmé qu'il était incorrect que le lcol Mathieu signe l'acte d'accusation à titre de commandant, alors qu'il faisait lui-même l'objet d'une enquête. Le lcol Mathieu ne pouvait signer un tel document, car il s'agissait d'une fonction judiciaire ou quasi-judiciaire exigeant l'impartialité¹⁵⁴. L'avocat de la défense a ajouté ce qui suit :

Voici ce que j'ai pu comprendre [...] du rôle du lieutenantcolonel Mathieu dans la procédure. Corrigez-moi si je fais erreur, mais, après avoir lu les *Ordonnances et règlements royaux* et discuté avec d'autres militaires, voici en quoi consiste son rôle : [...] il ouvre l'enquête, il en reçoit les résultats, il décide s'il y a lieu de porter des accusations et lesquelles, il ordonne qu'un résumé des preuves soit préparé, il remet ce résumé ou le fait remettre à l'accusé, il reçoit les déclarations de l'accusé en réponse aux accusations, il décide s'il doit renvoyer l'affaire à une autorité supérieure et, le cas échéant, il ajoute ses recommandations¹⁵⁵. [Traduction libre]

Selon la défense, le commandant ne pouvait agir de manière impartiale en signant l'acte d'accusation en raison de ses intérêts personnels à l'égard des résultats de l'enquête, dans laquelle il était un suspect. La défense a ajouté que, en conséquence, la cour n'était pas habilitée à entreprendre un procès sur les accusations portées contre le sdt Brown¹⁵⁶. Pour ce qui est du mgén Vernon, la défense a affirmé que, même s'il n'exécutait pas ses fonctions d'autorité convocatrice de manière partielle, il existait une crainte raisonnable de partialité¹⁵⁷.

En réponse, la poursuite a prétendu qu'il n'y avait pas de preuve de partialité réelle de la part du lcol Mathieu. Pour ce qui est de l'apparence de partialité, la poursuite a affirmé que l'objet de l'enquête visant le lcol Mathieu différait des circonstances des incidents impliquant le sdt Brown et que, par conséquent, cela ne pouvait donner une impression de partialité de sa part. La poursuite a également affirmé qu'il n'y avait aucune partialité réelle ou apparente dans les mesures prises par le mgén Vernon¹⁵⁸.

La cour a accueilli la demande d'exception d'irrecevabilité en tant que point de droit¹⁵⁹. Elle a mis fin à ses procédures et a renvoyé l'affaire à l'autorité convocatrice en vertu du paragraphe 112.24(7) des ORFC¹⁶⁰. La cour a rendu la décision suivante :

La cour conclut sans peine que, en tant que suspect possible dans une enquête relative à la présumée fusillade d'une personne, le lieutenant-colonel Mathieu avait un intérêt personnel à l'égard des résultats de cette enquête. Cet intérêt personnel est toujours présent à l'heure actuelle, comme en témoigne la Pièce « VD-2 », qui précise que le lcol Mathieu a fait l'objet d'accusations concernant les incidents qui seraient survenus entre le 27 janvier 1993 et la mi-mars 1993 en Somalie [...] Quand il a signé l'acte d'accusation pour meurtre au deuxième degré, visant le sdt Brown, le lieutenant-colonel Mathieu avait un intérêt personnel à l'égard des résultats d'une enquête portant sur le présumé recours à la force mortelle. Même si les enquêtes portent sur des incidents distincts, on ne peut ignorer leur similitude quant au lieu, au moment et au sujet des incidents en cause¹⁶¹. [Traduction libre]

En ce qui concerne le rôle d'un commandant dans le dépôt d'accusations, la cour a jugé qu'« un commandant exerce une fonction au moins quasi-judiciaire quand il décide s'il y a lieu ou non de donner suite aux accusations portées contre un membre des forces militaires » et que, de ce fait, le commandant doit s'acquitter de son rôle « avec une objectivité

sereine et impartiale »¹⁶². La cour a appliqué le test suivant de « crainte réelle de partialité » au cas du sdt Brown :

Une personne raisonnable et bien informée considérerait-elle que l'intérêt du lieutenant-colonel Mathieu à l'égard des résultats de l'enquête dans laquelle il était un suspect pourrait avoir influé sur l'exercice de son rôle visant à déterminer s'il y avait lieu ou non de donner suite aux accusations portées contre le soldat Brown et de signer l'acte d'accusation? Le test [...] porte sur des questions de partialité réelle ou apparente [...] La réponse à la question posée [...] doit refléter la perception honnête de cette personne¹⁶³. [Traduction libre]

La cour a conclu qu'il n'y avait pas de preuve de partialité réelle de la part du lcol Mathieu quand il a signé l'acte d'accusation et qu'il n'y avait pas non plus de preuve de partialité réelle de la part du mgén Vernon quand il a appuyé l'acte d'accusation¹⁶⁴. La conclusion de la cour est la suivante :

Le commandant du sdt Brown, le lieutenant-colonel Mathieu, qui avait un intérêt à l'égard des résultats de l'enquête dans laquelle il était un suspect, pourrait être perçu comme étant intéressé par les mesures que prendraient ses supérieurs à propos de cette enquête et de ses résultats, ainsi que du rôle qu'il pourrait y avoir joué, le cas échéant. Il pourrait être ou serait perçu comme étant inquiet de la façon dont le Code de discipline militaire serait appliqué à son cas et s'il y avait lieu de l'appliquer [...] Un commandant qui est un suspect dans une enquête militaire concernant son unité n'est pas, de l'avis de la cour, du moins concernant les faits en cause [...] en mesure de prendre, avec une objectivité sereine et impartiale, une décision sur les accusations qui lui ont été soumises touchant des membres de son unité, surtout si l'objet des accusations faisant partie de l'enquête dans laquelle le commandant est lui-même un suspect est nettement apparenté, par le lieu, le moment et le sujet général, avec la même unité ayant la même mission. Il y avait, même sur les faits limités de la cause, une possibilité très réelle d'apparence de partialité de la part du lieutenant-colonel Mathieu quand il a signé l'acte d'accusation [...] car, peu importe les mesures qu'il ait prises, il pouvait donner l'impression d'avoir été motivé par l'intérêt personnel et non par le devoir de s'acquitter de ses fonctions. Une telle perception de partialité ne peut être tolérée, en particulier quand les accusations en cause sont graves et qu'elles peuvent avoir des conséquences très sérieuses pour l'accusé¹⁶⁵. [Traduction libre]

L'accusé a par la suite été inculpé à nouveau de meurtre au deuxième degré et de torture relativement à l'incident du 16 mars 1993, en vertu d'un nouvel acte d'accusation signé par un commandant différent. Après son procès devant une cour martiale générale, il a été reconnu coupable d'homicide involontaire et de torture, et condamné à cinq ans d'emprisonnement. Le sdt Brown en a appelé de sa condamnation et de sa peine¹⁶⁶. L'un des arguments invoqués à nouveau par l'appelant concernait la question de la crainte raisonnable de partialité de la part du commandant qui avait signé le nouvel acte d'accusation. Ce motif d'appel était fondé sur le fait reconnu que le commandant ayant signé l'acte d'accusation et renvoyé la cause à une autorité supérieure avait agi selon les avis juridiques des officiers du cabinet du juge-avocat général qui, alors et plus tard, ont été responsables des poursuites intentées contre le sdt Brown et quelques autres personnes relativement à l'incident du 16 mars 1993. L'appelant a encore une fois invoqué le fait que le rôle du commandant, en signant l'acte d'accusation, était de nature quasi-judiciaire, ce qui nécessitait une impartialité réelle et apparente¹⁶⁷. À cet égard, la Cour d'appel de la cour martiale a rendu la décision suivante :

Cet argument est tout à fait sans fondement. Il s'agit d'une interprétation erronée de la nature du rôle d'un commandant qui signe un acte d'accusation et renvoie l'affaire à une autorité supérieure. Contrairement à une situation où un commandant déciderait de son propre chef de procéder par voie sommaire, la décision du commandant, dans le cas présent, n'a rien de judiciaire ou de quasi-judiciaire. La fonction du commandant, comme celle de l'autorité convocatrice à qui il renvoie l'affaire, est purement administrative et ne comporte aucune obligation d'agir de façon judiciaire¹⁶⁸. [Traduction libre]

Cette poursuite résultant des événements survenus en Somalie constitue un exemple d'un cas où le rôle du commandant, à titre d'officier investi d'un pouvoir de poursuite, peut entrer en conflit avec ses intérêts personnels. De toute évidence, il s'agit d'un cas extrême. En fait, le commandant faisait l'objet d'une enquête au moment où l'acte d'accusation a été signé contre l'accusé. Toutefois, et nonobstant la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour d'appel de la cour martiale au sujet de cette affaire portée en appel par le soldat Brown par suite de sa condamnation, il y a des cas où un conflit peut surgir entre le rôle du commandant, en sa qualité d'officier investi d'un pouvoir de poursuite, et ses intérêts personnels. Cette question fait l'objet d'un examen plus approfondi plus loin.

SUJETS DE PRÉOCCUPATION

L'examen du système de justice militaire du Canada, ci-dessus, et la comparaison de celui-ci avec le système civil font ressortir deux grandes préoccupations au sujet de la fonction relative aux poursuites dans le contexte militaire :

la multiplicité des fonctions du commandant;

l'absence d'une structure de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Avant d'examiner ces préoccupations en détail, il faut aborder une question plus générale : la raison pour laquelle l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans le contexte militaire est une importante question d'intérêt public.

L'intérêt public dans les poursuites intentées dans le contexte militaire

Comme il a été mentionné, la principale fonction du système de justice militaire consiste à faire respecter le bon ordre et la discipline dans les Forces canadiennes. Cependant, la portée de ce système ne se limite pas aux questions d'intérêt militaire. Des crimes graves sont parfois en cause. Par conséquent, il y va autant de l'intérêt public de poursuivre les auteurs de ces infractions dans le contexte militaire que dans le contexte civil.

Comme nous l'avons vu plus haut, il y a de nombreux facteurs qui entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider s'il faut entamer des poursuites dans le contexte civil. En tenant compte de ces facteurs, on s'assure de n'intenter des poursuites que lorsqu'il est probable qu'elles aboutiront à une condamnation et qu'elles seront conformes à l'intérêt public. Les facteurs mentionnés dans les lignes directrices régissant la décision d'intenter des poursuites équivalent à un énoncé des mesures d'intérêt public à prendre en considération au moment d'intenter des poursuites dans les affaires de responsabilité civile.

Il n'y a aucune raison de croire que ces facteurs relatifs à l'intérêt public ne sont pas pris en compte dans le contexte militaire. Il est toujours dans l'intérêt public de s'assurer que les lois d'application générale s'appliquent aux personnes assujetties au Code de discipline militaire et qu'elles sont appliquées de manière à respecter les intérêts particuliers énoncés, par exemple, dans le *Guide des procureurs de la Couronne* de l'administration fédérale. Par ailleurs, les facteurs qui, de toute évidence, *ne s'appliquent pas* dans le contexte civil (p. ex. les influences politiques, les

motifs de discrimination interdits, etc.) sembleraient également inapplicables dans le contexte militaire.

Les voies de fait contre le conjoint constituent un exemple de cas où la décision d'intenter des poursuites dans le contexte civil a suscité une vive controverse ces dernières années. En cas de plainte, dans le contexte militaire, selon laquelle une personne assujettie au Code de discipline militaire serait responsable de voies de fait contre son conjoint, les considérations ayant trait à la décision d'intenter ou non des poursuites seraient probablement assez semblables, sinon identiques, à celles qui entreraient en jeu en milieu civil. Il faudrait tenir compte des intérêts de la victime. Il faudrait se demander s'il faudrait intenter des poursuites contre l'accusé malgré l'opposition de la victime. En d'autres termes, les intérêts de la société concernant la poursuite des auteurs présumés de ces infractions seraient semblables dans le contexte militaire et dans le contexte civil. Les lignes directrices spéciales établies pour régir l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans ces cas s'appliqueraient dans les deux contextes. On pourrait dire la même chose au sujet de la poursuite des auteurs présumés de nombreux autres genres d'infractions — infractions relatives aux drogues, propagande haineuse et crimes contre la personne.

Le principal élément distinctif du système de justice militaire n'est donc pas que l'intérêt public en jeu dans la décision d'intenter ou non des poursuites ne s'applique pas. C'est plutôt que l'intérêt public *supplémentaire* à l'égard du bon ordre et de la discipline des Forces canadiennes doit recevoir l'attention qu'il mérite. Au moment de l'évaluation des lacunes de l'exercice du pouvoir en matière de poursuites dans le système de justice militaire, il convient donc de comparer celui-ci au système civil, car l'intérêt public est à peu près le même dans les deux cas. Cependant, il faut aussi éviter de perdre de vue le fait qu'un autre facteur important influe sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites dans le contexte militaire — le bon ordre et la discipline des Forces canadiennes. Par conséquent, il ne faudrait pas oublier ce facteur si l'on envisage de réformer le système de justice militaire.

Par ailleurs, ce serait une erreur de trop mettre l'accent sur les objectifs militaires visés par le système de justice militaire. On risquerait alors de ne pas rendre la justice. Si les objectifs militaires deviennent prioritaires, les Canadiens ne pourront pas être convaincus que l'intérêt public est bien servi. La discipline militaire et l'esprit de corps peuvent exiger que certaines personnes soient tenues davantage responsables de leur inconduite que d'autres ou qu'elles ne le soient pas du tout, ou qu'un certain comportement soit puni sévèrement ou passé sous silence selon les cir-

constances. Ces décisions peuvent être acceptables dans les cas où la conduite équivaut à une infraction purement militaire et où les intérêts militaires sont, de toute évidence, primordiaux. Cependant, lorsqu'un crime grave a présumément été commis et que l'intérêt public commande normalement d'intenter des poursuites, il importe de tenir compte, au moment de prendre la décision d'intenter des poursuites, de facteurs semblables à ceux qui s'appliquent dans le contexte civil.

C'est en tenant compte de ces observations générales que nous abordons les sujets de préoccupation résultant de l'exercice du pouvoir en matière de poursuites dans le contexte militaire.

Multiplicité des fonctions du commandant

Comme il a été mentionné plus haut, les commandants remplissent trois rôles distincts dans le système de justice militaire : ils exercent des fonctions policières, des pouvoirs de poursuite et des responsabilités judiciaires. En plus de ces fonctions, ils assument la responsabilité générale du bon ordre et de la discipline des militaires qui relèvent de leur commandement.

Dans le contexte civil, il existe une démarcation claire entre les fonctions policières, les pouvoirs de poursuite et les responsabilités judiciaires, qui relèvent d'entités indépendantes. Cette séparation des fonctions est importante pour que seuls les facteurs pertinents soient pris en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans chaque sphère de responsabilité.

La séparation des fonctions policières et des pouvoirs de poursuite est bien établie au Canada. Selon le *Guide des procureurs de la Couronne* du gouvernement fédéral :

Dans notre système d'application des lois, l'indépendance de la police à l'égard du contrôle politique direct est fondamentale. La common law enseigne que la police ne saurait recevoir l'ordre, ni du pouvoir exécutif ni du Parlement, d'entreprendre une enquête, et encore moins de porter des accusations¹⁶⁹.

Par ailleurs, les procureurs prennent en main l'affaire lorsque des accusations ont été portées.

Lorsque les accusations sont portées, l'entière responsabilité de la poursuite passe aux mains du procureur général. La police doit, sur demande, effectuer toute autre enquête qui, selon la Couronne, est nécessaire pour présenter la preuve

équitablement et efficacement. Le procureur général a également le pouvoir de prendre charge de la poursuite, une fois que des accusations sont portées. Ce pouvoir s'étend aux conditions du cautionnement, à l'arrêt ou au retrait des accusations et à l'attitude à adopter face à l'imposition de la peine¹⁷⁰.

Outre la séparation claire des rôles en matière de fonctions policières et de poursuites, le pouvoir judiciaire civil est complètement indépendant des entités policières et des pouvoirs de poursuite (en fait de l'ensemble du pouvoir exécutif), et cette indépendance est protégée par la Constitution.

Il y a une certaine séparation des rôles dans le contexte militaire. Les commandants ne peuvent pas, en général, intenter un procès sommaire contre l'auteur d'une infraction sur laquelle ils ont enquêté. En outre, la décision de traduire quelqu'un en cour martiale n'est pas prise par le commandant, mais par un officier d'un rang supérieur (l'autorité convocatrice). Cependant, il y a beaucoup de chevauchement entre ces rôles. Par exemple, la décision d'inculper une personne d'une infraction d'ordre militaire incombe au commandant, même si cet officier a participé à l'enquête, et celui-ci peut intenter un procès sommaire contre une personne après avoir pris la décision de la poursuite en justice.

Dans le domaine qui nous intéresse ici, à savoir les pouvoirs en matière de poursuites, cette association des rôles cause un problème. En effet, le commandant peut être influencé dans sa décision d'intenter des poursuites par le point de vue qu'il a acquis pendant l'enquête. Cela ne permet donc pas de procéder à une évaluation à froid des preuves relatives à l'accusation comme c'est le cas dans le contexte civil. De même, dans le cas d'un procès sommaire, c'est le commandant, qui a déjà conclu qu'une enquête sur l'affaire justifiait des poursuites, qui décide si l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable qu'une infraction a été commise. Encore une fois, le point de vue acquis dans l'exercice d'une fonction peut influencer sur la décision prise dans l'exercice de l'autre.

En plus de cette association de rôles, il y a la responsabilité du commandant en matière de bon ordre et de discipline. Comme il a été indiqué plus haut, cet aspect des responsabilités du commandant est clairement distinct de la situation des procureurs dans un contexte civil. Cet état de fait suscite une inquiétude : le pouvoir discrétionnaire exercé par les commandants à titre de procureurs sera influencé, inconsciemment ou autrement, par le fait que l'existence d'une inconduite au sein de leurs troupes peut refléter leur capacité de maintenir le bon ordre et la discipline. En bref, les commandants peuvent être dans une situation de conflit d'inté-

rêts réel ou apparent lorsqu'ils prennent une décision concernant la façon de faire face à l'inconduite de militaires.

