

Citation : *R. c. Élève-officier J.S.K. Trépanier*, 2007cm1002

Dossier : 200660

**COUR MARTIALE PERMANENTE
CANADA
KINGSTON, ONTARIO
COLLÈGE MILITAIRE ROYAL DU CANADA**

Date : 26 janvier 2007

SOUS LA PRÉSIDENCE DU : COLONEL M. DUTIL, J.M.C.

**SA MAJESTÉ LA REINE
(Poursuivante-intimée)**

**c.
ÉLÈVE-OFFICIER J.S.K. TRÉPANIER
(Accusé-requérant)**

Publication restreinte :

Avis

Cette cause fait l'objet d'une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime.

**DÉCISION RELATIVEMENT À UNE REQUÊTE PRÉSENTÉE AUX TERMES
DU SOUS-ALINÉA 112.05(5)(e) DES *ORDRES ET RÈGLEMENTS ROYAUX
APPLICABLES AUX FORCES CANADIENNES* RELATIVEMENT À UNE
VIOLATION DE L'ARTICLE 7 DE LA *CHARTRE CANADIENNE DES DROITS
ET LIBERTÉS*
(Rendue oralement)**

INTRODUCTION

[1] Il s'agit donc d'une requête qui a été présentée par la défense aux termes du sous-alinéa 112.05(5)(e) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* au motif que cette cour martiale permanente n'a

pas compétence de juger l'accusé parce que les articles 165.14 et 165.19 de la *Loi sur la défense nationale* sont inconstitutionnels au motif qu'ils accordent le pouvoir de choisir le type de cour martiale au directeur des poursuites militaires et non à l'accusé. Le requérant soutient que cet avantage donné à la poursuite violerait ainsi les droits de l'accusé prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Le requérant demande à cette Cour de déclarer invalides et inopérantes, aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les dispositions législatives et réglementaires suivantes :

- 1) l'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale*;
- 2) l'article 165.19 de la *Loi sur la défense nationale* et l'article 111.02 des *ORFC*.

Finalement, le requérant demande à la cour, en sus de la déclaration d'invalidité, de lui accorder une exemption constitutionnelle afin qu'il ne soit pas pourvu si elle concluait à l'inconstitutionnalité d'une ou plusieurs des dispositions attaquées, mais décidait de suspendre la ou les déclaration(s) d'invalidité. Il demande également que cette cour ordonne l'arrêt des procédures aux termes de l'article 24(1) de la *Charte*.

LA PREUVE

[3] La preuve devant cette cour est constituée des éléments suivants :

- 1) les questions du domaine de la connaissance judiciaire aux termes de l'article 15 des Règles militaires de la preuve;
- 2) les pièces déposées devant la Cour du consentement des procureurs et pour les seules fins exprimées du consentement des procureurs, soit les pièces R1-2 (Déclaration conjointe des faits), R1-3 (Politique du SCPM 016/06), et R1-7 (Connaissance judiciaire aux termes de l'article 16 des Règles militaires de la preuve).

LA POSITION DES PARTIES

Le requérant

Re : Violation constitutionnelle des articles 165.14 et 165.19 de la Loi sur la défense nationale

[4] Le requérant allègue que les articles 165.14 et 165.19 de la *Loi sur la défense nationale* sont inconstitutionnels parce qu'ils violent les droits de l'accusé garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la *Charte*) qui se lit comme suit :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[5] Au soutien de sa demande, le requérant s'appuie essentiellement sur l'*obiter dictum* de l'honorable juge Létourneau de la Cour d'appel de la Cour Martiale dans l'arrêt *R. c. Nystrom* [2005] C.M.A.J. No 8, 2005 CMAC 7, CMAC-483, qui y exprimait son inquiétude sur la validité constitutionnelle de l'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale*, qui donne au directeur des poursuites militaires le pouvoir absolu de déterminer le type de cour martiale. Dans l'arrêt *Nystrom*, le juge Létourneau s'exprimait comme suit au paragraphe 64 :

[64] Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de discuter de la constitutionnalité de l'article 165.14 de la Loi, je ne peux passer sous silence la profonde inquiétude que soulève cette disposition, particulièrement dans le contexte expansionniste qu'a connu récemment la justice pénale militaire. Je reproduis l'article en question :

165.14 Dans la mise en accusation, le directeur des poursuites militaires détermine le type de cour martiale devant juger l'accusé. Il informe l'administrateur de la cour martiale de sa décision.