Il y a une autre préoccupation, plus grave celle-là, qui peut résulter du fait que les commandants sont chargés actuellement d'entamer des poursuites. À certains moments, la conduite du commandant peut donner lieu à des poursuites judiciaires et, par conséquent, l'officier ne sera pas en mesure de faire face à la conduite de ceux qui relèvent de lui ou d'évaluer celle-ci objectivement.

Les commandants ne sont pas passibles de poursuites au criminel ou au civil dans l'exercice de leurs fonctions aux termes du Code de discipline militaire. L'article 270 de la *Loi sur la défense nationale* contient les dispositions suivantes :

270. Les officiers ou militaires du rang bénéficient de l'immunité judiciaire pour tout acte ou omission commis dans l'accomplissement de leur devoir aux termes du Code de discipline militaire, sauf s'il y a eu intention délictueuse ou malveillance sans aucune justification raisonnable.

Par exemple, un commandant ne pourrait pas être accusé de négligence dans l'exercice de ses fonctions s'il n'avait pas exercé son pouvoir, aux termes de la *Loi sur la défense nationale* ou des ORFC, de prendre des mesures disciplinaires contre les militaires relevant de son commandement. Cependant, il semble que la protection offerte en vertu de l'article 270 n'empêcherait pas de prendre des mesures disciplinaires contre un commandant dans un cas où le manque de discipline au sein d'une unité serait attribuable à sa négligence. En d'autres termes, l'article 270 semble protéger le commandant dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de discipline, mais non contre la négligence générale dans le maintien de la discipline chez les personnes relevant de son commandement. Par conséquent, l'article 270 ne supprime pas la possibilité de conflits d'intérêts dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commandants.

Des répercussions juridiques plus graves peuvent résulter d'infractions criminelles commises par des membres des forces armées relevant de la responsabilité d'un commandant. Le commandant pourrait être tenu responsable à titre de partie à cette inconduite selon les règles générales de la responsabilité secondaire. Une personne qui occupe un poste de responsabilité à l'égard d'autres personnes peut être reconnue coupable d'avoir favorisé ou encouragé la perpétration de crimes contre ces personnes si elle n'a pas pris de mesures pour assurer leur protection¹⁷¹. Cela peut se

produire, comme en témoigne l'affaire *R. c. Nixon*, dans les cas où un prisonnier a été maltraité.

Les accusations portées par suite des événements survenus en Somalie dont il est fait état à la section précédente constituent un exemple extrême des préoccupations générales soulevées ci-dessus. Dans cette affaire, le commandant faisait l'objet d'une enquête alors qu'il exerçait un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites à l'égard de personnes qui relevaient de son commandement.

Absence d'une structure de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites

Dans le système civil de justice criminelle, il y a des structures institutionnelles qui visent à faire en sorte que le pouvoir discrétionnaire soit exercé objectivement et qu'il soit fondé sur des motifs pertinents. Comme il a été mentionné, les fonctions policières sont séparées des responsabilités en matière de poursuites. Les ministres responsables des services de police civile n'ont pas de responsabilité en matière de poursuites et vice versa. Même au sein des ministères du procureur général, l'indépendance est garantie par la création du bureau du directeur du ministère public ou par des moyens moins officiels. En outre, l'indépendance judiciaire est bien entendu inscrite dans la Constitution.

De tels arrangements favorisent l'indépendance dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans chacune de ces fonctions distinctes. Ils contribuent à empêcher les influences extérieures d'influer sur la façon dont les pouvoirs d'enquêter, d'intenter des poursuites et de juger les crimes sont appliqués. Le système de justice militaire au Canada ne possède pas ce genre d'arrangements institutionnels et, en fait, comme il a été mentionné plus haut, la responsabilité des fonctions policières, des poursuites et du jugement incombe non pas à un ministère, à une direction ou à un secteur gouvernemental en particulier, mais à une seule personne — le commandant. Cette situation suscite une préoccupation évidente : les décisions prises par les commandants dans l'exercice de leurs différents rôles dans le système de justice militaire sont à la merci des influences extérieures.

L'existence de lignes directrices claires régissant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans chacun des rôles confiés aux commandants pourrait atténuer cette préoccupation. Des lignes directrices de ce genre pourraient indiquer aux commandants de ne tenir compte que des facteurs qui se rapportent aux décisions à prendre dans l'exercice de ces rôles. Il n'en existe pas à l'heure actuelle.

Même si des lignes directrices pourraient, au moins en théorie, réduire l'apparence de conflits et les conflits réels dans les divers rôles remplis par les commandants, il est peu probable qu'elles puissent les faire disparaître. En premier lieu, aucune ligne directrice, aussi rigoureuse soit-elle, ne pourrait modifier la réalité, c'est-à-dire que les commandants jouent des rôles multiples simultanément. En deuxième lieu, les lignes directrices elles-mêmes créeraient inévitablement un conflit. Par exemple, les facteurs dont on pourrait demander à un commandant de tenir compte pour décider s'il doit entreprendre une enquête (p. ex. les déclarations sur la foi d'autrui) pourraient être tout à fait non pertinents lorsqu'il s'agirait de décider s'il faut accuser ou poursuivre quelqu'un. On demanderait tout à la fois aux commandants de prendre en considération et de mettre de côté certains facteurs.

Par conséquent, bien que le pouvoir discrétionnaire dont sont investis les commandants dans le système de justice militaire ne soit pas structuré, il est difficile de conclure que des lignes directrices constitueraient une solution adéquate. Elles pourraient redresser la situation jusqu'à un certain point, mais en fin de compte, la possibilité d'un conflit réel ou perçu persisterait.

Conclusion

En ce qui concerne les caractéristiques des postes des personnes qui exercent des pouvoirs en matière de poursuites dans les forces armées, il est évident que le commandant n'est pas en mesure de faire preuve d'un jugement indépendant lorsqu'il s'agit de décider s'il faut tenter des poursuites à la suite de certaines accusations. Compte tenu de la variété des fonctions que le commandant doit remplir dans la suite des événements menant à un procès dans le système de justice militaire, cette conclusion est inévitable. Encore une fois, étant donné que le facteur primordial dans le processus est le bon ordre et la discipline dans les forces armées, le commandant est responsable devant son ou ses supérieurs à cet égard et, à ce titre, il est assujéti à l'« influence du commandement » en ce qui concerne la façon dont les questions disciplinaires sont traitées dans sa sphère de responsabilité.

Si la seule fonction du système de justice militaire consistait à aborder les questions relatives à l'efficacité, à la discipline et au moral des militaires, cette situation ne prêterait pas à controverse. Le commandant est de toute évidence en mesure de juger quel effet certaines formes d'inconduite risquent d'avoir sur la bonne marche et la capacité opérationnelle

des unités militaires. Dans la mesure où le système de justice militaire répond à ces préoccupations, il est raisonnablement adapté aux fins auxquelles il est destiné. Cependant, le fait qu'il y ait des intérêts publics beaucoup plus vastes suscite des préoccupations au sujet de la façon dont les pouvoirs en matière de poursuites sont exercés au sein des forces armées.

CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Principes directeurs

D'après ce qui précède, il nous semble qu'il faudrait modifier la façon dont le pouvoir en matière de poursuites est exercé au sein des forces armées. Comme il a été mentionné plus haut, nous n'avons pas été investis du mandat de remettre en question l'existence même du système de justice militaire. Les recommandations formulées plus loin sont fondées sur l'hypothèse selon laquelle un système de justice militaire continuera d'exister au Canada. Les lacunes que nous avons constatées dans ce système ne justifieraient pas, à notre avis, son abolition. Nous croyons qu'on peut préserver le système de justice militaire en appliquant les réformes proposées ici (et celles qui se rapportent à la police militaire, mentionnées plus haut).

Avant de décrire les réformes qu'il convient d'apporter, à notre avis, en ce qui concerne la fonction relative aux poursuites, il importe de faire état de deux considérations qui sont à la base de nos propositions. Ces considérations nous ont été recommandées par des personnes qui connaissent bien le système de justice militaire actuel et qui travaillent au sein de ce système. Nous y souscrivons.

Premièrement, il est nécessaire de respecter le rôle des commandants, qui sont chargés de faire régner la discipline dans les Forces canadiennes. L'idée que le pouvoir disciplinaire doit continuer d'appartenir aux commandants est au cœur de notre système de justice militaire actuel. La raison en est que les membres des Forces canadiennes s'attendent à ce que les commandants prennent des décisions qui peuvent influencer sur leur vie ou leur sécurité. L'obéissance aux ordres donnés par les commandants est nécessaire pour assurer le succès des opérations militaires. Si les commandants perdaient tous leurs pouvoirs disciplinaires, ils risqueraient de voir le respect de leur autorité diminuer de façon correspondante. Dans ce cas, il en résulterait des conséquences graves. Le bon ordre des Forces canadiennes et, par conséquent, leur efficacité opérationnelle pourraient en subir le contrecoup. Par conséquent, nous croyons que le

pouvoir accordé aux commandants de maintenir la discipline ne doit pas être diminué, sauf si les intérêts de la justice l'exigent.

Par ailleurs, il faut établir un équilibre entre l'équité et la discipline. En fait, le manque d'équité peut avoir un effet négatif sur la discipline.

Si le système de justice militaire ne se conforme pas le plus possible à la Charte, la discipline militaire risque d'être minée à long terme par la perception selon laquelle la justice militaire est injuste. À un moment donné, l'efficacité des forces armées et le recrutement d'un personnel de qualité seront érodés par la perception d'après laquelle les militaires sont privés de manière injuste des avantages dont jouit la société civile. En fait, une certaine attrition au sein du personnel des forces armées est déjà attribuable à l'insatisfaction à l'égard des différences entre la vie militaire et la vie civile¹⁷². [Traduction libre]

Deuxièmement, le système de justice militaire devrait fonctionner aussi efficacement au pays qu'en campagne. Par exemple, nous ne devons pas créer un système qui fonctionne d'une façon au Canada et d'une autre à l'extérieur du Canada. Quels que soient la façon dont le système fonctionne et les responsables chargés d'exercer les pouvoirs discrétionnaires à l'intérieur de celui-ci, les mêmes règles doivent s'appliquer dans les Forces canadiennes partout où elles sont déployées. S'il existait une telle distinction, le fonctionnement de la justice militaire en campagne s'en trouverait entravé. Les personnes qui assument des responsabilités au sein du système seraient mal préparées et mal placées pour les assumer en raison d'un manque d'expérience et des complications inhérentes aux opérations sur le terrain.

Compte tenu de ces principes, nous proposons les recommandations suivantes.

Recommandation n° 6

Les auteurs présumés des infractions tombant sous le coup de l'article 70 de la Loi sur la défense nationale devraient être traduits sans exception devant des tribunaux civils, sous réserve uniquement d'une convention sur le statut des forces ou de l'existence de situations urgentes exigeant que le procès ait lieu devant un tribunal militaire.

Observation. Le raisonnement à la base de l'article 70 est qu'il y a des crimes qui sont si graves qu'ils ne devraient jamais être jugés devant des

tribunaux militaires parce que le lien militaire avec les infractions est, par définition, subordonné au fait qu'il y va de l'intérêt public général de les juger. À notre avis, ce raisonnement s'applique autant aux infractions commises au Canada qu'à celles perpétrées à l'étranger par des personnes assujetties au Code de discipline militaire. Nous croyons que les auteurs de ces infractions devraient, dans la mesure du possible, être jugés devant des tribunaux civils.

Cependant, il peut y avoir des cas où un procès ne peut pas avoir lieu devant un tribunal civil, par exemple, lorsque l'État où l'infraction a été commise (et, par conséquent, de qui relève principalement l'infraction) ne le permet pas. Dans un tel cas, la position de l'État étranger serait établie dans une convention sur le statut des forces. La proposition générale voulant que les tribunaux civils canadiens aient juridiction sur les infractions visées par l'article 70 devrait faire l'objet d'une convention sur le statut des forces qui en déciderait autrement.

Il peut aussi y avoir des cas où il est impossible sur le plan logistique de tenir un procès au Canada, par exemple lorsque les témoins sont des ressortissants étrangers ou que les preuves ne peuvent pas être soustraites à la juridiction du pays étranger. On peut parfois surmonter ces obstacles en prenant les dépositions à l'étranger ou en utilisant des preuves de substitution (p. ex. des copies ou des photographies). Cependant, lorsque les obstacles sont insurmontables, les tribunaux militaires doivent avoir juridiction. À notre avis, il n'y avait cependant aucune raison de ne pas juger les infractions résultant des incidents en Somalie devant les tribunaux civils au Canada.

Recommandation n° 7

Les commandants devraient conserver un pouvoir disciplinaire en ce qui concerne les infractions militaires mineures. Les infractions désignées, y compris les infractions militaires graves et les infractions tombant sous le coup du Code criminel ou d'autres lois du Parlement, ne devraient pas relever de la responsabilité des commandants.

Recommandation n° 8

Les commandants devraient être obligés de confier les infractions désignées, y compris les infractions militaires graves et les infractions tombant sous le coup du Code criminel ou d'autres lois du Parlement, à la police militaire pour qu'elle

fasse enquête. Ils ne devraient pas avoir le pouvoir d'ordonner à la police militaire de ne pas enquêter sur une infraction.

Observation. Comme il est indiqué plus haut, nous croyons que le rôle disciplinaire des commandants devrait être respecté. Par ailleurs, nous croyons que le rôle actuel des commandants est indûment vaste, et nous formulons des recommandations plus loin pour le restreindre. En particulier, il faudrait laisser à des autorités qui sont en mesure d'exercer un pouvoir discrétionnaire indépendant de la chaîne de commandement le soin de faire enquête sur les infractions graves et d'intenter des poursuites contre leurs auteurs présumés. Cependant, il n'est pas nécessaire, à notre avis, d'enlever aux commandants tous leurs pouvoirs à l'égard de la discipline militaire. Comme nous l'indiquons ci-dessus, les commandants sont souvent les mieux placés pour décider comment faire face à une inconduite au sein de leurs troupes. Leur connaissance de l'unité dans laquelle l'inconduite a eu lieu, leur expérience en tant que soldats, leur connaissance des personnes en cause et leur préoccupation à l'égard de l'efficacité et du fonctionnement des Forces canadiennes donnent à penser qu'ils devraient continuer de jouer un rôle important dans la discipline militaire.

À notre avis, les commandants devraient conserver leurs pouvoirs relativement à diverses sortes d'inconduite qui peuvent être considérées comme purement disciplinaires. Ils ne devraient pas, cependant, être autorisés à prendre les décisions en matière de poursuites dans le cas des infractions militaires ou des crimes graves. Par conséquent, ils continueraient d'avoir le pouvoir d'intenter des poursuites et des procès sommaires dans le cas d'une foule d'infractions relativement mineures. Nous souscrivons généralement à l'opinion suivante :

Les infractions militaires mineures doivent continuer de relever du commandant. Il est responsable des troupes placées sous son commandement. Cependant, comme le procès sommaire contrevient à la Charte, les pouvoirs de punition du commandant doivent être limités afin de les soustraire à l'application de l'alinéa 11*d*). Si les pouvoirs de punition étaient limités aux seuls pouvoirs disciplinaires, on pourrait dire que le commandant exerce un pouvoir à l'égard des questions disciplinaires et non à l'égard des crimes. Comme l'alinéa 11*d*) ne s'applique qu'aux personnes accusées d'une « infraction », il ne concerne pas les questions disciplinaires. Par conséquent, le commandant ne devrait pas pouvoir condamner un délinquant à une période de détention; les peines de cette nature devraient être imposées uniquement par la cour martiale. Le commandant pourrait

toujours imposer des peines comme des amendes limitées, la consigne au quartier, le travail et les exercices supplémentaires, les réprimandes et les autres punitions qui sont clairement de nature disciplinaire plutôt que criminelle¹⁷³. [Traduction libre]

Nous ne formulons aucune conclusion au sujet de la conformité des poursuites sommaires avec la Charte. Il se pourrait qu'il soit nécessaire de modifier cette forme de procédure, comme l'ont proposé certains auteurs¹⁷⁴. Nous croyons que les commandants devraient conserver leurs pouvoirs disciplinaires à l'égard de diverses questions mineures afin de préserver leur important rôle en matière de maintien de la discipline dans les Forces canadiennes. En outre, nous croyons qu'en ce qui concerne les questions plus graves, les commandants devraient continuer d'avoir le pouvoir de demander à un service de police indépendant de procéder à une enquête. Cela compléterait le rôle des commandants en ce qui concerne les questions disciplinaires et contribuerait à faire en sorte que la police militaire soit saisie des questions graves. Cependant, afin de préserver l'indépendance de la police militaire, les commandants ne devraient pas avoir le pouvoir d'ordonner à la police militaire de renoncer à faire enquête sur des questions relevant de leur compétence.

Recommandation n° 9

Les fonctions de poursuite devraient être exercées par une autorité militaire indépendante. Cette autorité devrait être chargée de faire une sélection préalable des accusations dans les affaires graves.

Recommandation n° 10

Il faudrait élaborer des lignes directrices sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite afin de guider l'autorité militaire dotée de ce pouvoir. Ces lignes directrices devraient porter aussi bien sur le procédé de sélection préalable des accusations que sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre avant et pendant le procès. Elles devraient mettre l'indépendance des avocats militaires au premier plan, comporter une exigence de suffisance de la preuve et traiter des facteurs qui sont pertinents et de ceux qui ne le sont pas dans la décision d'engager une poursuite. Le Guide des procureurs de la Couronne du gouvernement fédéral devrait constituer le point de départ pour l'élaboration de ces lignes directrices.

Observation. La décision de porter des accusations pour les affaires graves ne devrait plus relever des commandants. Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, en raison des rôles multiples qu'ils exercent et du fait qu'ils sont susceptibles de subir des influences externes, les commandants ne sont pas bien placés pour prendre une telle décision. De plus, ils ne possèdent ni la formation ni l'expérience nécessaires pour être en mesure d'établir avec précision la signification juridique de l'inconduite qui est portée à leur attention. Qui, alors, devrait prendre cette décision? Dans l'univers civil, la décision de porter des accusations relève habituellement de la police. Toutefois, dans certaines provinces ou certains États, la police ne porte des accusations qu'après avoir reçu l'approbation d'un substitut du procureur général. Il faut déterminer le procédé d'inculpation qui convient au contexte militaire.

Il existe actuellement deux étapes décisionnelles dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite. La première est la décision de porter une accusation. La deuxième est la décision de maintenir l'accusation jusqu'aux mesures préparatoires au procès et en première instance. À l'heure actuelle, ce sont les commandants qui ont ce pouvoir de décision aux deux étapes. Dans un système de justice militaire réformé doté d'une police militaire indépendante, la décision d'inculper une personne d'une infraction pourrait être laissée aux autorités policières, comme cela se passe généralement dans un contexte civil. La question de la décision d'entamer une poursuite demeurerait toutefois ouverte. Dans le milieu civil, cette deuxième décision relève de l'autorité chargée d'intenter des poursuites — le procureur général ou le directeur des poursuites criminelles — bien qu'en pratique de nombreuses décisions soient prises par des procureurs locaux. La question est donc la suivante : qui, au sein du système de justice militaire, devrait disposer du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites fondées sur des infractions?

Il serait logique de s'en remettre au cabinet du juge-avocat général (JAG). En ce moment, les avocats militaires membres de ce cabinet sont chargés de la conduite des instances devant la cour martiale; il est donc naturel de songer à confier au JAG l'entière responsabilité des poursuites. Il est toutefois d'abord nécessaire de donner une brève description du rôle et de l'organisation du cabinet du juge-avocat général.

Le juge-avocat général actuel a décrit de la façon suivante le rôle et la fonction de son cabinet :

Les juges et avocats militaires de la force régulière et de la réserve des Forces canadiennes jouent un rôle actif dans le système de justice militaire. Quand il

s'agit de procès sommaires, ce sont les officiers de l'unité qui jouent le rôle prédominant, mais les avocats militaires les conseillent directement et un avocat militaire examine tous les résultats des procès sommaires. Bien que le processus de prise de décision préalable à la présentation en cour martiale soit sous le contrôle des commandants subalternes et supérieurs, ceux-ci reçoivent également à chacune des étapes l'aide et les conseils des avocats militaires. En cour martiale, les avocats militaires agissent en qualité de procureur et, si l'accusé le désire, en qualité d'avocat de la défense. Les juges militaires, qui sont nommés pour une durée déterminée par le ministre de la Défense nationale, sont des avocats militaires d'expérience qui ont suivi avec succès deux cours destinés aux juges, l'un des Forces canadiennes et l'autre de la province¹⁷⁵.

Le cabinet du juge-avocat général fournit une gamme complète de services juridiques au ministère de la Défense nationale et aux Forces canadiennes. Outre les fonctions liées à la justice militaire, soit les poursuites, la défense d'accusés et les appels devant la Cour d'appel de la cour martiale et la Cour suprême du Canada, ces services touchent des domaines tels les réclamations contre l'État, les recours aux tribunaux des droits de la personne, le droit international, le droit opérationnel et les contrats¹⁷⁶.

En vertu à l'article 9 de la *Loi sur la défense nationale*, le juge-avocat général est nommé par le gouverneur en conseil et se voit confier quatre fonctions principales :

- i) diriger, en tant que juge-avocat général, un poste statutaire indépendant, le système de tribunaux et de justice militaire des Forces canadiennes;
- ii) agir comme conseiller juridique principal des Forces canadiennes;
- iii) agir comme conseiller juridique principal du ministère de la Défense nationale;
- iv) gérer et diriger les Services juridiques¹⁷⁷.

Les fonctions du JAG en regard de la justice militaire incluent notamment l'obligation de fournir des conseils juridiques à ceux qui font partie du système de justice militaire, d'administrer ce système, d'assurer le service de procureurs et d'avocats de la défense pour les causes allant en cour martiale et de nommer des juges-avocats pour la cour martiale (ou de recommander au ministre de la Défense nationale des personnes à désigner comme président ou juge présidant une audience).

Ces diverses fonctions peuvent éventuellement placer le JAG dans des situations d'incompatibilité des rôles. À titre d'exemple, dans le cadre de son rôle de conseiller juridique auprès du ministère de la Défense natio-

nale et des Forces canadiennes, il assiste aux réunions quotidiennes de direction présidées par le sous-ministre de la Défense nationale (SM) et le chef d'état-major de la Défense (CEMD). Ces réunions donnent lieu à des échanges d'information sur des situations opérationnelles ou sur d'autres affaires d'intérêt pressant, et on y discute des enjeux qui en découlent. Bien qu'elles durent habituellement de 15 à 20 minutes, pendant les événements de Somalie ces réunions quotidiennes de direction se sont parfois prolongées jusqu'à 90 minutes¹⁷⁸.

Ceci signifie que le JAG participe à des échanges sur des situations opérationnelles en cours et offre des avis juridiques à ce sujet. En même temps, si l'une de ces situations a des répercussions sur le plan disciplinaire, il doit veiller à la bonne marche du système de justice militaire. À titre d'exemple, un officier du cabinet du JAG (le juge militaire en chef) désigne le procureur et le juge-avocat pour une instance en cour martiale. Le JAG peut désigner l'avocat de la défense, tout en étant chargé de veiller au bon fonctionnement général des tribunaux militaires. Or, il peut avoir adopté une position en droit sur la responsabilité d'une personne accusée d'une infraction d'ordre militaire, sous la forme d'avis juridiques donnés en sa qualité de conseiller juridique auprès du ministère de la Défense et des Forces canadiennes, avant que le processus de justice militaire, dont il est responsable, soit enclenché.

Le cumul de ces divers rôles soulève une inquiétude plus importante qu'il ne le ferait dans un contexte civil. Sans doute les procureurs généraux doivent-ils également remplir une série de rôles, dont celui de conseiller juridique du gouvernement et celui qui consiste à superviser l'administration de la justice¹⁷⁹. Ce cumul peut éventuellement générer des conflits de rôles, mais ceux-ci sont plus tolérables dans la sphère du pouvoir civil chargé d'intenter des poursuites qu'ils ne le sont dans un contexte militaire. Ainsi qu'il a été dit précédemment, dans l'univers civil il existe des mécanismes qui contribuent à garantir que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'intenter des poursuites, seules les considérations pertinentes seront retenues. Dans certaines entités politiques, il y a délégation du pouvoir discrétionnaire de poursuivre du procureur général en faveur des directeurs des poursuites criminelles et, de façon générale, les procureurs locaux jouissent de beaucoup d'autonomie dans leurs décisions. Il y a une longue tradition d'indépendance du procureur général (et par conséquent de l'exercice du pouvoir de poursuivre) qui protège les détenteurs de ce pouvoir contre les influences externes. Dans beaucoup de cas, les gouvernements ont établi des lignes directrices qui orientent l'exercice du pouvoir discrétionnaire de pour-

suite et interdisent nommément de tenir compte de facteurs non pertinents. Les procureurs généraux et les autres personnes ayant le pouvoir d'intenter des poursuites doivent publiquement rendre compte de leurs décisions à la lumière de ces lignes directrices.

Si le pouvoir d'intenter des poursuites était entièrement remis au JAG, il n'y aurait ni lien avec le genre de mécanismes qui existent dans la société civile pour garantir la pertinence et l'indépendance des décisions en matière de poursuite, ni mécanismes de remplacement de cette protection. À notre avis, la multiplicité des fonctions assignées au JAG fait en sorte que son cabinet, tel qu'il est actuellement constitué, n'est pas mieux placé que les commandants pour prendre de façon indépendante la décision d'intenter ou non des poursuites. Si le JAG devait être investi du pouvoir discrétionnaire de poursuite, la combinaison des rôles qu'il joue créerait un risque que s'exercent sur lui des influences de nature politique et de la part du commandement militaire (en raison de la relation étroite entre le JAG, le SM et le CEMD). Le manque d'indépendance du JAG et les rapports étroits qu'entretient son cabinet avec le commandement militaire tout aussi bien qu'avec le pouvoir exécutif ont fait l'objet de commentaires dans les affaires *R. c. Ingebrigtsen*¹⁸⁰ et *R. c. Généreux*¹⁸¹.

Tout comme dans le cas des commandants, cette situation pourrait être quelque peu améliorée par la promulgation de lignes directrices sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, des lignes directrices ne suffiraient pas en elles-mêmes là où subsiste un obstacle structurel à une telle indépendance. Dans ce cas-ci, c'est l'éventail des fonctions assignées au JAG qui forme l'obstacle structurel.

Il serait toutefois possible de modifier la charge de juge-avocat général de manière à en créer une qui convienne à l'exercice du pouvoir d'intenter des poursuites. Avant d'examiner cette possibilité, une analyse de l'organisation des fonctions comparables en Grande-Bretagne et en Australie peut nous apporter un éclairage intéressant.

Royaume-Uni. Il existe des différences très marquées entre la fonction de juge-avocat général au Canada et la fonction équivalente au Royaume-Uni. Premièrement, au Royaume-Uni cette fonction est entièrement de nature civile. Le titulaire est nommé par lettres patentes et il est responsable devant la Reine par l'entremise du Lord chancelier. Deuxièmement, le JAG n'est pas chargé des poursuites devant la cour martiale, cette tâche étant dévolue aux contentieux de l'armée de terre et de l'aviation. Le choix des accusations relève de l'autorité convocatrice. Troisièmement, bien que le JAG du Royaume-Uni soit responsable de la désignation des

juges-avocats pour la cour martiale, ces derniers sont en fait nommés par le Lord chancelier et non par le JAG.

En raison de cet arrangement, les fonctions du JAG du Royaume-Uni ont surtout trait à la sphère judiciaire du système de justice militaire. Les principales attributions du JAG sont analogues à celles d'un juge en chef. Comme on l'explique dans une publication issue du bureau du JAG du Royaume-Uni, ceci distingue la fonction de celles des JAG d'autres entités politiques.

Dans la plupart des pays du Commonwealth et des autres États de common law, le juge-avocat général est un officier commissionné en service. Au Royaume-Uni, par tradition et par principe, on considère que le juge-avocat général doit demeurer entièrement à part des forces armées qu'il a le devoir de servir. Lui et ses officiers de justice ont un rôle important à jouer dans l'administration de la justice pénale au sein de l'armée et de l'aviation. Ils sont indépendants des forces armées et à ce titre il leur incombe conjointement de trouver, en donnant des consultations juridiques, un équilibre juste et justifié en droit entre, d'une part, la nécessité d'appliquer correctement, au sein des forces armées, un code de discipline qui soit à la fois efficace et acceptable pour la société dans son ensemble et, d'autre part, la réaffirmation des droits de ceux qui sont présumés avoir enfreint ce code¹⁸². [Traduction libre]

Il faut noter qu'au Royaume-Uni, le JAG a un rôle consultatif auprès du ministère de la Défense.

Un aspect du système du Royaume-Uni a tout de même soulevé des questions en ce qui a trait à l'indépendance et à l'impartialité du système. Dans l'affaire *Findlay* instruite devant la Commission européenne des droits de l'homme, cette dernière a exprimé sa désapprobation quant au rôle joué par l'autorité convocatrice dans le système de justice militaire du Royaume-Uni. Ainsi qu'il a été dit précédemment, l'autorité convocatrice décide de la nature des accusations. Elle décide également de la forme de cour martiale devant être établie. Dans l'affaire *Findlay*, le requérant a fait valoir que la cour martiale n'était pas indépendante de l'autorité intentant la poursuite (c'est-à-dire l'autorité convocatrice) puisque les membres de la cour martiale étaient des membres des forces armées en service et sous le commandement de l'autorité convocatrice. De plus, on y fait valoir que la présence d'un juge-avocat désigné par le juge-avocat général ne corrigeait pas le manque d'indépendance puisque ce dernier est étroitement lié au ministère de la Défense à titre de conseiller juridique

principal du ministère. Dans son jugement, la Commission en arrive à la conclusion suivante :

En conséquence, la Commission est d'avis que la crainte exprimée par le requérant au sujet d'une indépendance insuffisante de la cour martiale en regard de l'autorité intentant la poursuite dans cette cause peut être considérée comme justifiée objectivement, particulièrement en raison de la nature et de l'étendue des rôles de l'autorité convocatrice, de la composition de la cour martiale et du caractère ponctuel de la convocation. La Commission juge donc que la cour martiale n'a pas constitué un tribunal indépendant ou, par voie de conséquence, un tribunal impartial, au sens de l'article 6, paragr. 1 de la Convention¹⁸³.
[Traduction libre]

L'argumentation utilisée dans l'affaire *Findlay* ne pourrait être reprise entièrement au Canada puisque, dans le système de justice militaire canadien, l'autorité convocatrice ne désigne plus les membres de la cour martiale. Néanmoins, une partie de cette argumentation s'applique ici. En effet, le rôle du juge-avocat n'a pas été perçu comme une garantie de l'indépendance du tribunal militaire en raison des liens entre le JAG et le ministère de la Défense. Dans le contexte canadien, où le JAG a des liens encore plus étroits avec le ministère de la Défense nationale et intervient tant sur le plan de la poursuite que sur celui de la défense en cour martiale, le rôle du juge-avocat pourrait d'autant moins être perçu comme un facteur de l'indépendance des tribunaux militaires.

Au Royaume-Uni, à la lumière de l'affaire *Findlay*, on a examiné la possibilité de réformer le procédé utilisé pour intenter des poursuites dans les cas d'infractions militaires. L'une des propositions examinées est la création d'une autorité militaire chargée des poursuites. Les modifications proposées à l'*Army Act* de 1955 créeraient une autorité de ce genre, dont les membres seraient désignés par Sa Majesté. Cette autorité aurait le pouvoir de modifier les accusations, d'en substituer certaines à d'autres, de les retirer ou de les abandonner, et conduirait les causes en cour martiale¹⁸⁴. Le juge-avocat général actuel du Royaume-Uni a décrit ainsi le but de ces projets de modification :

Selon l'orientation proposée, le rôle du responsable de la convocation serait réduit considérablement et donc modifié de manière draconienne. Dorénavant, sa seule fonction dans le procès serait de décider si un militaire donné devrait faire l'objet d'une poursuite en cour martiale. Il pourrait compter sur un avis juridique pour prendre cette décision, mais une fois la décision prise, il remet-

trait la cause entre les mains de l'autorité qui serait chargée d'intenter les poursuites. Cette autorité serait formée de membres des contentieux respectifs de l'Armée de terre et de l'Aviation royale, mais elle serait entièrement indépendante de la chaîne de commandement. Elle serait chargée d'établir les accusations, d'en retirer ou d'en ajouter de nouvelles et, en fait, aurait à décider d'appuyer ou non la décision initiale du responsable de la convocation d'intenter une poursuite à la lumière de toute la preuve disponible. En cette matière, elle assumerait la responsabilité d'une prise de décision indépendante. L'autorité poursuivante serait également la seule responsable de la conduite de l'affaire au procès, l'autorité convocatrice ne jouant plus aucun rôle dans une quelconque décision du tribunal¹⁸⁵. [Traduction libre]

Ainsi, la nouvelle autorité poursuivante jouirait d'un plein pouvoir discrétionnaire de poursuite et d'une indépendance totale dans l'exercice de ce pouvoir, y compris en regard de la décision de poursuivre.

Australie. Le JAG australien est nommé à ce poste par le gouverneur général. Contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays, il doit être un juge de la cour fédérale ou de la cour suprême d'un État pour être admissible à ce poste¹⁸⁶. Tout comme au Royaume-Uni, en Australie les fonctions du JAG sont avant tout de nature judiciaire. Toutefois, le JAG s'y abstient généralement de donner des avis juridiques aux forces armées¹⁸⁷. Les services de consultation juridique et la conduite d'instances en cour martiale incombent aux contentieux de la force de défense.

Il est intéressant de remarquer que le JAG australien a recommandé, s'alignant en cela sur les réformes projetées au Royaume-Uni, la création pour l'Australie d'un poste de directeur des poursuites militaires.

Je crois qu'il serait avantageux de désigner un avocat militaire ayant le grade de colonel (ou l'équivalent) à un poste de directeur des poursuites militaires. Cette fonction favoriserait une uniformisation des méthodes et une supervision professionnelle plus poussée des procédures utilisées pour les poursuites menées devant les magistrats de la force de défense et la cour martiale (et, peut-être, en ce qui regarde les procès sommaires pour les accusations plus graves)¹⁸⁸. [Traduction libre]

En sus des avantages énoncés, la fonction de directeur des poursuites militaires, si elle était structurée convenablement, donnerait à son titu-

laire un pouvoir indépendant d'intenter des poursuites au sein du système de justice militaire.