Il poursuit aux paragraphes 68 et 69 en affirmant :

[68] En outre, les amendements apportés à la Loi en 1998 par le projet de loi C-25, devenu le chapitre 35 des lois de 1998, article 22, ont accru la compétence des tribunaux militaires en leur permettant d'entendre et de juger les infractions à caractère sexuel dont l'audition était jusqu'alors réservée aux tribunaux civils. C'est aussi par la même occasion que l'article 165.14 fut adopté et que le pouvoir de choisir le mode de procès fut octroyé au poursuivant : voir l'article 42, L.C. 1998, ch. 35.

[69] Un premier résultat de cette expansion de la justice pénale militaire fut que les membres des Forces armées canadiennes ont perdu, pour les infractions de droit commun, telles celles que l'on retrouve au Code criminel, le droit à un procès par jury : l'alinéa 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés dénie aux membres des Forces armées canadiennes le droit à un tel procès lorsqu'il s'agit d'une infraction relevant de la justice pénale militaire.

Le requérant soutient que les remarques très importantes du juge Létourneau permettent à cette cour de conclure que le choix d'être jugé par un type de cour martiale plutôt qu'un autre doit appartenir à l'accusé parce qu'il représente un avantage ou bénéfique qui est intrinsèquement lié au droit de l'accusé de contrôler sa défense qui constitue un principe de justice fondamentale. En conséquence, les articles 165.14 et 165.19 violeraient les droits garantis par l'article 7 de la *Charte*. Il soutient que le choix du type de cour martiale qui jugera l'accusé, par ce dernier, doit s'interpréter comme faisant partie de son droit de contrôler sa propre défense qui s'inscrit dans le principe de justice fondamentale qui vise le droit à une défense pleine et entière. Le requérant s'appuie sur les paragraphes 78 et 79 de l'arrêt *Nystrom* à cet effet. Ils se lisent comme suit :

[78] Toutefois, avec respect pour l'opinion contraire, je crois que le choix du mode de procès participe d'un bénéfique, d'un élément de stratégie ou d'un avantage tactique associé au droit d'un accusé de contrôler la conduite de sa défense et d'exercer son droit à une défense pleine et entière : sur le droit d'un accusé d'exercer un contrôle sur la conduite de sa défense en tant que principe de justice fondamentale, voir *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 972. C'est certes le cas devant les tribunaux civils où le choix est octroyé à l'accusé qui l'exerce en fonction et à des fins de défense. Dans l'affaire *R. c. Turpin, Siddiqui et Clauzel* (1987), 60 C.R. (3d) 63, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu qu'il s'agissait d'un avantage conféré par la loi. Au paragraphe 27, elle écrit :

What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, i.e. whether a person charged with murder is better protected by a judge and jury trial or by a trial by judge alone. Rather, the question is whether having that choice is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, "the ability to elect one's mode of trial", that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. A choice as to having or not having a jury trial (even though limited by the overriding determination by the trial judge), based upon the advantages of one mode of trial over the other because of a wide range of factors, such as the nature and circumstances of the killing, the amount of publicity, the reaction in the community, the size of the community from which the jury is being drawn, and even the preference of defence counsel with respect to trying to convince a jury or a judge of the defence version of the facts (or leave them with a reasonable doubt), indicates that having that choice must

be considered a benefit. The absence of that benefit in Ontario must be considered a disadvantage.

(Je souligne)

Et le juge Létourneau poursuit au paragraphe 79 dans l'affaire *Nystrom*, et il dit:

[79] Il n'y a aucun doute dans mon esprit que le choix du mode de procès conféré par l'article 165.14 est un avantage conféré au poursuivant qui est susceptible d'abus. Et comme le rappelle le juge Cory dans l'affaire *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, aux pages 103 et 104, "malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion."