Possibilités de réforme. Il existe deux possibilités de réforme de la fonction de JAG au Canada, inspirées des situations au Royaume-Uni et en Australie. Premièrement, il serait possible de créer une direction du contentieux chargée des poursuites (c.-à-d. de la conduite d'instances en cour martiale) qui serait séparée du bureau du JAG, comme cela existe actuellement au Royaume-Uni et en Australie. On pourrait confier à ce service la responsabilité des poursuites pour des infractions militaires graves. Une réforme de ce type aurait pour effet de séparer les responsabilités en matière de poursuite des autres services juridiques tels que la consultation, la défense et les aspects judiciaires du système de justice militaire, qui se trouvent actuellement tous sous l'autorité du juge-avocat général. Deuxièmement, il serait possible de retirer des mains des commandants le pouvoir discrétionnaire de poursuite qui leur revient présentement, celui-ci étant attribué au service des poursuites qui jouirait d'une indépendance complète dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, comme il a été proposé de le faire aussi bien au Royaume-Uni qu'en Australie. Cette dernière façon de faire aurait pour effet de créer un poste de directeur des poursuites militaires, comme l'a suggéré le JAG australien. Cette fonction pourrait être structurée selon le modèle de celle du directeur des poursuites criminelles, avec les attributs de l'indépendance propres à un tel poste (nomination prévue par la loi, inamovibilité, etc.).

À notre avis, une réforme de cette nature serait nécessaire dans le contexte militaire canadien. Tout d'abord, elle séparerait les services de consultation juridique de la fonction de poursuite. Ensuite, elle assurerait l'indépendance dans l'exercice du pouvoir d'intenter des poursuites, à l'égard tant de la chaîne de commandement que d'une possible influence politique. Ainsi, des modifications allant dans cette voie créeraient un service qui serait le seul responsable des poursuites.

De plus, nous croyons que l'une des fonctions de cette nouvelle autorité chargée d'intenter les poursuites devrait être de superviser un processus de sélection pré-inculpation. Cela signifie qu'aucune accusation relative à des affaires graves ne pourrait être présentée sans l'approbation de cette autorité. Hors du contexte militaire, certaines provinces canadiennes (le Québec, le Nouveau-Brunswick et la Colombie-Britannique) utilisent un tel procédé. La Commission de réforme du droit du Canada a d'ailleurs

recommandé la création d'un processus de sélection pré-inculpation au niveau fédéral.

19. Avant de porter une accusation devant le juge de paix, l'agent de police devrait être tenu d'obtenir l'avis du poursuivant public quant à la validité du document d'inculpation sur les plans de la forme et du fond, et quant à l'opportunité de l'inculpation. Cette fonction du poursuivant public devrait être ajoutée aux textes législatifs qui décrivent ses attributions si elle n'y figure pas déjà.
20. Lorsqu'il demande ainsi l'avis du poursuivant public, l'agent de police devrait être tenu de le mettre au courant de tous les éléments de preuve à l'appui de l'accusation et de toutes les circonstances de l'infraction. Le cas échéant, le poursuivant l'aviserait que la preuve n'est pas suffisante pour donner lieu à une déclaration de culpabilité relative au chef d'accusation, ou encore que, dans les circonstances, il y aurait lieu de modifier l'accusation ou de renoncer à toute inculpation.
21. Même lorsqu'il s'avère matériellement impossible de soumettre le document d'inculpation au poursuivant public ou que ce dernier déconseille l'inculpation, l'agent de la paix devrait pouvoir porter l'accusation devant un juge de paix. Il expliquerait alors à celui-ci pourquoi il était matériellement impossible de demander l'avis du poursuivant public ou, le cas échéant, il l'informerait du fait que ce dernier a déconseillé l'inculpation.

Selon la Commission, un tel système offre des avantages.

Le système adopté au Nouveau-Brunswick, au Québec et en Colombie-Britannique (où nulle accusation ne peut être portée sans l'approbation d'un procureur de la Couronne) présente un indéniable intérêt sous ce rapport. Les personnes que nous avons consultées dans ces provinces font valoir que la décision de porter une accusation criminelle doit être dissociée de l'enquête. Elle consiste à déterminer si l'on dispose de preuves suffisantes pour justifier une condamnation. Or il est souhaitable que cette décision soit prise par le spécialiste en la matière, à savoir le procureur de la Couronne. Il peut arriver en effet que la poursuite soit vouée à l'échec même s'il existe des motifs raisonnables de porter une accusation. Les poursuites injustifiées coûtent cher à l'État et en même temps portent atteinte à la liberté des suspects; chacun a donc intérêt à ce qu'elles soient évitées. La solution appliquée dans ces provinces permet aussi de déceler très tôt d'éventuels vices de forme dans les inculpations. Si cet examen a lieu

dans l'étape de la dénonciation, tout le monde — y compris le tribunal — pourra gagner du temps, car on s'épargnera divers écueils : objection, modification des chefs d'accusation, nouvelle inculpation¹⁸⁹.

D'un autre côté, il y a dans le système civil une forte tradition d'indépendance des forces policières en matière d'inculpation, qui se fait sentir même dans les recommandations de la Commission de réforme du droit. En vertu des propositions de la Commission, il reviendrait à la police de décider en dernier ressort si une accusation doit être portée ou non, même se elle aurait l'obligation d'expliquer pourquoi elle n'a pas obtenu l'approbation du ministère public.

Selon le comité Martin, cette tradition d'indépendance policière signifie que les substituts du procureur ne devraient faire une sélection des chefs d'accusation qu'une fois que la police a décidé de l'inculpation. En fait, la tradition établie au sujet du pouvoir discrétionnaire de la police de porter des accusations est peut-être même protégée par la Constitution¹⁹⁰. Le comité a jugé que les avantages administratifs d'une sélection pré-inculpation sont minimes. De plus, ses membres croient que la police est dans une meilleure position que les procureurs pour répondre aux besoins d'une collectivité. En conséquence, le comité Martin a recommandé pour l'Ontario un système de sélection postérieure à l'inculpation, avec consultation entre la police et les procureurs au stade de la pré-inculpation.

Sélection des chefs d'accusation en Ontario

22. Le Comité reconnaît qu'il existe depuis fort longtemps en Ontario une tradition de consultation entre la police et la Couronne sur les affaires qui posent des problèmes particuliers, au stade de l'enquête préalable à l'inculpation. Le Comité est favorable au maintien de cette tradition de collaboration et de consultation là où, selon le jugement des policiers de grade supérieur, cette consultation est justifiée. Dans de tels cas, elle ne doit pas nécessairement se limiter aux questions de preuve et devrait également porter sur les divers facteurs d'intérêt public n'ayant aucun lien avec la preuve qui sont susceptibles d'influer sur le déroulement de la poursuite ...

Mécanisme de sélection postérieure à l'inculpation

24. Le Comité recommande que les enquêteurs fournissent au procureur du ministère public, aux fins de la sélection des chefs d'accusation,

toute l'information nécessaire pour déterminer avec précision si l'affaire répond aux critères préliminaires pour soutenir une accusation, et toute l'information nécessaire pour évaluer l'effet, sur la poursuite, des facteurs d'intérêt public pertinents. Cette information doit nécessairement inclure, sans toutefois s'y limiter, celle qui est requise pour la divulgation¹⁹¹. [Traduction libre]

La question qui se pose est la suivante : quel est le système qui convient au contexte militaire? Pour trois raisons, nous croyons qu'un système de sélection préalable aux inculpations, assurée par une autorité chargée des poursuites, serait approprié à un contexte militaire.

1. Il n'y a pas de tradition d'indépendance policière dans l'univers militaire. Ainsi, le principal argument avancé par le comité Martin à l'encontre de la sélection pré-inculpation n'y trouve pas d'application. Il n'y a, à coup sûr, aucune raison de croire que cette sélection pré-inculpation soulèverait des questions constitutionnelles dans un contexte militaire.
2. Il n'y a pas de raison de croire que la police militaire serait dans une meilleure position que l'autorité intentant les poursuites pour juger des besoins de la collectivité militaire.
3. Il est probable que les avantages administratifs d'une sélection pré-inculpation seraient plus grands dans un contexte militaire que dans un contexte civil. La police militaire ne joue actuellement aucun rôle dans le processus de mise en accusation et n'a donc aucune expérience dans la formulation des actes d'accusation. Étant donné les avantages qu'offre un système de sélection pré-inculpation du point de vue du contrôle de la qualité, il vaudrait mieux adopter un tel système que de laisser le processus de mise en accusation à la police militaire. Les substituts du procureur auraient la formation juridique nécessaire pour déterminer si les accusations sont bien fondées.

Enfin, en sus de la création d'une autorité indépendante chargée des poursuites pour les forces armées canadiennes, nous recommandons l'élaboration de lignes directrices sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite ce qui se rattache à la sélection pré-inculpation). De telles lignes directrices garantiraient que les poursuites se fondent sur des éléments probants et que l'intérêt public, y compris celui d'avoir une armée

bien disciplinée et efficace, est respecté, et confirmeraient l'indépendance de cette autorité elle-même. La *Guide des procureurs de la Couronne* du gouvernement fédéral constituerait un bon point de départ pour l'élaboration de ces lignes directrices.

Recommandations

LE RÔLE DE LA POLICE MILITAIRE

Recommandation n° 1

Les fonctions et le fondement juridique de la police militaire devraient être définis dans la *Loi sur la défense nationale* ou dans les *Ordonnances et règlements royaux*.

Recommandation n° 2

Les ordonnances administratives concernant l'organisation, les tâches et les procédures de la police militaire devraient être regroupées dans un seul document ou dans un nombre de documents aussi restreint que possible.

Recommandation n° 3

Les commandants devraient être tenus de signaler et de renvoyer certaines affaires ou certains types d'incidents à la police militaire pour qu'elle fasse enquête, sous réserve des exigences propres aux opérations sur le terrain. Ces affaires devraient inclure les infractions criminelles, les infractions graves d'ordre militaire et toute affaire mettant en cause la sécurité.

Recommandation n° 4

Il faudrait renforcer l'indépendance de la police militaire, non seulement en exigeant que certaines affaires fassent l'objet d'une enquête par la police militaire, mais aussi en limitant la discrétion du commandant au terme de l'enquête.

Recommandation n° 5

Les contingents des Forces canadiennes déployés dans des opérations sur le terrain devraient être accompagnés par un nombre de policiers militaires proportionnel à l'effectif déployé et adapté à la nature de la mission. Des directives claires devraient être données aux commandants d'unité pour que certains types d'incidents ou d'inconduite soient signalés le plus tôt possible à la police militaire, afin qu'elle fasse enquête et qu'une décision soit prise.

LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE POURSUITE DANS LE CADRE MILITAIRE

Recommandation n° 6

Les infractions tombant sous le coup de l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* devraient être traduits sans exception devant des tribunaux civils, sous réserve uniquement d'une convention sur le statut des forces ou de l'existence de situations exigeant que le procès ait lieu devant un tribunal militaire.

Recommandation n° 7

Les commandants devraient conserver un pouvoir disciplinaire en ce qui concerne les infractions militaires mineures. Les infractions désignées, y compris les infractions militaires graves et les infractions tombant sous le coup du Code criminel ou d'autres lois du Parlement, ne devraient pas relever de la responsabilité des commandants.

Recommandation n° 8

Les commandants devraient être obligés de confier les infractions désignées, y compris les infractions militaires graves et les infractions tombant sous le coup du Code criminel ou d'autres lois du Parlement, à la police militaire pour qu'elle fasse enquête. Ils ne devraient pas avoir le pouvoir d'ordonner à la police militaire de ne pas enquêter sur une infraction.

Recommandation n° 9

Les fonctions de poursuite devraient être exercées par une autorité militaire indépendante. Cette autorité devrait être chargée de faire une sélection préalable des accusations dans les affaires graves.

Recommandation n° 10

Il faudrait élaborer des lignes directrices sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite afin de guider l'autorité militaire dotée de ce pouvoir. Ces lignes directrices devraient porter aussi bien sur le procédé de sélection préalable des accusations que sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre avant et pendant le procès. Elles devraient mettre l'indépendance des avocats militaires au premier plan, comporter une exigence de suffisance de la preuve et traiter des facteurs qui sont pertinents et de ceux qui ne le sont pas dans la décision d'engager une poursuite. Le *Guide des procureurs de la Couronne* du gouvernement fédéral devrait constituer le point de départ pour l'élaboration de ces lignes directrices.

Notes bibliographiques

CHAPITRE UN — INTRODUCTION

- 1 Voir en particulier la Résolution 794, paragr. 10.
- 2 C'est ce qui est dit, par exemple, dans le rapport de la commission d'enquête établie par le chef d'état-major de la Défense, le 28 avril 1993.
- 3 Y compris la commission d'enquête mentionnée à la note 2, ci-dessus, et les mesures qui ont été prises par suite de celle-ci.

CHAPITRE DEUX — LE RÔLE DE LA POLICE MILITAIRE

- 1 Voir *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, pour un examen de l'importance d'un système de justice militaire distinct. Voir aussi à ce sujet la partie III du présent document.
- 2 Voir L.R.C. (1985), chap. N-5, paragr. 60(1).
- 3 Ces quatre thèmes correspondent, en gros, aux responsabilités des directeurs qui relève du directeur général de la Sécurité (maintenant directeur général de la Sécurité et de la Police militaire).
- 4 Pour un examen des fonctions de la police militaire liées à la sécurité, voir l'hon. René Marin, *Examen externe de l'Unité des enquêtes spéciales des Forces canadiennes* (août 1990); et l'hon. René Marin, *Vérification de l'examen externe de l'Unité des enquêtes spéciales des Forces canadiennes* (juillet 1994).
- 5 *R. c. Reddick* (1996), [1997] 112 C.C.C. (3d) 491, par Strayer C.J. pour la Cour, p. 507 : « La doctrine du lien n'a plus la pertinence ni la puissance qui lui ont permis d'influencer de nombreuses décisions antérieures de ce tribunal. De fait, je crois qu'elle peut être mise à l'écart car elle fait perdre de vue la véritable question, à savoir celle de la division des pouvoirs. »

- 6 Voir *R. c. Généreux* (note 4 ci-dessus); *R. c. Brown* (1995), 35 C.R. (4th) 318 (C.M.A.C.). Voir aussi l'examen de la question dans la partie III.
- 7 Le rôle du commandant dans le système de justice militaire est abordé plus en détail à la partie III.
- 8 Équipe de liaison de l'enquête sur la Somalie (ELES), Mémoire sur la justice militaire à l'intention de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, 10/20, paragr. 29.
- 9 L'hon. René J. Marin, *Vérification de l'examen externe de l'Unité des enquêtes spéciales des Forces canadiennes* (juillet 1994), p. 7.
- 10 Voir A-SJ-100-004/AG-000 (1^{er} avril 1991).
- 11 Le premier de ces deux documents, intitulé *Services de sécurité et de police militaire*, contient des consignes générales sur l'organisation et les tâches de la police militaire. Le second, intitulé *Services des unités des enquêtes spéciales*, porte expressément sur les fonctions de l'Unité des enquêtes spéciales (UES).
- 12 Voir note 13 ci-dessus, p. 1-2-1/1-2-2.
- 13 Voir A-SJ-100-004/AG-000 (31 octobre 1995), avec modifications au chap. 2 en date du 28 février 1996.
- 14 Voir, par exemple, les articles 21.41, 21.43, 21.44, 21.46, 21.56, 21.61 et 21.73 des ORFC.
- 15 Le mandat du DGSEPM est énoncé dans le document A-AD-020-001/JS-001, actuellement en cours de révision.
- 16 Voir *Consignes de la police militaire* (note 16 ci-dessus), 1-4 à 1-6. (Cette situation était la même dans une version antérieure des *Consignes de la police militaire*.) Voir aussi *Bulletin des directives de la police 3.2/95* : Personnes spécialement désignées — Qualité et pouvoirs discrétionnaires, art. 7.
- 17 *Ibid.*, surtout le paragr. 31 et suiv.
- 18 Cette répartition des responsabilités découle de l'Examen externe de l'Unité des enquêtes spéciales des Forces canadiennes (« rapport Marin ») effectué en 1990. Ces responsabilités ont fait l'objet d'un autre examen en 1994, mais aucun changement n'a été apporté. Voir l'O AFC 22-3.
- 19 Voir les *Consignes de la police militaire*, note 16 ci-dessus, chap. 18, paragr. 2. Ce service a été créé à la suite des incidents survenus lors de l'opération « Deliverance ».
- 20 Voir l'O AFC 22-3 (concernant l'UES) et les *Consignes de la police militaire*, chap. 18, paragr. 3 et 4 (concernant le Service national des enquêtes (SNE)).

- 21 Voir l'OACF 22-4, paragr. 7, et les *Consignes de la police militaire*, chap. 1, paragr. 39.
- 22 Voir les *Consignes de la police militaire*, chap. 11, paragr. 3. Les énoncés contenus dans ce paragraphe reprennent certains éléments du premier chapitre de la version antérieure des *Consignes de la police militaire*.
- 23 Voir *Sécurité et renseignement — Volume 4 : La police militaire en campagne*, B-SI-315004/FT-001, 1973.
- 24 Voir le compte rendu des opérations de la police militaire pour l'opération « Deliverance », (24 mai 1994), note 144/16, n° de contrôle 019127.
- 25 Ces préoccupations concernant les événements survenus en Somalie ont été exprimées par le col A.R. Wells dans un mémoire présenté à la Commission d'enquête le 12 octobre 1994, n° de contrôle 001871.
- 26 Voir la note 17 ci-dessus.
- 27 Voir l'OACF 22-4, paragr. 19, et les *Consignes de la police militaire*, p. 4-5/4-6.
- 28 Voir l'OACF 22-4 et les *Consignes de la police militaire*, chap. 1.
- 29 La police militaire doit faire part à un officier supérieur de toute tentative visant à influencer le déroulement d'une enquête relative à une infraction : *Bulletin des directives de la police* 3.2/95, paragr. 25.
- 30 Voir l'OACF 22-4, paragr. 20.
- 31 Voir les règlements de l'Armée américaine, AR 190-30 et AR 10-87, chap. 4.
- 32 Nous examinons la question à la partie III. Voir aussi M.L. Friedland, « Contrôle de l'inconduite dans les forces armées », étude préparée pour la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (mai 1996), p. 109-110.
- 33 *Ibid.*, p. 94.
- 34 Voir le mémoire destiné au ACPERS-A, par l'entremise du DGPSC-A, préparé en vue de la visite en Australie de M. D. Pomerant, directeur de la Recherche, Commission d'enquête, avec le Grand Prévôt de l'Armée de terre (GP-AT) et le RACMP, 18 décembre 1996.
- 35 *Ibid.*
- 36 Voir la présentation du DGSEPM au Conseil des Forces armées, le 12 décembre 1995, *Military Police Legal Status and Discretion*, R3609A; voir également *Management, Command and Control Re-Engineering Team C-18 Security and Military Police, C-18/Op Thunderbird, Final Report*, 30 septembre 1996.
- 37 Opération « Thunderbird », *ibid.*, p. 16/44, paragr. b(6).

- 38 L.E. Thomas, (Rapport Thomas), « Enquête sur le retard de l'enquête sur les allégations d'inconduite et de mauvais rendement de la part de membres des Forces canadiennes à l'hôpital de Bakovici, en Bosnie-Herzégovine » (8 novembre 1996).
- 39 Rapport Thomas, p.33.
- 40 Rapport Thomas, p. 33-35.
- 41 Rapport Thomas, p. 35.
- 42 Rapport Thomas, p. 44-45.
- 43 Dans le système civil, la séparation des fonctions d'enquête et de poursuite est souvent assurée par l'attribution de chacune de ces fonctions à des avocats de la Couronne distincts, par exemple le solliciteur général et le procureur général respectivement. Voir Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 62, *Poursuites pénales : les pouvoirs du Procureur général et des procureurs de la Couronne*, Ottawa, CRD, 1990, p. 61-65.
- 44 C'est-à-dire la présentation d'un rapport au commandant de l'unité et aux autorités supérieures de la police militaire.
- 45 Voir Quartier général de la Défense nationale (QGDN), Étude S1/95, *Options for an Inspector General (IG) Concept* (ébauche, janvier 1996), 3115-1 QGDN Étude 1 (CRS). Voir aussi Friedland, (note 35 ci-dessus, p. 129-147).
- 46 *Ibid.*, p. 14/14.
- 47 Voir A-SJ-100-004/AG-000 (31 octobre 1995), avec modifications au chap. 2 en date du 28 février 1996.
- 48 Ces recommandations viennent compléter l'approche préconisée à l'égard des poursuites militaires à la partie III de la présente étude.

CHAPITRE TROIS — POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE EN MATIÈRE DE POURSUITES DANS LE CONTEXTE MILITAIRE

- 1 L.R.C. 1985, chap. N-5.
- 2 Voir le paragr. 60 (1) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 3 Voir l'alinéa 61(1)c) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 4 Voir l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 5 Voir le paragr. 132(1) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 6 R. c. *Reddick*, voire la note 8 ci-dessus.
- 7 Voir l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 8 Voir l'art. 71 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 9 Ceci veut dire qu'une personne accusée d'une infraction, qui bénéficie d'un non-lieu, qui est acquittée ou qui est déclarée coupable, ne peut être

jugée une nouvelle fois pour cette même infraction. Voir l'art. 66 de la *Loi sur la défense nationale*.

- 10 R. c. *Reddick*, p. 504-505 et 507; voir note 8 ci-dessus [les renvois aux notes en bas de page ont été omis].
- 11 R. c. *Généreux*, p. 293; voir la note 4 ci-dessus.
- 12 [1978] 1 C. F. 233 (1^{re} inst.), p. 236.
- 13 R. c. *Généreux*, p. 281; voir la note 4 ci-dessus.
- 14 R. c. *Reddick*, p. 501; voir la note 8 ci-dessus.
- 15 Voir, par exemple, la Convention entre les États parties au Traité de l'Atlantique Nord sur le statut de leurs forces, ORFC, vol. IV, Appendice 2.4, article 7.
- 16 Témoignage du brigadier W.J. Lawson devant le Comité permanent de la défense nationale, *Procès-verbaux et témoignages*, n° 32, mardi 14 mars 1967, concernant le projet de loi C-243, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, p. 2114.
- 17 Allocution sur la nécessité du droit militaire au Canada, prononcée par le juge-avocat général devant la Chambre de commerce de Toronto (février 1994), p. 16-18.
- 18 Allocution du juge-avocat général, p. 20 [c'est nous qui soulignons].
- 19 Article 1.02 des ORFC (définitions).
- 20 Ayant au moins le grade de capitaine.
- 21 Paragr. 108.10(1) des ORFC.
- 22 L'article 107.03 des ORFC stipule ce qui suit : « Lorsqu'une plainte est portée ou lorsqu'il y a d'autres raisons de croire qu'une infraction d'ordre militaire a été commise, une enquête devrait être tenue pour déterminer s'il existe des motifs suffisants qui justifient de porter une accusation. » Cependant, l'article 161 de la *Loi sur la Défense nationale* prévoit : « Toute accusation portée, dans le cadre de la présente partie, contre une personne à qui il est reproché d'avoir commis une infraction d'ordre militaire doit immédiatement faire l'objet d'une enquête conformément aux règlements pris par le gouverneur en conseil. »
- 23 Article 107.03 des ORFC.
- 24 Article 161 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 25 Article 106.01 des ORFC.
- 26 Article 106.095 des ORFC.
- 27 Paragr. 107.05(3) des ORFC.
- 28 Article 273.3 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 29 L.R.C. 1985, chap. C-46, paragr. 487(1).
- 30 Voir l'alinéa 107.12(2)a) des ORFC.

- 31 C'est-à-dire s'il y a lieu d'instruire le procès ou de prononcer un non-lieu; voir l'alinéa 107.12(2)*b*) des ORFC.
- 32 Voir l'art. 162 de la *Loi sur la défense nationale*. Il y a également lieu de noter que, si le commandant a renvoyé l'accusation à un autre officier, le délégué ne peut pas ordonner un non-lieu. Si le délégué estime qu'il ne convient pas de donner suite à l'accusation, il doit renvoyer l'accusation au commandant en lui recommandant de prononcer un non-lieu. Voir l'alinéa 107.12(1)*a*) des ORFC.
- 33 Voir l'art. 162 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 34 Voir l'article 108.10 des ORFC.
- 35 En outre, l'accusé a le droit de demander un procès en cour martiale pour toute autre infraction punissable par détention, par rétrogradation ou par une amende de plus de 200 \$; voir le paragr. 108.31(1) des ORFC.
- 36 Voir l'article 108.11 des ORFC et le tableau qui l'accompagne.
- 37 Voir le paragr. 108.12(3) des ORFC. Cela vaut également si l'officier délégué arrive à cette conclusion au cours du procès même; voir l'article 108.14 des ORFC.
- 38 Voir l'article 108.24 des ORFC.
- 39 Voir le paragr. 163(1) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 40 Un commandant d'un grade inférieur à celui de major n'a pas le droit de juger (voir le paragr. 108.25(2) des ORFC) ou de punir (voir le paragr. 108.27(2) des ORFC) un élève-officier.
- 41 Voir le paragr. 163(2) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 42 Voir l'article 108.27 des ORFC et le tableau qui l'accompagne.
- 43 Voir l'alinéa 108.28(1) *b*) des ORFC.
- 44 Voir le paragr. 108.28(2) des ORFC.
- 45 Voir le paragr. 108.28(3) des ORFC.
- 46 Voir l'alinéa 109.04(3) *b*) des ORFC.
- 47 Voir l'article 108.29 des ORFC.
- 48 Sauf si l'accusé demande le huis clos ou s'il faut protéger des renseignements classifiés. Voir les paragr. 108.29(5) et 108.29(6) des ORFC.
- 49 Voir l'article 108.30 des ORFC. Le jugement des accusés par des autorités supérieures est traité aux chapitre 109 et 110 des ORFC.
- 50 Voir le paragr. 108.32(1) des ORFC.
- 51 Voir les paragr. 108.32(2) et 108.32(3) des ORFC.
- 52 Voir le paragr. 108.33(3) des ORFC.
- 53 Voir le paragr. 108.33(4) des ORFC.
- 54 Voir le paragr. 163(3) de la *Loi sur la défense nationale* et l'article 108.38 des ORFC.

- 55 Voir l'article 108.41 des ORFC.
- 56 Voir le paragr. 164(1) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 57 Aux termes de l'article 110.01 des ORFC, un commandant supérieur peut être un officier commandant un commandement, un officier commandant une formation, un officier détenant au moins le grade de brigadier-général ou tout autre officier désigné par le ministre à cette fin.
- 58 Voir les articles 110.03, 110.04, 110.05, 110.055, 110.06, 110.07 et 110.08 des ORFC.
- 59 Voir les alinéas 108.31(1) a) et 110.055(1) a) des ORFC.
- 60 Voir les alinéas 108.31(1) b) et 110.055(1) b) des ORFC.
- 61 ELES, mémoire destiné à la Commission d'enquête, p. 14-15, paragr. 42-45. Voir la note 11 ci-dessus.
- 62 Voir le paragr. 111.051(4) des ORFC.
- 63 Ou une personne désignée par le Ministre; voir l'art. 165 de la *Loi sur la défense nationale* et l'alinéa 111.05d) des ORFC.
- 64 Voir l'art. 111.05 des ORFC.
- 65 Voir les paragr. 111.051(3) et 111.051(5) des ORFC.
- 66 Voir les paragr. 111.051(6) et 111.051(7) des ORFC.
- 67 Voir l'article 111.21 des ORFC et le paragr. 168(1) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 68 Voir les paragr. 165.1(3) et 170(g) de la *Loi sur la défense nationale* et les articles 111.19 et 111.20 des ORFC. Mais voir aussi les règles spéciales prévues aux paragr. 168 (2), (3) et (4) de la *Loi sur la défense nationale* pour ce qui est du grade que doivent avoir les membres de la cour martiale selon le grade de l'accusé.
- 69 Voir l'art. 170 de la *Loi sur la défense nationale* et l'article 111.20 des ORFC.
- 70 Voir le paragr. 112.54(1) des ORFC.
- 71 Voir le paragr. 112.54(2) des ORFC.
- 72 Voir le paragr. 112.54(3) des ORFC. Remarquer que sont précisées à l'article 112.06 (Questions de droit ou questions mixtes de droit et de fait — juge-avocat) les questions sur lesquelles le juge-avocat a le pouvoir de statuer (voir le paragr. 112.06(9)).
- 73 Voir le paragr. 111.22(2) des ORFC.
- 74 Faire prêter serment, entendre les objections, réunir les participants, etc. Voir les paragr. 112.05(2) à 112.05(5.2) des ORFC.
- 75 Voir l'alinéa 112.05(5)e) et l'art. 112.06 des ORFC.
- 76 Voir le paragr. 112.05(7) des ORFC.
- 77 Voir l'alinéa 112.05(18)e) des ORFC.
- 78 Voir l'alinéa 112.05(21)c) des ORFC.

- 79 Voir l'article 112.55 des ORFC.
- 80 Voir les alinéas 112.55(2) *a*) et 112.55(2) *b*) des ORFC.
- 81 Voir l'alinéa 112.55(2)*c*) des ORFC.
- 82 Voir le paragr. 111.24(1) des ORFC. Dans *R. c. Généreux*, p. 309 (voir la note 4 ci-dessus), le juge en chef Lamer a déclaré que le fait que l'autorité convocatrice nommait le procureur de la poursuite, de même que le président et les autres membres de la cour martiale générale allait à l'encontre du paragraphe 11*d*) de la Charte. Comme on l'a signalé, le président et les autres membres d'une cour martiale générale et d'une cour martiale disciplinaire sont maintenant nommés par le juge militaire en chef : voir le paragr. 111.051(2) des ORFC.
- 83 Voir l'article 111.24 des ORFC.
- 84 Voir le paragr. 112.56(1) des ORFC.
- 85 Voir le paragr. 112.56(2) des ORFC.
- 86 Voir le paragr. 111.60(1) des ORFC.
- 87 Voir le paragr. 111.60(8) des ORFC.
- 88 Voir le paragr. 111.60(4) des ORFC.
- 89 Voir le paragr. 111.60(6) des ORFC.
- 90 Voir le paragr. 111.60(2) des ORFC.
- 91 Voir l'article 111.61 des ORFC.
- 92 Voir le paragr. 192(1) de la *Loi sur la défense nationale* et le paragr. 112.41(1) des ORCF.
- 93 Voir l'article 112.50 des ORCF.
- 94 Quoique, dans certaines provinces, l'avis d'un procureur soit requis ou couramment sollicité dans la pratique.
- 95 Voir J.L.I. Edwards, *The Law Officers of the Crown*, Londres, Sweet & Maxwell, 1964; P.C. Stenning, *Appearing for the Crown*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1986; et le Document de travail 62 de la Commission de réforme du droit du Canada (voir la note 46 ci-dessus).
- 96 Voir le tableau des fonctions des procureurs généraux et des ministres de la Justice au Canada, dans le Document de travail 62, p. 130 (Annexe B).
- 97 Voir, par exemple, le paragraphe 319(6) du Code criminel (voir la note 80 cidessus) touchant les infractions consistant à fomenter la haine.
- 98 Rapport de la Commission royale sur la poursuite criminelle contre Donald Marshall, Jr. (T. Alexander Hickman, J.C., président), volume 1 : *Findings and Recommendations*, Halifax (Nouvelle-Écosse), 1989, p. 226-227, citant Stenning (voir la note 146 ci-dessus), p. 311.
- 99 *Ibid.*, p. 224.
- 100 *Ibid.*, p. 220-221.
- 101 *Ibid.*, p. 228.

- 102 *Ibid.*, p. 229.
- 103 Document de travail 62 (voir la note 46 ci-dessus), p. 55-56. Voir plus loin l'exposé sur les attributs de la charge de directeur des poursuites pénales.
- 104 *Prosecution of Offences Act 1985* (Royaume Uni) 1985, chap. 23.
- 105 Voir la *Public Prosecutions Act*, S.N.S. 1990, chap. 21.
- 106 Voir *1992-1993 Annual Report of the Public Prosecution Service*, p. 11-12.
- 107 Voir la *Prosecution of Offences Act*, n° 22 de 1974 (Irlande); la *Director of Public Prosecutions Act*, 1983, n° 113 (Australie — Commonwealth); la *Director of Public Prosecutions Act*, 1990, n° 22 (Territoire de la Capitale australienne); la *Director of Public Prosecutions Act*, 1986, n° 207 (Nouvelle-Galles du Sud); la *Director of Public Prosecutions Act*, 1982, n° 9848 (Victoria); la *Director of Prosecutions Act*, 1984, n° 95 (Queensland); la *Director of Public Prosecutions Act*, 1991, n° 12 (Australie-Occidentale); et la *Director of Public Prosecutions Act*, 1990, n° 35 (Territoire du Nord).
- 108 Voir Document de travail (voir la note 46 ci-dessus), p. 44-52.
- 109 Voir la *Prosecution of Offences Act*, n° 22 de 1974 (Irlande), paragr. 2(2).
- 110 Voir la *Prosecution of Offences Act*, n° 22 de 1974 (Irlande), paragr. 2(7).
- 111 Voir la *Public Prosecutions Act*, paragr. 5(1)(b) (note 156 ci-dessus).
- 112 Dans le Territoire du Nord, le DPP peut être nommé pour un mandat de durée fixe ou, au contraire, indéterminée; voir la note 158 ci-dessus.
- 113 Document de travail 62 (voir la note 46 ci-dessus), p. 55.
- 114 *Public Prosecutions Act* (voir la note 155 ci-dessus). Une procédure semblable est prévue dans l'État de Victoria; voir la note 158 ci-dessus.
- 115 Une procédure de destitution unique en son genre est prévue en Irlande, où le DPP peut être destitué par le Parlement à la suite d'une enquête sur sa santé ou sur sa conduite effectuée par un comité composé du juge en chef, d'un juge de la High Court et du procureur général. Cette façon de procéder montre clairement que ni une personne ni le gouvernement ne peuvent agir seuls pour faire destituer le DPP. De plus, le recours à un comité peut contribuer à assurer que les opinions des représentants du public influent sur la décision de destituer le directeur. Il convient également de noter que, selon la loi irlandaise, les motifs de destitution sont pratiquement illimités : le DPP peut en effet être destitué sur la recommandation d'un comité pour n'importe quel motif lié à sa santé ou à sa conduite, le soin de déterminer les circonstances dans lesquelles il serait à propos de demander à un directeur de se retirer étant laissé au comité. Voir la note 158 ci-dessus.

- 116 Voir la note 156 ci-dessus, art. 6.
- 117 Voir la note 155 ci-dessus (Royaume-Uni), paragr. 3(1).
- 118 Voir la note 158 ci-dessus (Nouvelle-Galles du Sud), paragr. 4(3).
- 119 Voir la note 158 ci-dessus (Queensland), paragr. 10(2).
- 120 Les lignes de conduite fédérales relatives à l'engagement de poursuites dans les cas de violence conjugale sont exposées dans l'annexe de la présente étude. (Voir ministère de la Justice [Canada], *Guide des procureurs de la Couronne*, 1993).
- 121 Document de travail 62 (voir la note 46 ci-dessus), p. 84-87.
- 122 *House of Commons Debates*, vol. 483, col. 681, 29 janvier 1951.
- 123 Commission royale sur la poursuite criminelle contre Donald Marshall (voir la note 149 ci-dessus), p. 229; citation d'Edwards (1969), 12 Crim. L.Q. 417, p. 424.
- 124 *Ibid.*, recommandation 35, p. 230 (voir la note 149 ci-dessus).
- 125 Voir la note 149 ci-dessus, p. 235-236.
- 126 Ces facteurs sont énoncés dans l'annexe de la présente étude.
- 127 Voir la note 149 ci-dessus, p. 236-237.
- 128 *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure and Resolution Discussions* (l'hon. G. Arthur Martin, président), Toronto, Imprimeur de la Reine, 1993.
- 129 *Ibid.*, p. 51 (relativement à l'affaire *R. c. McDougall*).
- 130 *Ibid.*, annexe J, p. 461-462.
- 131 Ministre de la Justice et Procureur général du Canada, *Guide des procureurs de la Couronne* (janvier 1993).
- 132 *Code for Crown Prosecutors*, Londres, Crown Prosecution Services, 1994.
- 133 Voir Commonwealth Director of Public Prosecutions, *Prosecution Policy of the Commonwealth*, Canberra, Commonwealth Government Printer, 1990. Voir aussi l'annexe de la présente étude.
- 134 *Nations Unies, Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet*, La Havane (Cuba), 27 août-7 septembre 1990, doc. de l'ONU A/CONF. 144/28, 1990, p. 188.
- 135 H. Woltring, « Perspectives on the Independence of Judges, Prosecutors and Lawyers: The International View », exposé présenté à la Society for Reform of Criminal Law, Whistler (C.-B.), août 1996, p. 6.
- 136 Voir Friedland (note 35 ci-dessus), p. 109-110.
- 137 Voir Ordonnances et règlements royaux (Armée), Royaume-Uni, chap. 4, annexe C, art. 25.
- 138 *Alexander Findlay v. United Kingdom* (n° 22107/93) (1995), Eur. Comm. H.R., p. 20.