[6] Le requérant soutient également que la décision unilatérale du directeur adjoint des poursuites militaires de choisir que le type de cour martiale dans cette affaire, une cour martiale permanente, a eu comme résultat que l'accusé a perdu le bénéfice de pouvoir choisir entre un tableau, assisté d'un juge militaire, et un juge seul. Toujours en s'appuyant sur l'arrêt *Nystrom*, il ajoute qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que la poursuite a utilisé son pouvoir discrétionnaire de façon abusive. Le requérant soutient que les articles 165.14 et 165.19 de la *Loi sur la défense nationale* violent ainsi les droits et garantis prévus à l'article 7 de la *Charte*.

Re : Réparation demandée par le requérant

[7] Le requérant demande donc à cette cour, en sus des déclarations d'invalidité, de lui accorder une exemption constitutionnelle afin qu'il ne soit pas poursuivi si elle concluait à l'inconstitutionnalité d'une ou plusieurs des dispositions attaquées, mais décidait de suspendre ces déclarations d'invalidité. Et, comme je le disais un peu plus tôt, il demande également que cette cour ordonne l'arrêt des procédures aux termes de l'article 24(1) de la *Charte*.

L'intimée

[8] Quant à l'intimée, elle soutient que le requérant n'a pas démontré que le choix du mode de procès est un principe de justice fondamentale au Canada, et encore moins celui de choisir le type de cour martiale qui devra juger une personne justiciable du Code de discipline militaire, qui appartient à un accusé. Elle ajoute que le requérant n'a pas satisfait la Cour quant à son fardeau de démontrer qu'il s'agit d'un principe de justice fondamentale selon les critères établis par la Cour suprême dans l'arrêt récent *Canadian Children Foundation* [2004] 1 R.C.S. 76.

[9] L'intimée soutient qu'il n'existe pas au Canada de principe de justice fondamentale accordant à l'accusé le droit d'opter pour un mode de procès particulier dans tous les cas. Selon elle, ce choix peut être subordonné à d'autres intérêts dans des contextes appropriés. Dans le contexte particulier des Forces canadiennes, l'intimée prétend que ce choix n'a jamais été donné à l'accusé tel qu'en fait foi l'historique législatif de la convocation des cours martiales soumis par l'intimée. Elle ajoute qu'en droit criminel, la loi prévoit plusieurs exceptions au droit de l'accusé d'opter pour un mode particulier de procès. L'intimée a attiré l'attention de la cour à la partie XXVII (procès sommaire) et XIX (procès sans jury) du *Code criminel*, qui n'accordent pas à l'accusé de choix quant au mode de procès.

[10] L'intimée affirme au contraire que le pouvoir attribué au directeur des poursuites militaires de choisir le type de cour martiale qui jugera l'accusé relève du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. La responsabilité de choisir le type de cour martiale que l'on retrouve à l'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale* serait similaire, selon elle, à la responsabilité qu'ont les procureurs de la couronne à travers le Canada lorsqu'ils ont à déterminer si ils procéderont par le biais d'un acte d'accusation ou par voie de procédure sommaire. Elle affirme que le pouvoir de choisir le type de cour martiale, octroyé et prévu à l'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale*, est un pouvoir de nature purement discrétionnaire et qui, de ce fait, n'est pas susceptible de révision par les tribunaux à moins que l'on fasse la preuve d'un abus quelconque dans l'exercice de ce pouvoir. Elle soutient que dans l'arrêt *R. c. Beare* [1988] 2 R.C.S. 387, la Cour suprême a clairement établi l'importance, en droit criminel, du pouvoir discrétionnaire de la poursuite aux paragraphes 51 à 53 de cet arrêt. L'intimée est d'avis que si le requérant avait fait la preuve d'une utilisation abusive du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 165.14 de la *Loi*, le remède approprié serait une demande de réparation en vertu de l'article 24(1) de la *Charte*.