- 139 Nous traitons de ces réformes plus loin, dans le contexte de l'indépendance de la fonction de juge-avocat général.
- 140 Voir le mémoire adressé au ACPERS-A par l'entremise du DGPSC-A (voir la note 37 ci-dessus).
- 141 Voir R.B. Cole, « Prosecutorial Discretion in the Military Justice System: Is it Time for a Change? », 1992, 19 *Am. J. of Crim. Law* 395, p. 400-402.
- 142 Voir *Manual for Court-Martial*, notes à l'intention des cours martiales (États-Unis), partie II, R. 104(a)(1).
- 143 Voir l'article 97 des articles du *Manual for Courts Martial* portant sur les peines.
- 144 Voir maj Karl K. Warner, *The 10 Commandments of Unlawful Command Influence* (août 1990) (manuscrit non publié, dans les archives de l'École du juge-avocat général, Armée américaine), p. Q-9.
- 145 *Manual for Courts-Martial*, voir la note 193 ci-dessus [c'est nous qui soulignons].
- 146 Il convient toutefois de prendre note de la documentation qui doit accompagner la demande adressée par un commandant à une autorité supérieure pour qu'elle donne suite à une accusation : voir le parag. 109.04(2) des ORFC. En outre, l'autorité supérieure peut demander des renseignements supplémentaires : voir l'alinéa 109.05(1)a) des ORFC.
- 147 Voir l'art. 212 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 148 Voir les art. 207 à 209 de la *Loi sur la défense nationale*.
- 149 Voir le parag. 210(1) de la *Loi sur la défense nationale*.
- 150 R.B. Cole, « Prosecutorial Discretion in the Military Justice System: Is it Time for a Change? », 1992, 19 *Am. J. of Crim. Law* 395, p. 410, citant le maj L.J. Miner, dans *Military Justice — The Case for the Commander* (thèse non publiée, The Judge Advocate General's School of the Army, Charlottesville, VA, 1971), p. 29-30. On trouve une opinion semblable dans R.C. Barnes Jr., *Military Legitimacy — Might and Right in the New Millennium*, Londres, Frank Cass, 1996, p. 125 : Il faudrait écarter l'influence du commandement de la salle d'audience, mais la rétablir dans le processus disciplinaire. La discipline militaire en temps de paix devrait rarement nécessiter des poursuites criminelles. En cas de violation des normes de conduite militaires, par opposition aux normes de conduite en justice pénale, le commandant dispose d'une gamme étendue de mesures administratives et de sanctions non judiciaires autres qu'un procès en cour martiale. Ces mesures disciplinaires n'interdisent pas l'influence du commandement — elles l'exigent. [Traduction libre]
- 151 Voir la note 182 ci-dessus.

- 152 Cour martiale générale, sdt E.K. Brown, Régiment aéroporté du Canada, Base des Forces canadiennes, Petawawa, 18-21 octobre 1993.
- 153 *Ibid.*, p. 233. Les deux autres motifs soulevés par la défense portaient sur 1) la compétence de la cour martiale générale à juger l'infraction de meurtre, compte tenu des dispositions de l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* et du paragraphe 477.1(1) du *Code criminel*, et sur 2) la présumée violation des droits du sdt Brown en vertu de l'article 7 de la Charte (droit à l'application régulière de la loi), et des paragraphes 11d) (droit à un procès impartial) et 11f) (droit à un procès devant jury).
- 154 *Ibid.*
- 155 *Ibid.*, p. 179-180.
- 156 *Ibid.*, p. 231, 233.
- 157 *Ibid.*, p. 181.
- 158 *Ibid.*, p. 218.
- 159 *Ibid.*, p. 243. Compte tenu de sa décision relative à la crainte raisonnable de partialité (c.-à-d. qu'il y avait apparence de partialité) en ce qui a trait au rôle du lcol Mathieu, la cour a jugé inutile d'examiner la question de la crainte de partialité de la part du mgén Vernon (puisque l'acte d'accusation sur lequel il devait agir n'était plus valable); la cour n'a pas non plus jugé utile d'examiner les deux autres motifs soulevés par la défense dans sa demande d'exception d'irrecevabilité.
- 160 *Ibid.*, p. 243-244.
- 161 *Ibid.*, p. 235-236.
- 162 *Ibid.*, p. 240.
- 163 *Ibid.*, p. 241.
- 164 *Ibid.*, p. 241
- 165 *Ibid.*, p. 241-242.
- 166 *R. c. Brown*, (1995), 35 C.R. (4th) 318 (C.M.A.C.).
- 167 *Ibid.*, p. 330.
- 168 *Ibid.*, p. 330. La cour a appliqué le raisonnement suivi dans l'affaire *R. c. Johnstone* (14 décembre 1993), C.M.A.C. 354, p. 6 [non publié] selon lequel la Cour d'appel de la cour martiale, après avoir examiné tout le processus législatif, a affirmé : « le processus législatif envisagé en l'espèce est analogue à une mise en accusation directe dans un procès au criminel ». La cour a également appliqué la décision rendue dans l'affaire *R. c. Lunn* (1993), 19 C.R.R. (2d) 291, p. 297 (C.M.A.C.) : Les personnes qui prennent des décisions relatives au dépôt d'accusations et aux poursuites qui en découlent doivent agir en conformité avec la loi, mais la loi n'exige pas qu'elles agissent de manière indépendante ou impartiale [...] Ce qu'on exige de ces personnes, c'est qu'elles n'agissent

pas d'une manière qui puisse être vue, par une personne raisonnable et informée, comme jetant le discrédit sur l'administration de la justice.

- 169 Voir la note 182 ci-dessus, p. I-5-1.
- 170 Voir la note 182 ci-dessus, à I-5-6, I-5-7. Il convient de noter que, dans certaines provinces, les procureurs procèdent à une présélection des accusations avant de porter des accusations. Cette question est examinée de façon plus détaillée ci-dessous.
- 171 Voir le *Code criminel*, art. 21. Voir également, p. ex., *R. c. Nixon* (1990), 78 C.R.(3^d) 349 (B.C.C.A.). À cet endroit, un agent de police chargé d'une incarcération a été reconnu coupable des voies de fait commises par un autre agent de police contre une personne incarcérée.
- 172 A.D. Heard, « Military Law and the *Charter of Rights* », 1987, *Dalhousie Law Journal*, vol. 11, n° 514, p. 534.
- 173 D.J. Corry, « Military Law under the *Charter* », 1986, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 24, n° 67, p. 118.
- 174 Comme D.J. Corry, *ibid.*; K.W. Watkin, *Canadian Military Justice : Summary Proceedings and the Charter* (thèse de maîtrise, Université Queen's, 1990), p. 285-291; M.L. Friedland, « Controlling Misconduct in the Military » (voir la note 35 ci-dessus), p. 108-118 et 143-144.
- 175 Allocution du juge-avocat général (voir la note 68 ci-dessus), p. 2728.
- 176 *Ibid.*, p. 29.
- 177 Attributions pour le personnel du Quartier général de la Défense nationale, attribution 1.0.2, A-AE-D20-001/AG-001, (1^{er} janvier 1985), p. 12.
- 178 Commission d'enquête, rencontre avec le juge-avocat général, le 20 avril 1995, d'après le gén Boutet, p. 21. Voir également col M.W. Drapeau, « The Canadian Military Justice System: Does it Work? » *Esprit de Corps*, vol. 4, n° 10, p. 4, à la p. 5.
- 179 Document de travail 62, p. 130 (Voir la note 46 ci-dessus).
- 180 *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541 (C.M.A.C.). Voir R.D. Lunau, « Military Tribunals under the *Charter* », 1992, 2 N.J.C.L., p. 197, à la p. 212, qui déclare ce qui suit au sujet de l'arrêt Ingebrigtsen : « Bien que la fonction de juge-avocat général soit ancienne, elle évolue encore au Canada et il semble n'exister actuellement aucune tradition d'indépendance de cette fonction en regard de la direction militaire et politique. »
- 181 *R. c. Généreux*. Voir la note 4 ci-dessus. R.D. Lunau, *ibid.*, dit de l'affaire *Généreux*, à la page 214 : « La désignation du juge-avocat par le juge-avocat général a miné l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale en raison des liens étroits entre le juge-avocat général, qui est

- nommé par le gouverneur en conseil, et le pouvoir exécutif. » Bien que les juges-avocats soient à présent nommés par le juge militaire en chef, la question des « liens étroits » avec le pouvoir exécutif se pose toujours.
- 182 Office of the Judge Advocate General, *The Judge Advocate General's Office* (Royaume-Uni), p. 11.
- 183 *Findlay* (voir la note 189 ci-dessus), p. 20 (5 septembre 1995).
- 184 Dispositions préliminaires, *Army Act*, 1955, paragr. 76D-E.
- 185 Voir J.W. Rant, CB, QC, juge-avocat général, « *Findlay : A Shot in the Head or the Arm?* » (version préliminaire), p. 8.
- 186 *Defence Force Discipline Act*, 1982, n° 152, paragr. 179-180.
- 187 Judge Advocate General, *Defence Force Discipline Act, 1982 — Report for the period 1 January to 31 December 1995*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1996, p. 1, paragr. 6 : « À notre avis, le JAG ne devrait pas agir à titre de conseiller juridique auprès de l'ADF (La force australienne de défense), ce qui serait incompatible avec une charge judiciaire. »
- 188 *Ibid.*, p. 5, paragr. 32.a.
- 189 Document de travail 62 (voir la note 146 ci-dessus), p. 73, 75-76.
- 190 Voir la note 179 ci-dessus, rapport Martin, p. 121, citant J.L.I.J. Edwards, « *The Charter, Government and the Machinery of Justice* », 1987, U.N.B.L.J., vol. 36, p. 41 à la p. 46.
- 191 *Ibid.*, annexe J, p. 463-464.

Lignes directrices et normes relatives aux poursuites

Rapport de la Commission royale sur la poursuite criminelle contre Donald Marshall, Jr., *volume 1 : Findings and Recommendations*¹.

Recommandation 38

Nous recommandons que :

- a) le procureur général promulgue une politique claire concernant les facteurs d'intérêt public qu'il convient ou non d'examiner pour décider s'il y a lieu d'intenter des poursuites ou de les abandonner même si la preuve était capable d'emporter une condamnation;
- b) pour décider s'il est dans l'intérêt public d'intenter des poursuites, on tienne compte, entre autres, des facteurs suivants :
 - (i) le peu d'importance de l'infraction présumée ou son caractère purement « technique »;
 - (ii) l'âge, la santé physique ou mentale ou une infirmité particulière du coupable présumé ou d'un témoin;
 - (iii) le temps écoulé depuis la perpétration de la présumée infraction;
 - (iv) le degré de culpabilité du coupable présumé (par rapport surtout à d'autres présumées parties à l'infraction);
 - (v) les répercussions sur l'ordre public et sur les valeurs morales;
 - (vi) la désuétude ou le manque de clarté de la loi;
 - (vii) la possibilité que les poursuites soient perçues comme allant à l'encontre du but recherché (par exemple, en transformant un accusé en « martyr » ou en faisant de la publicité à un présumé semeur de propagande haineuse);
 - (viii) la possibilité de recourir à des solutions de rechange aux poursuites, et leur efficacité, étant donné les fins de la sanction pénale;
 - (ix) la fréquence de l'infraction présumée et la nécessité connexe d'exercer un effet de dissuasion;

- (x) les conséquences indûment pénibles ou préjudiciables d'une condamnation;
 - (xi) le droit de l'État ou d'une autre personne à l'indemnisation, au dédommagement ou à la confiscation au profit de la victime auxquels les poursuites pourraient donner lieu;
 - (xii) la façon dont la victime de l'infraction présumée envisage les poursuites;
 - (xiii) la durée probable du procès et les frais y afférents;
 - (xiv) la disposition du coupable présumé à collaborer à l'enquête policière ou aux poursuites intentées contre d'autres personnes, ou la mesure dans laquelle il a déjà collaboré;
 - (xv) l'issue probable en cas de verdict de culpabilité, compte tenu des possibilités s'offrant au tribunal en matière de détermination de la peine;
 - (xvi) la nécessité de préserver la confiance du public dans les assemblées législatives, les tribunaux et l'administration de la justice;
- c) pour déterminer si l'intérêt public exige d'intenter des poursuites, on ne tient pas compte des facteurs suivants :
- (i) la race, la religion, le sexe, l'origine nationale, l'appartenance à une association politique ou les convictions du coupable présumé;
 - (ii) les sentiments personnels du procureur envers la victime ou le coupable présumé;
 - (iii) les avantages ou inconvénients politiques qui pourraient résulter de la décision d'intenter ou de continuer des poursuites; ou
 - (iv) l'incidence possible de la décision d'intenter des poursuites sur la situation personnelle ou professionnelle des personnes chargées de prendre cette décision;
- d) lorsque le procureur décide de ne pas intenter ou d'abandonner des poursuites en raison d'un des facteurs d'intérêt public énumérés en b), on consigne la décision à cet égard dans le dossier de l'affaire en question;
- e) le solliciteur général signale aux forces policières œuvrant dans la province les facteurs d'intérêt public susmentionnés concernant les poursuites intentées relativement à des infractions. [Traduction libre]

Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure and Resolution Discussions (l'hon. G. Arthur Martin, président), Toronto, Imprimeur de la Reine, 1993²

Critère préliminaire pour intenter ou reprendre des poursuites

1. Le Comité recommande que l'on adopte comme critère préliminaire de sélection des accusations par le procureur la « possibilité raisonnable d'obtenir une condamnation » et cela, pour tous les délits.
2. L'examen visant à déterminer si le critère préliminaire a été respecté devrait comporter une estimation de la valeur probante de la preuve, y compris une certaine évaluation de la crédibilité des témoins.
3. L'examen visant à déterminer si le critère préliminaire a été respecté devrait tenir compte de l'admissibilité de la preuve. Le critère préliminaire ne sera pas respecté si la preuve nécessaire aux poursuites est clairement ou manifestement inadmissible.
4. L'examen visant à déterminer si le critère préliminaire a été respecté devrait tenir compte de tous les moyens de défense, tel un alibi, qu'il serait raisonnable de connaître ou dont la Couronne a appris l'existence.
5. Le même critère préliminaire vaut pour intenter, reprendre ou abandonner des poursuites.

Le critère préliminaire et l'intérêt public

6. Le Comité recommande que les facteurs d'intérêt public ne soient considérés qu'une fois le critère préliminaire respecté et qu'ils soient alors invoqués seulement pour éviter d'intenter des poursuites ou pour les abandonner.

Divers facteurs d'intérêt public qui peuvent être pertinents

7. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général tienne compte de l'accusation ou des accusations qui correspondent le mieux à la gravité de l'incident.
8. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général *ne* tienne *pas* compte des répercussions politiques que les poursuites pourraient avoir sur le gouvernement.

9. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général tienne compte de la situation et de l'attitude de la victime. L'attitude de la victime ne constitue cependant pas un facteur décisif.
10. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général tienne compte de la possibilité que la victime ait droit à l'indemnisation, à la réparation ou au dédommagement, si une condamnation est prononcée.
11. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général *ne* tienne compte *ni* du statut de l'accusé, *ni* de celui de la victime.
12. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général tienne compte de la nécessité de préserver la confiance de la population dans l'administration de la justice, ainsi que des répercussions de l'incident ou des poursuites sur l'ordre public.
13. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général tienne compte de la sécurité nationale et des relations internationales.
14. Le Comité recommande que, au moment d'établir si des poursuites sont dans l'intérêt public, l'agent du procureur général tienne compte de l'existence et de l'efficacité de solutions autres que celle des poursuites.
15. Le Comité reconnaît que les facteurs mentionnés explicitement ci-dessus ne constituent pas une liste exhaustive des considérations pouvant servir à évaluer l'intérêt public de poursuites.

Le critère préliminaire et les politiques, directives et lignes directrices en général

16. Le Comité recommande que le procureur général publie des lignes directrices concernant le critère préliminaire et les facteurs visés par l'expression « intérêt public ».
17. Le Comité recommande que les directives du procureur général à l'intention de ses agents soient rares et espacées dans le temps.

18. Le procureur général devrait communiquer ses instructions à ses agents au moyen de lignes directrices donnant officiellement une certaine latitude quant à leur application.
19. De telle lignes directrices et les rares directives qui pourraient être émises ne devraient être prises en compte par les agents du procureur général qu'une fois celles-ci publiées ou autrement rendues publiques. [Traduction libre]

Ministère de la Justice (Canada), *Guide des procureurs de la Couronne*³

LA DÉCISION D'INTENTER DES POURSUITES

La décision de poursuivre est une des étapes des plus cruciales du processus pénal. On doit accorder une attention particulière à chaque cas pour s'assurer de prendre la bonne décision. Toute mauvaise décision, dans un sens comme dans l'autre, tend à miner la confiance du public dans le système de justice pénale.

[...]

La Couronne doit considérer deux aspects importants avant d'intenter des poursuites. D'abord, elle doit se demander s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour intenter ou continuer les poursuites. Dans l'affirmative, elle doit ensuite se demander si l'intérêt public exige qu'il y ait poursuite.

SUFFISANCE DE LA PREUVE

La simple apparence de culpabilité ne suffit pas : l'évaluation de la preuve doit mener à la conclusion qu'il existe une *probabilité raisonnable de condamnation*. Pour en arriver à cette conclusion, on doit déterminer la valeur probante des éléments de preuve qui seront présentés au procès, en tenant pour acquis que le juge des faits agira de façon impartiale et conformément à la loi.

[...]

On attend de la Couronne qu'elle applique ce critère tout au long du processus pénal, depuis la réception du rapport d'enquête jusqu'à la tenue du procès. Lors du dépôt des accusations, la norme est particulièrement appliquée au rapport d'enquête, même s'il peut être utile, surtout dans les cas extrêmes, de ne pas se limiter aux déclarations des témoins. Plus tard dans le processus, notamment après l'enquête préliminaire, la

Couronne pourra sans doute évaluer certaines questions avec plus d'exactitude, par exemple la crédibilité des témoins. Il peut être difficile de déterminer la valeur probante que le tribunal accordera aux éléments de preuve et il n'existe certes pas de garantie quant à l'aboutissement des poursuites. Quoi qu'il en soit, la Couronne doit constamment réévaluer la décision d'intenter des poursuites à la lumière des éléments nouveaux qui jouent sur la valeur de la preuve et l'intérêt public et, sur la foi de l'information disponible, être convaincue tout au long du processus qu'il existe toujours une probabilité raisonnable de condamnation.

INTÉRÊT PUBLIC

[...]

Lorsque la gravité de l'infraction reprochée ne justifie pas en soi la décision de poursuivre, la Couronne doit se demander si l'intérêt public n'exige pas qu'il y ait quand même poursuite. Les facteurs d'intérêt public dont il faut tenir compte à cette fin sont les suivants :

- a) le degré de gravité de l'infraction reprochée;
- b) les circonstances atténuantes ou aggravantes;
- c) l'âge, la maturité intellectuelle, la santé physique ou mentale ou le handicap de l'accusé;
- d) les antécédents de l'accusé;
- e) le temps écoulé depuis la perpétration de l'infraction;
- f) le degré de responsabilité de l'accusé à l'égard de l'infraction;
- g) les répercussions éventuelles des poursuites sur l'ordre public, sur les valeurs morales et sur la confiance du public dans l'administration de la justice;
- h) l'effet éventuellement nuisible des poursuites, par exemple si elles sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice;
- i) la possibilité de recourir aux solutions de rechange aux poursuites, et leur efficacité;
- j) la fréquence de l'infraction reprochée dans la collectivité et la nécessité d'adopter des mesures de dissuasion d'application générale ou particulière;
- k) les conséquences excessives ou démesurément préjudiciables des poursuites ou de la condamnation;
- l) l'intérêt suscité dans le public par l'infraction reprochée;
- m) le droit à l'indemnisation, au dédommagement et à la confiscation au profit des victimes — personnes ou organismes — auxquels les poursuites pourraient donner lieu;
- n) la façon dont la victime de l'infraction reprochée envisage les poursuites;

- o) la durée prévue du procès, les frais y afférents et les ressources disponibles aux fins des poursuites;
- p) la collaboration de l'accusé à l'enquête policière et aux poursuites intentées contre d'autres personnes et la mesure dans laquelle il a déjà collaboré;
- q) la peine prévisible en cas de condamnation;
- r) la possibilité que les poursuites entraînent la divulgation de renseignements qui nuiraient aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales, ou encore, à l'intérêt public.

Les facteurs à prendre en considération et la valeur qu'il faut accorder à chacun d'eux varient selon les circonstances particulières de chaque affaire.

Dans de nombreux cas, les poursuites seront intentées si la preuve disponible est suffisante. Par la suite, il appartiendra au tribunal de prendre en considération, en cas de condamnation, les circonstances atténuantes de l'affaire dont il est saisi.

CRITÈRES NON PERTINENTS

La décision d'intenter des poursuites ne doit pas reposer sur les facteurs suivants :

- a) la race, la nationalité, l'origine ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'orientation sexuelle, l'appartenance à une association politique, les activités ou les convictions politiques de l'accusé ou de toute autre personne ayant participé à l'enquête;
- b) les sentiments personnels du procureur de la Couronne à l'égard de l'accusé ou de la victime;
- c) les avantages ou inconvénients politiques éventuels pour le gouvernement ou tout autre groupe ou parti politique;
- d) l'incidence éventuelle du jugement sur la situation personnelle ou professionnelle des personnes qui prennent la décision d'intenter des poursuites.

Des lignes directrices spéciales s'appliquent par ailleurs aux infractions relatives à des agressions apparentes entre conjoints :

POURSUITES POUR VIOLENCE CONJUGALE

a) Responsabilité des agents de la paix

(i) *Enquête et arrestation*

Toutes les plaintes pour violence relative à des agressions entre conjoints devraient faire immédiatement l'objet d'une enquête complète en vue d'accusations et de poursuites judiciaires, peu importe que la victime tienne ou non à ce que son conjoint soit accusé. Au départ, l'enquête doit avoir comme objectifs de protéger et d'aider les victimes.

[...]

(ii) *Accusations*

Si l'enquête permet de conclure à la violence conjugale, l'enquêteur devrait porter des accusations, la victime devrait recevoir signification d'une assignation à témoigner au procès qui sera fixé à la date la plus rapprochée, un dossier complet devrait être fourni à la Couronne, et la comparution devrait être fixée à la date la plus rapprochée. Cette directive est obligatoire et doit être suivie même contre le gré de la victime.

Royaume-Uni, Crown Prosecution Service, *Code for Crown Prosecutors* (juin 1994)⁴.

2. Principes généraux

- 2.1 Chaque cas est unique et doit être examiné isolément, mais certains principes sont universels.
- 2.2 Le Crown Prosecution Service a pour tâche de s'assurer que la bonne personne est poursuivie pour la bonne infraction et que tous les faits pertinents sont présentés à la cour.
- 2.3 Les procureurs de la Couronne doivent se montrer justes, indépendants et objectifs. Ils ne doivent se laisser influencer dans leurs décisions ni par leurs sentiments personnels à l'égard de la nationalité, de l'origine ethnique, du sexe, des croyances religieuses, des convictions politiques ou de l'orientation sexuelle de l'accusé, ni par des pressions inopportunes ou indues de quelle que source que ce soit.

3. Contrôle

- 3.1 Les poursuites sont généralement entamées par la police. Celle-ci peut dans certains cas consulter le Crown Prosecution Service avant de porter des accusations. Chaque cas renvoyé par la police au Crown Prosecution Service est examiné par un procureur de la Couronne qui s'assure qu'il satisfait aux critères établis dans le présent Code. Le procureur de la Couronne peut décider de maintenir les chefs d'accusation initiaux, de les modifier ou d'abandonner les poursuites.
- 3.2 Le contrôle est un processus continu qui permet au procureur de la Couronne de tenir compte de toute évolution de la situation. Quand il a l'intention de modifier les chefs d'accusation ou d'abandonner les poursuites, le procureur de la Couronne en fait d'abord part si possible à la police. Celle-ci a ainsi la possibilité de fournir un complément d'information qui peut influencer la décision. Le Crown Prosecution Service et la police travaillent en étroite collaboration afin de prendre la bonne décision, mais c'est au Crown Prosecution Service qu'il incombe en définitive de décider.

[...]

5. Suffisance de la preuve

- 5.1 Le procureur de la Couronne doit être convaincu que les éléments de preuve contre chacun des accusés sont suffisants pour permettre de conclure à « une probabilité raisonnable de condamnation » à l'égard de chacun des chefs d'accusation. Il doit prévoir les arguments de la défense et l'influence qu'ils risquent d'avoir sur ceux de la poursuite.
- 5.2 Une probabilité raisonnable de condamnation constitue un critère objectif, ce qui veut dire qu'il y a de fortes probabilités qu'un jury ou un tribunal, correctement guidé par la loi, déclare l'accusé coupable de l'infraction présumée.
- 5.3 Afin d'établir si la preuve est suffisante pour tenter des poursuites, le procureur de la Couronne doit vérifier si elle est admissible et fiable. Dans bien des cas, la preuve ne pose pas de problème. Dans certains cas, cependant, elle peut se révéler moins solide qu'à première vue. Le procureur de la Couronne doit se poser les questions suivantes :

La preuve est-elle admissible?

[...]

La preuve est-elle fiable?

[...]

5.4 Le procureur de la Couronne ne doit pas négliger un élément de preuve sous prétexte qu'il n'est pas sûr qu'il soit admissible ou fiable. Il devrait, au contraire, soigneusement l'examiner pour déterminer s'il y a une probabilité raisonnable de condamnation.

6. Intérêt public

6.1 En 1951, Lord Shawcross, qui était alors procureur général, a fait à propos de l'intérêt public une déclaration à laquelle se sont ralliées toutes les personnes qui ont occupé ce poste depuis : « Dans notre pays, il n'y a jamais eu de règle — et j'ose espérer qu'il n'y en aura jamais — voulant que toute infraction criminelle fasse nécessairement l'objet de poursuites. » (*House of Commons Debates*, vol. 483, col. 681, 29 janvier 1951.)

6.2 L'intérêt public doit être pris en considération chaque fois que la preuve est suffisante pour permettre de conclure à une probabilité raisonnable de condamnation. Les infractions graves feront en principe l'objet de poursuites à moins que les facteurs d'intérêt public militant contre des poursuites ne l'emportent clairement sur ceux militant en leur faveur. Souvent, même si des facteurs d'intérêt public s'y opposent dans un cas particulier, des poursuites devraient être intentées et ces facteurs devraient être soumis à l'examen de la cour au moment du prononcé de la peine.

6.3 Le procureur de la Couronne doit peser avec soin et impartialité les facteurs qui militent contre les poursuites et en leur faveur. Les facteurs d'intérêt public qui peuvent influencer la décision d'intenter des poursuites dépendent en principe de la gravité de l'infraction ou de la situation de l'accusé. Certains peuvent renforcer la nécessité d'intenter des poursuites, d'autres peuvent porter à conclure qu'une autre ligne de conduite serait préférable.

Exemples de facteurs d'intérêt public militant en faveur de poursuites

6.4 Plus l'infraction est grave, plus il sera nécessaire dans l'intérêt public d'intenter des poursuites. Il sera vraisemblablement nécessaire d'intenter des poursuites dans les cas où :

- a. une lourde peine est à prévoir en cas de condamnation;
- b. une arme a été utilisée ou il y a eu menace de violence lors de l'infraction;

- c. l'infraction a été commise contre une personne au service du public (p. ex. un policier, un employé des services correctionnels ou une infirmière);
- d. l'accusé était en situation d'autorité ou de confiance;
- e. la preuve indique que l'accusé était un chef de bande ou un des organisateurs de l'infraction en question;
- f. la preuve indique qu'il y a eu préméditation;
- g. la preuve indique que l'infraction a été commise par un groupe;
- h. la victime était vulnérable, a eu très peur ou a subi des dommages personnels ou d'autres perturbations lors de l'infraction;
- i. une forme de discrimination fondée sur la nationalité, l'origine ethnique, le sexe, les croyances religieuses, les convictions politiques ou l'orientation sexuelle de la victime est à l'origine de l'infraction;
- j. il y a une nette différence entre l'âge réel ou mental de l'accusé et celui de la victime, ou il y a forme de corruption;
- k. l'accusé a fait antérieurement l'objet de condamnations ou d'avertissements en rapport avec l'infraction en question;
- l. l'accusé est présumé avoir commis l'infraction en question alors qu'il était sous le coup d'une ordonnance judiciaire;
- m. il y a lieu de croire que l'infraction en question risque de se reproduire, notamment s'il existe des antécédents de récidive;
- n. l'infraction, même si elle n'est pas grave en soi, est fréquente dans la région où elle a été commise.

Exemples de facteurs d'intérêt public militant contre les poursuites :

- 6.5 Il sera vraisemblablement moins nécessaire d'intenter des poursuites dans les cas où :
- a. une peine très légère ou symbolique est à prévoir en cas de condamnation;
 - b. l'infraction en question est le résultat d'une erreur involontaire ou d'un malentendu involontaire (ces facteurs doivent être examinés en fonction de la gravité de l'infraction);
 - c. la perte ou le préjudice peut être qualifié de mineur et est attribuable à un incident isolé, en particulier si celui-ci est dû à une erreur de jugement;
 - d. un délai important s'est écoulé entre le moment de l'infraction et le moment de la tenue du procès, à moins :
 - qu'il ne s'agisse d'une infraction grave;
 - que le retard n'ait été occasionné en partie par l'accusé;

- que l'infraction n'ait été révélée que récemment;
 - qu'une longue enquête n'ait été menée en raison de la complexité de la défense;
- e. le fait d'intenter des poursuites risque d'avoir un effet très néfaste sur la santé physique ou mentale de la victime, toujours compte tenu de la gravité de l'infraction;
- f. l'accusé est âgé ou est, ou était au moment de l'infraction, en très mauvaise santé mentale ou physique, à moins que l'infraction ne soit grave ou qu'il n'y ait de fortes probabilités qu'elle se reproduise. Au besoin, le Crown Prosecution Service applique les directives du Home Office sur la façon de procéder dans le cas de délinquants atteints de troubles mentaux. Le procureur de la Couronne doit soupeser l'intérêt de mettre à l'écart un accusé souffrant de troubles mentaux ou physiques graves et la nécessité de protéger le public;
- g. l'accusé a réparé la perte ou le préjudice causé (un accusé ne doit cependant pas être à l'abri de poursuites du simple fait qu'il a les moyens de compenser les dommages qu'il a causés);
- h. des renseignements préjudiciables aux sources d'information, aux relations internationales ou à la sécurité nationale risquent d'être rendus publics.
- 6.6 Décider de l'intérêt public ne consiste pas seulement à faire le total des facteurs pour et des facteurs contre. Le procureur de la Couronne doit peser l'importance de chacun des facteurs dans les circonstances en l'espèce afin d'en arriver à une évaluation globale.
7. Chefs d'accusation
- 7.1 Le procureur de la Couronne devrait choisir des chefs d'accusation qui :
- a. reflètent la gravité de l'infraction;
 - b. donnent à la cour des pouvoirs adéquats de détermination de la peine;
 - c. permettent de présenter le cas de façon simple et claire. Cela veut dire que, s'il a le choix, le procureur de la Couronne ne poursuivra pas toujours l'accusé pour l'infraction la plus grave. En outre, il ne retiendra pas plus de chefs d'accusation que nécessaire.
- 7.2 Le procureur de la Couronne ne devrait pas poursuivre l'accusé pour plus de chefs d'accusation que nécessaire simplement pour l'inciter à plaider coupable à certains. De même, il ne devrait jamais le pour-

suivre pour un chef d'accusation plus grave simplement pour l'inciter à plaider coupable à une infraction moins grave.

- 7.3 Le procureur de la Couronne ne devrait pas changer le chef d'accusation simplement en fonction du lieu choisi par la cour ou l'accusé pour l'audition du cas. [Traduction libre]

Australie, Commonwealth Director of Public Prosecutions, *Prosecution Policy of the Commonwealth*⁵.

2. La décision de poursuivre

Critères régissant la décision de poursuivre

- 2.1 Sir Hartley Shawcross, c.r., alors procureur général, a déclaré ce qui suit à la Chambre des communes le 29 janvier 1951 :

Dans notre pays, il n'y a jamais eu de règle — et j'ose espérer qu'il n'y en aura jamais — voulant que toute infraction criminelle fasse nécessairement l'objet de poursuites. En effet, le premier règlement régissant la charge du directeur des poursuites publiques prévoyait que celui-ci ne devait entamer des poursuites que « si l'infraction ou les circonstances entourant la perpétration de l'infraction étaient telles que l'intérêt public exigeait que des poursuites soient intentées ». De nos jours, ce facteur prévaut encore. (*House of Commons Debates*, vol. 483, col. 681, 29 janvier 1951)

Cette déclaration est également applicable à la position adoptée en Australie. Les ressources qui peuvent être affectées à des poursuites sont limitées et ne devraient pas être gaspillées en poursuites inutiles; par conséquent, les ressources disponibles servent à présenter énergiquement les causes qui valent la peine d'être instruites.

- 2.2 La décision d'intenter des poursuites est l'étape la plus importante du processus pénal. Dans tous les cas, il faut porter une attention particulière aux intérêts de la victime, du suspect et de la collectivité en général pour s'assurer de prendre la bonne décision. Toute mauvaise décision, dans un sens comme dans l'autre, tend à miner la confiance du public dans le système de justice pénale.