[11] L'intimée soutient que les propos de l'honorable juge Létourneau dans l'arrêt *R. c. Nystrom* ne lient pas cette cour et que la décision de la Cour d'appel de la cour martiale dans l'affaire *R. c. Lunn* [1993] 5 C.A.C.M. 157 constitue toujours le droit positif actuel sur cette question. Elle rappelle que dans l'arrêt *Lunn*, l'appelant alléguait que la Cour martiale permanente était inconstitutionnelle en raison du pouvoir discrétionnaire conféré à un commandant supérieur de choisir le mode de procès.

Re : Réparation demandée par le requérant

En ce qui a trait à la réparation demandée, l'intimée soumet qu'aucune réparation n'est requise parce que le requérant ne s'est pas acquitté de son fardeau de preuve, mais elle ajoute que si la Cour en venait à la conclusion que la requête est fondée, en tout ou en partie, et qu'elle déclare invalide certaines dispositions de la *Loi sur la*

défense nationale ou de ses règlements, alors toute déclaration d'invalidité devrait être suspendue afin que le Parlement puisse apporter les corrections nécessaires pendant une période de temps suffisante afin de permettre au législateur de rectifier le vide juridique ainsi créé.

DÉCISION

[12] Force est de constater que la demande du requérant s'appuie essentiellement sur l'*obiter dictum* de l'honorable juge Létourneau de la Cour d'appel de la cour martiale dans l'arrêt *R. c. Nystrom* dans lequel il y exprimait son inquiétude sur la validité constitutionnelle de l'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale* qui donne au directeur des poursuites militaire le pouvoir absolu de déterminer le type de cour martiale. Et je tiens à répéter les propos du juge Létourneau dans l'arrêt *Nystrom* lorsqu'il s'exprimait comme suit au paragraphe 64 :

[64] Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de discuter de la constitutionnalité de l'article 165.14 de la Loi, je ne peux passer sous silence la profonde inquiétude que soulève cette disposition, particulièrement dans le contexte expansionniste qu'a connu récemment la justice pénale militaire. Je reproduis l'article en question :

Et je vous ferai gré de ne pas citer 165.14. Il poursuit aux paragraphes 68 et 69 en affirmant :

[68] En outre, les amendements apportés à la Loi en 1998 par le projet de loi C-25, devenu le chapitre 35 des lois de 1998, article 22, ont accru la compétence des tribunaux militaires en leur permettant d'entendre et de juger les infractions à caractère sexuel dont l'audition était jusqu'alors réservée aux tribunaux civils. C'est aussi par la même occasion que l'article 165.14 fut adopté et que le pouvoir de choisir le mode de procès fut octroyé au poursuivant : voir l'article 42, L.C. 1998, ch. 35.

Au paragraphe 69, le juge Létourneau poursuit en disant :

[69] Un premier résultat de cette expansion de la justice pénale militaire fut que les membres des Forces armées canadiennes ont perdu, pour les infractions de droit commun, telles celles que l'on retrouve au Code criminel, le droit à un procès par jury : l'alinéa 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés dénie aux membres des Forces armées canadiennes le droit à un tel procès lorsqu'il s'agit d'une infraction relevant de la justice pénale militaire.

[13] Cet énoncé est exact, mais je crois respectueusement qu'il doit être nuancé. Les modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* par la *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 1998, ch. 35, sanctionnée le 10 décembre 1998, ont entraîné d'importants changements dans le système de justice militaire. Ils ont modernisé le Code de discipline militaire et ils ont contribué à améliorer l'intégrité et l'impartialité du système. L'une de ces modifications fut d'attribuer au directeur des poursuites militaires le pouvoir de choisir le type de cour martiale qui jugera un justiciable du Code de discipline militaire en vertu de l'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale*. Quant à l'article 165.19 de la *Loi*, il ne fait qu'imposer à l'administrateur de la cour martiale l'obligation de convoquer la cour martiale sélectionnée par le directeur des poursuites militaires à la suite d'une mise en accusation. Or, il est important de préciser que ce pouvoir de choisir le type de cour martiale était exercé par l'autorité convocatrice qui, elle, faisait partie de la chaîne de commandement, et ce avant les modifications législatives de 1998.