- 2.3 Il s'ensuit que les objectifs déjà énoncés — surtout l'équité et la cohérence — revêtent une importance particulière. Toutefois, l'équité n'est pas forcément synonyme de faiblesse, et la cohérence n'empêche pas la souplesse. Les critères régissant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne peuvent pas se réduire à une simple formule mathématique; il ne serait d'ailleurs pas souhaitable qu'il en soit ainsi. L'éventail des facteurs dont il faut tenir compte pour en arriver à une décision exige une application éclairée des principes généraux aux cas particuliers.
- 2.4 Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il faut d'abord se demander s'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour tenter ou continuer des poursuites. Il ne faut engager ou continuer des poursuites que s'il existe des éléments de preuve admissibles, solides et dignes de foi révélant qu'une infraction criminelle prévue dans la loi a été commise par le coupable présumé.
- 2.5 Quand il s'agit de déterminer si les éléments de preuve sont suffisants pour tenter ou continuer des poursuites, la simple apparence de culpabilité ne suffit pas. Après avoir établi qu'il y a apparence de culpabilité, il faut ensuite examiner la possibilité d'obtenir une condamnation. *On ne devrait pas entamer des poursuites s'il n'y a pas une probabilité raisonnable de condamnation.* Dans les affaires criminelles, ce critère présuppose que le jury agira de manière impartiale, conformément aux instructions reçues. Une affaire ne répondra pas à ce critère si l'on considère nettement plus probable que les poursuites se solderont par un acquittement.
- 2.6 Pour établir si une probabilité raisonnable de condamnation existe, il faut déterminer la valeur probante des éléments de preuve qui seront présentés au procès. Pour cela, il faut tenir compte de facteurs tels que la disponibilité, la compétence et la crédibilité de témoins, l'impression qu'ils produiront sur le juge des faits, et l'admissibilité d'une prétendue confession ou d'autres éléments de preuve. Le procureur doit également tenir compte des moyens de défense dont dispose manifestement l'accusé ou que ce dernier entend invoquer, ainsi que de tout autre facteur qui pourrait, à son avis, influencer sur la probabilité d'une condamnation. Cette évaluation peut être difficile à faire, et il n'existe évidemment aucune garantie qu'une poursuite sera fructueuse. Il est en effet inévitable que certaines échouent. Quoi qu'il en soit,

l'application impartiale de ce critère, après mûre réflexion de la part d'une personne qui a l'habitude de peser les éléments de preuve disponibles, constitue la meilleure façon d'éviter, dans la mesure du possible, de poursuivre un innocent et de dépenser inutilement les fonds publics.

2.7 En évaluant la preuve, il faut se poser les questions suivantes :

- a) Y a-t-il lieu de croire que des éléments de preuve pourraient être exclus, en considération des principes d'admissibilité en common law et en droit? Par exemple, les procureurs voudront s'assurer que la confession a été obtenue correctement. Il faut prévoir la possibilité qu'un élément de preuve soit exclu; si un élément donné revêt une importance cruciale pour la cause, cela pourrait influencer considérablement sur la décision d'intenter ou non des poursuites.
- b) Si la cause repose en partie sur les aveux de l'accusé, a-t-on des raisons de croire qu'ils sont d'une crédibilité douteuse en raison de la maturité intellectuelle et de la compréhension apparente de l'accusé?
- c) Pourrait-on croire qu'un témoin donné exagère, que la mémoire lui fait défaut, qu'il est hostile ou sympathique à l'accusé ou qu'il est par ailleurs peu crédible?
- d) Y a-t-il des raisons qui empêchent un témoin de dire toute la vérité?
- e) Y a-t-il des questions que la défense pourrait à bon droit évoquer auprès d'un témoin pour attaquer sa crédibilité?
- f) Quelle sorte d'impression le témoin va-t-il vraisemblablement produire? Comment va-t-il se tirer du contre-interrogatoire? Souffre-t-il d'une incapacité physique ou mentale qui pourrait nuire à sa crédibilité?
- g) Si des témoins oculaires se contredisent, la contradiction va-t-elle au-delà de ce que l'on pourrait prévoir et risque-t-elle par conséquent d'affaiblir substantiellement la cause?
- h) En l'absence de contradiction entre témoins oculaires, y a-t-il lieu de soupçonner qu'on a fabriqué une histoire fautive?
- i) Tous les témoins nécessaires, y compris ceux qui pourraient se trouver à l'étranger, sont-ils disponibles et aptes à témoigner?
- j) Quand il y a des enfants témoins, ceux-ci seront-ils capables de témoigner sous serment?
- k) Si l'identité risque de poser un problème, dans quelle mesure le témoignage des personnes qui prétendent reconnaître l'accusé sera-t-il crédible et convaincant?

- 1) Quand deux accusés ou plus sont inculpés conjointement, y a-t-il une possibilité raisonnable de leur faire subir un procès distinct? Dans l'affirmative, la preuve réunie contre chacun des accusés serait-elle suffisante si la tenue de procès distincts était ordonnée?

La liste n'est pas exhaustive, et les aspects à prendre en considération dépendront évidemment des circonstances de chaque cas, mais elle sert à montrer que, surtout dans les cas limites, le procureur doit être prêt à ne pas se limiter aux déclarations qui sont faites.

2.8 Après s'être assuré qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour intenter ou continuer des poursuites, le procureur doit déterminer si, à la lumière des faits prouvables et de l'ensemble des circonstances entourant l'infraction, l'intérêt public exige que soient intentées des poursuites. Rien ne dit que toutes les infractions signalées aux autorités doivent faire l'objet de poursuites.

2.9 Les facteurs à prendre en considération pour décider s'il est dans l'intérêt public d'intenter des poursuites varient d'un cas à l'autre. Bien que de nombreux facteurs d'intérêt public militent contre la décision d'intenter des poursuites, certains autres militent en faveur d'une action en justice (la gravité de l'infraction, par exemple, ou la nécessité d'exercer un effet de dissuasion). À cet égard, en règle générale, plus l'infraction est grave, plus il est probable que l'intérêt public exige que son auteur soit poursuivi.

2.10 Voici quelques facteurs qui pourraient permettre d'établir s'il est dans l'intérêt public d'intenter des poursuites :

- a) la gravité ou, inversement, le peu d'importance de la présumée infraction, ou le fait qu'il s'agit d'une infraction purement « technique »;
- b) les circonstances atténuantes ou aggravantes;
- c) la jeunesse, l'âge, la maturité intellectuelle, la santé physique ou mentale ou une infirmité particulière du coupable présumé, d'un témoin ou de la victime;
- d) les antécédents et le milieu socio-culturel de l'accusé;
- e) le temps écoulé depuis la perpétration de la présumée infraction;
- f) le degré de culpabilité du coupable présumé;
- g) les répercussions sur l'ordre public et sur les valeurs morales;

- h) la désuétude ou le manque de clarté de la loi;
- i) la possibilité que les poursuites soient perçues comme allant à l'encontre du but recherché, en discréditant la loi, par exemple;
- j) la possibilité de recourir à des solutions de rechange aux poursuites, et leur efficacité;
- k) la fréquence de l'infraction présumée et la nécessité d'adopter des mesures de dissuasion d'application générale ou particulière;
- l) le caractère indûment pénible ou préjudiciable d'une condamnation;
- m) l'intérêt suscité dans le public par l'infraction présumée;
- n) l'indemnisation, le dédommagement et la confiscation au profit de la victime auxquels le Commonwealth ou tout autre organisme ou toute personne aurait droit si des poursuites étaient intentées;
- o) la façon dont la victime de l'infraction présumée envisage les poursuites;
- p) la durée probable du procès et les frais y afférents;
- q) la disposition du coupable présumé à collaborer à l'enquête policière ou aux poursuites intentées contre d'autres personnes, ou la mesure dans laquelle il a déjà collaboré;
- r) l'issue probable en cas de verdict de culpabilité, compte tenu des choix qui s'offrent au tribunal en matière de détermination de la peine;
- s) le fait que l'infraction présumée ne puisse être jugée que par voie de mise en accusation;
- t) la nécessité de préserver la confiance du public dans des institutions aussi fondamentales que le Parlement et les tribunaux.

2.11 Dans la pratique, la décision qui s'imposera dans bien des cas sera d'intenter une action en justice lorsqu'on dispose d'éléments de preuve suffisants pour ce faire. La bonne décision consistera souvent à entamer les poursuites, en dépit de l'existence de facteurs atténuants et à soumettre ceux-ci au tribunal au moment de fixer la peine. Quoi qu'il en soit, quand la gravité de l'infraction présumée n'impose pas la prise d'une telle mesure, le procureur doit toujours se demander si l'intérêt public n'exige pas qu'il y ait quand même poursuite.

[...]

- 2.13 La décision d'intenter des poursuites ne doit évidemment pas être motivée par :
- a) la race, la religion, le sexe, l'origine nationale, l'appartenance à une association politique, les activités ou les convictions politiques du coupable présumé ou de toute autre personne concernée;
 - b) les sentiments personnels du procureur envers le coupable présumé ou la victime;
 - c) les avantages ou inconvénients politiques que pourraient présenter les poursuites pour le gouvernement ou pour tout autre groupe ou parti politique;
 - d) l'incidence possible de cette décision sur la situation personnelle ou professionnelle des personnes chargées de mener les poursuites.
- [...]

Choix des chefs d'accusation

- 2.18 Dans bien des cas, la preuve révélera une infraction à plusieurs lois. Il importe donc de choisir un ou des chefs d'accusation qui correspondent bien à la nature et à la gravité de la conduite criminelle révélée par la preuve et sur lesquels le tribunal pourra s'appuyer pour déterminer la peine.
- 2.19 Ordinairement, l'accusation ou les accusations qui sont déposées ou qui donnent lieu aux poursuites sont les plus graves ressortant des faits présentés. Néanmoins, compte tenu de facteurs comme la solidité de la preuve, les moyens probables de défense contre une accusation donnée et les considérations énoncées plus loin dans le présent document, à la rubrique « Mode de procès », il pourrait être indiqué de déposer une accusation ou d'intenter des poursuites à l'égard d'une accusation qui n'est pas la plus grave ressortant des faits présentés.
- 2.20 On ne doit en aucun cas porter des accusations dans le but de se donner une marge de manoeuvre en vue d'une négociation subséquente de plaidoyers. [Traduction libre]

Nations Unies, *Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet*⁶. Le préambule des principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet (procureurs) établit clairement que ceux-ci jouent un rôle fondamental dans l'application des principes de l'égalité devant la loi, de la présomption d'innocence et du droit qu'a toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent et impartial. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de procureur doivent donc être intègres et compétentes et posséder une formation et des qualifications juridiques suffisantes. Les principes directeurs touchent notamment la situation et les conditions de service, la liberté d'expression et d'association, le rôle des procureurs dans la procédure pénale, les règles ou règlements régissant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, les solutions de rechange aux poursuites judiciaires, les relations avec d'autres organismes dont les tribunaux, la défense et la police, les procédures disciplinaires et l'obligation de respecter les principes directeurs et d'en signaler les violations. [Traduction libre]

H. Woltring, « Perspective on the Independence of Judges, Prosecutors and Lawyers: The International View »⁷.

Les Principes directeurs de l'ONU portent ce qui suit :

Préambule :

[...]

Considérant que les magistrats du parquet (procureurs) jouent un rôle fondamental dans l'administration de la justice et que les règles qui leur sont applicables dans l'exercice de leurs importantes fonctions doivent les encourager à respecter et à appliquer les principes susmentionnés, garantissant ainsi un système de justice pénale impartial et équitable et la protection effective des citoyens contre le crime,

Considérant qu'il est essentiel de veiller à ce que les magistrats du parquet possèdent les qualifications professionnelles nécessaires à l'exercice de leurs fonctions en améliorant les méthodes de recrutement et de formation juridique et professionnelle, et en leur fournissant tous les moyens nécessaires pour leur permettre de remplir convenablement leur mission dans la lutte contre la criminalité, en particulier dans ses formes et dimensions nouvelles,

[...]

[...] Ces principes directeurs ont été formulés à l'intention des magistrats du parquet, mais s'appliquent également, le cas échéant, aux procureurs désignés pour des circonstances spéciales.

Qualifications, sélection et formation

1. Les personnes sélectionnées pour remplir les fonctions de magistrat du parquet doivent être intègres et compétentes et justifier d'une formation et de qualifications juridiques suffisantes.
2. Les États veillent à ce que :
[...]
 - b) Les magistrats du parquet aient une instruction et une formation adéquates et soient conscients des idéaux et des devoirs éthiques de leur fonction, des dispositions constitutionnelles et juridiques garantissant les droits du suspect et de la victime, ainsi que les droits de la personne humaine et les libertés fondamentales reconnus par le droit national et le droit international.

Situation et conditions de service

3. Les magistrats du parquet, en tant qu'agents essentiels de l'administration de la justice, doivent toujours préserver la dignité et l'honneur de leur charge.
4. Les États veillent à ce que les magistrats du parquet puissent s'acquitter de leurs fonctions professionnelles en toute liberté, sans faire l'objet d'intimidation, sans être harcelés, sans subir d'ingérence non fondée et sans devoir assumer de façon injustifiée une responsabilité civile, pénale ou autre.
5. Les magistrats du parquet et leur famille sont protégés physiquement par les autorités lorsque leur sécurité personnelle est menacée en raison de l'exercice de leurs fonctions.
6. Des conditions de service satisfaisantes, une rémunération appropriée et, s'il y a lieu, la durée du mandat, la pension et l'âge de la retraite des magistrats du parquet sont définis par la loi ou des règles ou règlements rendus publics.
7. La promotion des magistrats du parquet, lorsqu'un tel système existe, doit être fondée sur des facteurs objectifs, en particulier sur les qualifications professionnelles, la compétence, l'intégrité et l'expérience, et faire l'objet d'une procédure juste et impartiale.

[...]

Rôle dans la procédure pénale

10. Les fonctions de magistrat du parquet sont strictement séparées des fonctions de juge.
11. Les magistrats du parquet jouent un rôle actif dans la procédure pénale, y compris l'engagement de poursuites et, lorsque la loi ou la pratique nationale les y autorisent, ils participent aux enquêtes criminelles, supervisent

la légalité de ces enquêtes, supervisent l'exécution des décisions des tribunaux et exercent d'autres fonctions en qualité de représentants de l'intérêt public.

12. Les magistrats du parquet exercent leurs fonctions conformément à la loi, en toute équité, de manière cohérente et diligente, respectent et protègent la dignité humaine et défendent les droits de la personne humaine, contribuant ainsi à garantir une procédure régulière et le bon fonctionnement du système de justice pénale.
13. Dans l'exercice de leurs fonctions, les magistrats du parquet :
 - (a) font preuve d'impartialité et évitent toute discrimination d'ordre politique, social, religieux, racial, culturel, sexuel ou autre;
 - (b) protègent l'intérêt public, agissent avec objectivité, prennent dûment en considération la position du suspect et celle de la victime et tiennent compte de toutes les circonstances pertinentes, qu'elles soient favorables ou défavorables au suspect;
 - (c) ne divulguent rien de ce qui leur est communiqué, sauf si l'exercice de leurs fonctions ou les besoins de la justice l'exigent;
 - (d) tiennent compte des points de vue et des préoccupations des victimes lorsque celles-ci sont lésées dans leur intérêt personnel, et veillent à ce que ces victimes soient informées de leurs droits conformément à la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs*.
14. Les magistrats du parquet n'engagent ni ne continuent des poursuites, ou font tout leur possible pour suspendre la procédure, lorsqu'une enquête impartiale révèle que l'accusation n'est pas fondée.
15. Les magistrats du parquet s'attachent dûment à engager des poursuites dans le cas de délits commis par des agents de l'État, notamment des actes de corruption, des abus de pouvoir, des violations graves des droits de l'homme et d'autres délits reconnus par le droit international et, lorsque la loi ou la pratique nationale les y autorisent, à ouvrir une enquête sur de telles infractions.
16. Lorsque les magistrats du parquet reçoivent contre des suspects des preuves dont ils savent ou ont des motifs raisonnables de penser qu'elles ont été obtenues par des méthodes illicites qui constituent une grave violation des droits de la personne humaine et impliquent en particulier la torture ou un traitement ou un châtiment cruel, inhumain ou dégradant, ou d'autres violations graves des droits de l'homme, ils refusent d'utiliser ces preuves contre toute personne autre que celles qui ont recouru à ces méthodes, ou informent le tribunal en conséquence, et prennent toutes les mesures nécessaires pour les faire traduire en justice.

Pouvoirs discrétionnaires

17. Dans les pays où les magistrats du parquet sont investis de pouvoirs discrétionnaires, la loi ou les règles ou règlements publiés énoncent des principes directeurs visant à renforcer l'équité et à favoriser des prises de décisions cohérentes pendant la procédure, notamment lors du déclenchement de poursuites judiciaires ou de la renonciation aux poursuites.

[...]

Application des principes directeurs

23. Les magistrats du parquet doivent respecter les présents principes directeurs. Ils doivent aussi faire tout ce qui est en leur pouvoir pour prévenir toutes violations de ces principes et s'y opposer activement.
24. Les magistrats du parquet qui ont des raisons de penser que les présents principes directeurs ont été violés ou sont sur le point de l'être doivent en informer leurs autorités supérieures et, le cas échéant, d'autres autorités ou organes compétents ayant un pouvoir d'examen et de réformation.

[Traduction libre]

L'indépendance des poursuites engagées relativement à des infractions commises dans les Forces canadiennes : La police militaire et le pouvoir discrétionnaire de poursuivre

James W. O'Reilly et Patrick Healy

Dans cette étude, on examine l'indépendance et l'intégrité relative à l'application de la loi et de la poursuite en milieu militaire. On conclut que des modifications importantes doivent être apportées aux structures et aux pratiques pour que la population canadienne ait pleine confiance dans la justice militaire. On formule des recommandations mettant l'accent sur la nécessité de l'indépendance à toutes les étapes des enquêtes et des poursuites.

JAMES W. O'REILLY a enseigné le droit criminel et la preuve à l'Université d'Ottawa et à l'Université McGill. Il est membre du Barreau de l'Ontario et rédacteur de la *Canadian Criminal Law Review*.

PATRICK HEALY est professeur de droit criminel et de sujets connexes à la Faculté de droit et à l'Institut de droit comparé de l'Université McGill. Il est membre du Barreau du Québec et rédacteur de la *Canadian Criminal Law Review*.

Commission d'enquête
sur le déploiement des
Forces canadiennes en Somalie

ISBN 0-660-95688-8



9 780660 956886