[14] L'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, qui traite des infractions de droit commun pour en faire des infractions d'ordre militaire aux termes de la *Loi*, n'a pas été modifié par le projet de loi C-25, devenu le chapitre 35 des lois de 1998, article 22. C'est plutôt l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* qui a fait l'objet d'une révision en matière de limitation de la compétence des tribunaux militaires de juger un justiciable pour certaines infractions. Avant 1998, cet article se lisait comme suit :

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 armée ou assortie de menaces à tiers ou avec infliction de lésions corporelles;
- e) agression sexuelle grave;
- f) infractions visées aux articles 280 à 283 du *Code criminel*.

Alors que cet article prévoit dorénavant :

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) infractions visées aux articles 280 à 283 du *Code criminel*.

Il est tout à fait correct d'affirmer que la compétence des tribunaux militaires s'est accrue en 1998 pour inclure les cas d'agressions sexuelles commises au Canada. Mais il s'agit là de la seule modification qui traite de la compétence de la justice militaire au Canada. L'article 130 n'a pas été modifié. Cet article inclut les infractions de droit commun. Sans nier le caractère expansionniste de cette modification à l'article 70, force est de constater qu'elle ne constitue pas la pierre angulaire de la réforme de la justice militaire au Canada. Loin de là. En matière de compétence de juger les crimes d'agression sexuelle, il faut ajouter que les tribunaux militaires exerçaient déjà cette compétence à l'étranger avant ladite modification législative et que cette situation prévaut toujours. Outre cet accroissement restreint de la compétence des tribunaux militaires, il serait inexact de dire que c'est à cause de cette expansion de la justice pénale militaire que les membres des Forces armées canadiennes ont perdu, pour les infractions de droit commun, le droit à un procès par jury. Avec respect pour l'opinion contraire, la perte du droit de bénéficier d'un procès par jury pour un justiciable du Code de discipline militaire relève de l'article 11 f) de la *Charte*.

[15] Dans l'arrêt *Nystrom*, la Cour d'appel de la cour martiale ajoute que « C'est aussi par la même occasion que l'article 165.14 fut adopté et que le pouvoir de choisir le mode de procès fut octroyé au poursuivant. » Cette affirmation doit elle-aussi être mise en contexte. Le projet de loi C-25, devenu le chapitre 35 des lois de 1998, a créé le poste de directeur des poursuites militaires nommé par le ministre pour un mandat maximal de quatre ans renouvelable sous réserve de révocation motivée que prononce le ministre sur recommandation d'un comité d'enquête établi par règlement du gouverneur en conseil. Le directeur des poursuites militaires prononce dorénavant les mises en accusation des personnes jugées par les cours martiales, choisit le type de cour martiale devant juger l'accusé et mène les poursuites devant celles-ci. Il représente également le ministre dans les appels lorsqu'il reçoit des instructions à cette fin. Ces sujets sont couverts à partir des articles 165.1 jusqu'à 165.17 de la *Loi*.

[16] En ce qui a trait au pouvoir de choisir le mode de procès, cette cour croit respectueusement qu'il est parfois difficile d'utiliser des mécanismes propres au système pénal civil qui sont prévus au *Code criminel* et les appliquer au contexte de la justice militaire lorsqu'ils n'ont pas d'équivalent dans le système pénal militaire. D'ailleurs, l'article 2 de la *Loi sur la défense nationale* définit « tribunal militaire » de la manière suivante :

Cour martiale ou personne présidant un procès sommaire.

C'est la définition que la *Loi* donne d'un tribunal militaire. Le droit à un procès devant une cour martiale est, quant à lui, prévu aux articles 162.1 et 162.2 qui se lisent comme suit :

162.1 Sauf dans les cas prévus par règlement du gouverneur en conseil, un accusé qui peut être jugé sommairement peut choisir d'être jugé devant une cour martiale.

162.2 Lorsque l'accusé choisit d'être jugé par une cour martiale, l'accusation est transmise au directeur des poursuites militaires conformément aux règlements du gouverneur en conseil.

La cour martiale est, elle-aussi, définie à l'article 2 de la *Loi* :

« cour martiale » La cour martiale pouvant siéger sous les différentes appellations de cour martiale générale, cour martiale générale spéciale, cour martiale disciplinaire ou cour martiale permanente.

[17] Force est de conclure de la lecture des remarques du juge Létourneau dans l'arrêt *Nystrom* que le sens qu'il donne à l'expression « le choix du mode de procès » vise uniquement « le choix du type de cour martiale ». Or, même s'il est exact de dire que le pouvoir de choisir le type de cour martiale a été accordé au poursuivant qu'est le directeur des poursuites militaires par l'article 165.14, il est tout aussi exact de préciser que ce pouvoir n'a jamais été exercé par l'accusé en matière de justice pénale militaire au Canada. Immédiatement avant l'entrée en vigueur de l'article 165.14 de la *Loi*, ce pouvoir appartenait à l'autorité convocatrice qui était désignée par les règlements du gouverneur en conseil. Les parties s'entendent à l'effet qu'avant 1998, l'acte d'accusation était généralement signé par le commandant de l'accusé qui le transmettait aux différents échelons de la chaîne de commandement jusqu'à ladite autorité convocatrice qui faisait partie, elle-aussi, de la chaîne de commandement.

[18] Bref, le pouvoir de choisir le type de cour martiale était, à toutes fins pratiques, dans les mains du poursuivant. L'effet de l'article 165.14 a été de soustraire ce pouvoir qui appartenait à la chaîne de commandement pour le transmettre au directeur des poursuites militaires qui jouit, lui, d'une protection et d'une indépendance institutionnelles à l'endroit de l'exécutif qu'est la chaîne de commandement des Forces canadiennes.

[19] Même si le requérant s'appuie essentiellement sur l'*obiter dictum* de l'honorable juge Létourneau dans l'affaire *R. c. Nystrom*, il reconnaît toutefois que la question en litige — soit celle de la détermination du type de la cour martiale pour juger un accusé par une personne autre que l'accusé — que cette question a été

traitée directement dans l'affaire *R. c. Lunn* [1993] 5 C.A.C.M., où l'ancien juge en chef de la Cour d'appel de la cour martiale, l'honorable juge Mahoney, au nom d'une cour unanime, affirmait aux paragraphes 13 et 14 :

Ce n'est pas l'autorité convocatrice, qui décide du mode de procès et nomme le procureur de la poursuite, qui peut porter atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; c'est la cour martiale même qui peut le faire. C'est aussi la cour martiale, plutôt que l'autorité convocatrice, qui a l'obligation de tenir un procès public et équitable et d'agir comme un tribunal indépendant et impartial. Les personnes qui décident de porter des accusations et d'engager des poursuites doivent agir en conformité avec la loi, mais elles ne sont pas tenues en droit à l'indépendance et à l'impartialité. Ce qu'on attend d'elles, c'est qu'elles agissent d'une manière qui ne soit pas susceptible de discréditer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable et bien informée.

À mon avis, l'existence et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité convocatrice de choisir une forme particulière de cour martiale n'ont aucune incidence sur les droits garantis à l'accusé par l'article 7, l'alinéa 11*d*) et le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Si, dans un cas particulier, il était établi que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à des fins ou pour des motifs irréguliers, il serait certainement possible d'accorder réparation à l'accusé en vertu de l'article 24. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

[20] Même s'il reconnaît que les décisions de la Cour d'appel de la cour martiale dans les arrêts *Lunn* et *Nystrom* semblent irréconciliables, le requérant soumet néanmoins que l'importance des propos du juge Létourneau dans l'affaire *Nystrom* ont un tel poids juridique qu'elle permet à cette cour de s'écarter de l'arrêt *Lunn*. Cette prétention ne m'apparaît pas fondée en droit. Que cette cour partage ou non l'inquiétude du juge Létourneau sur les principes sous-jacents qui empêchent aujourd'hui un justiciable du Code de discipline militaire de choisir le type de Cour martiale par l'effet de l'article 165.14, force est de constater que la Cour d'appel de la cour martiale a expressément choisi de ne pas discuter de la constitutionnalité de l'article 165.14 de la *Loi* comme le précisait lui-même le juge Létourneau à la première phrase du paragraphe 64 de l'affaire *Nystrom*. Si elle l'avait fait, cette cour croit respectueusement qu'elle n'aurait pu passer outre ou ignorer sa propre décision dans l'arrêt *Lunn* qui fut rendue après les décisions de la Cour suprême dans les affaires *R. c. Swain* et *R. c. Bain* citées par le juge Létourneau. La Cour d'appel de la cour martiale dans l'affaire *R. c. Lunn* bénéficiait des principes qui avaient été mentionnés dans les arrêts *Swain* et *Bain*. Il est aussi opportun de souligner que les propos du juge en chef Mahoney dans l'affaire *Lunn* ont été repris par la Cour d'appel de la cour martiale le 6 janvier 1995, dans l'affaire *R. c. Brown*, 5 C.A.C.M. 280, quoique dans un autre contexte.

[21] Il ne fait aucun doute que cette cour ne peut accepter les prétentions du requérant parce qu'elles font fi de l'application de la règle du *stare decisis*. La Cour d'appel de la cour martiale a déjà affirmé le principe dans la décision unanime *R. c. Lunn* que l'existence et l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une personne autre que l'accusé de choisir une forme particulière ou un type de cour martiale n'ont aucune incidence sur les droits garantis à l'accusé par l'article 7, l'alinéa 11 *d*) et le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Ce pouvoir n'est toutefois pas exempt de révision s'il était établi que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à des fins ou pour des motifs irréguliers, et dans un tel cas, il serait possible effectivement d'accorder réparation à l'accusé en vertu de l'article 24 de la *Charte*. Or, il est aussi vrai que dans cette cause le requérant n'a pas établi que c'était le cas en l'espèce.

Dispositif

[22] Pour ces raisons, la Cour rejette la requête présentée par la défense.

Addenda

Cet addenda provient du verdict de cette même cause (2007 CM 1003) et est pertinent à cette décision sur requête.

[1] Avant de rendre la décision de cette cour sur le verdict, j'aimerais apporter la précision suivante à l'égard de la décision de la cour relativement à la requête présentée par la défense la semaine dernière. Vous vous souviendrez que j'ai mentionné que l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* n'avait pas été modifié par le projet de loi C-25, devenu le chapitre 35 des lois de 1998, lorsque je traitais de l'accroissement de la compétence des tribunaux militaires qui a fait l'objet de la modification de l'article 70 de la *Loi sur la défense nationale* pour y inclure les agressions sexuelles commises au Canada. Cet énoncé est exact, mais il est exact en ce qui a trait à l'accroissement de la compétence des tribunaux militaires et c'est dans ce contexte que j'ai fait cette affirmation parce qu'il est inexact de dire que l'article 130 n'a pas été modifié du tout, il y avait des modifications d'ordre cosmétique ou accessoire dans ce contexte-là pour d'autres fins. Mais, comme je le répète, ça n'avait pas trait à la substance même de l'article, donc les propos que j'ai faits dans le contexte précis de la requête. En d'autres termes, cela n'affecte en rien, évidemment, la décision de la cour sur la requête présentée par la défense, mais je voulais apporter ces précisions.

COLONEL M. DUTIL, J.M.C.

Avocats :

Major B. McMahon, la Direction des poursuites militaires

Procureur pour la poursuivante-intimée

Évelyne Borkowski-Parent, la Direction des poursuites militaires

Procureure Adjointe pour la poursuivante-intimée

Major C.E. Thomas, la Direction du service d'avocats de la défense

Avocat de la défense pour l'élève-officier J.S.K. Trépanier

Lieutenant de vaisseau P. Desbiens, la Direction du service d'avocats de la défense

Avocat de la défense adjoint pour l'élève-officier J.S.K. Trépanier