

**Citation :** *R. C. Ex-Caporal S.C. Chisholm*, 2006 CM 07

**Dossier :** C200607

**COUR MARTIALE PERMANENTE  
CANADA  
ONTARIO  
BASE DES FORCES CANADIENNES, BORDEN**

---

**Date :** 22 mars 2006

---

**SOUS LA PRÉSIDENTE DU CAPITAINE DE FRÉGATE P.J. LAMONT, J.M.**

---

**SA MAJESTÉ LA REINE**

**c.**

**EX-CAPORAL S.C. CHISHOLM  
(Accusé)**

---

**DÉCISION RELATIVEMENT À UNE FIN DE NON-RECEVOIR CONFORMÉ-  
MENT À L'ARTICLE 112.24 DES ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS  
ROYAUX APPLICABLES AUX FORCES CANADIENNES FAISANT VALOIR  
QUE L'ARTICLE 165.14 DE LA *LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE* EST  
INCONSTITUTIONNEL, ALLANT À L'ENCONTRE DE L'ARTICLE 7 DE LA  
*CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS*.  
(Oralement)**

---

**TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE**

[1] L'article 165.14 de la *Loi sur la défense nationale*<sup>1</sup> est rédigé en ces termes:

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.

[2] À l'ouverture de son procès devant la cour martiale permanente, le demandeur, l'ex-caporal Chisholm, invoque une fin de non-recevoir conformément à l'article 112.24 des *Ordonnances et règlements royaux applicable aux Forces canadiennes* et fait valoir que l'Article 165.14 est inconstitutionnel, au motif qu'il va à l'encontre

---

<sup>1</sup> L.C.R. 1985, ch. N-5, modifié

de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'Article 7 garantit le droit à la sécurité de sa personne et le fait qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le demandeur prétend que l'article 165.14 confère au directeur des poursuites militaires un pouvoir décisionnel lui permettant de choisir le mode de procès devant la cour martiales, que ce choix du mode de procès devrait appartenir à l'accusé et que par conséquent, cet article devrait être déclaré inopérant conformément à l'Article 52 de la *Charte*.

[3] Le demandeur fait valoir de plus que si l'article est inconstitutionnel, le directeur des poursuites militaires n'avait pas en l'espèce l'autorité de porter des accusations contre l'accusé par voie de procès devant la cour martiale permanente, et, par conséquent, la cour n'a pas compétence pour engager des poursuites.

[4] L'ex-caporal Chisholm est accusé de deux infractions pour désobéissance aux ordres du commandant et d'une infraction pour avoir porté une fausse accusation contre un militaire du rang, et une accusation en alternative est portée contre lui pour avoir commis un acte préjudiciable au bon ordre et à la discipline, le tout, en violation de la *Loi sur la défense nationale*. Les infractions auraient été commises lorsque l'accusé était membre de la force de réserve. Par conséquent, dans la présente cause, au moment où les accusations étaient portées contre le contrevenant le 20 septembre 2005, le directeur des poursuites militaires (DPM) avait la possibilité d'exiger un procès devant la cour martiale permanente, c'est-à-dire, soit devant un juge militaire siégeant seul ou soit devant une cour martiale générale ou une cour martiale disciplinaire composée d'un juge militaire et d'un comité formé de trois ou de cinq membres des Forces canadiennes dont le rôle est semblable à celui d'un jury dans le cadre d'une instruction d'un acte d'accusation sous le régime du *Code criminel*.

[5] Agissant en vertu de l'Article 165.14, le DPM a choisi un procès devant la cour martiale permanente.

[6] Il convient, je crois, de rappeler ce que la présente demande *ne concerne pas*. Premièrement, le demandeur ne cherche pas à obtenir une ordonnance voulant que les accusations portées soient instruites devant jury, bien que l'avocat prétende qu'un tribunal civil aurait compétence pour se prononcer sur ces infractions en vertu de la *Loi sur la défense nationale*. Il subsiste un doute réel dans mon esprit quant à l'exactitude de cette proposition, mais je n'ai pas à statuer sur cette questions en l'espèce.

[7] Deuxièmement, l'avocat du demandeur ne demande par à la cour d'ordonner qu'il subisse son procès devant une cour martiale générale ou une cour martiale disciplinaire pour ces accusations. En effet, l'avocat soutient que la cour n'a pas compétence pour rendre une telle ordonnance car cela aurait pour effet d'infirmier la décision prise par le DPM.

[8] Troisièmement, le demandeur ne remet pas en question la décision du DPM dans la présente cause d'exiger un procès devant la cour martiale permanente pour des raisons par exemple liées au principe de l'équité ou pour tout autre motif. Il fait valoir cependant que l'article de la *Loi sur la défense nationale* qui permet au DPM de prendre une telle décision est contraire au droit garanti par la *Charte* et qu'il est par conséquent inconstitutionnel.

[9] Le demandeur appuie son argument sur la décision rendue par le juge Létourneau s'exprimant au nom de la Cour d'appel de la cour martiale dans l'affaire *R. c. Nystrom*<sup>2</sup>. Dans cette cause, l'inculpé a été accusé d'agression sexuelle causant des lésions corporelles. Lors de son procès devant la cour martiale permanente et en appel de la déclaration de culpabilité de l'infraction incluse d'agression sexuelle, l'inculpé a soulevé la questions qui nous intéresse en l'espèce, soit la constitutionnalité de l'article 165.14.

[10] Le juge Létourneau a exprimé sa profonde inquiétude quant à cette disposition de la *Loi sur la défense nationale*, en particulier parce que la compétence des cours martiales a été étendue en 1999 pour inclure les procès pour agressions sexuelles avec, de façon concomitante, la perte du droit à un procès devant jury si de telles infractions étaient instruites devant un cour martiale au lieu d'un tribunal civil. Il écrit au paragraphe 70:

Si ce n'était de l'article 165.14 ici contesté, il ne serait pas nécessairement déraisonnable de penser que cette perte est en quelque sorte compensée par la possibilité d'obtenir un procès devant soit une Cour martiale disciplinaire (article 169 de la Loi), soit une Cour martiale générale (article 166), lequel, sans en être un, s'apparente à un procès par jury. L'accusé peut alors être jugé par une formation de trois ou de cinq militaires, assistée d'un juge militaire, plutôt que par un juge militaire seul. Mais voilà, et c'est là que le bât blesse, le choix de ces modes de procès appartient à la poursuite alors que, on le sait, si un militaire était poursuivi devant les tribunaux civils pour une même infraction donnant ouverture à une élection quant au mode de procès, le choix du mode serait le sien et non celui du poursuivant.

Il ajoute au paragraphe 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...

[11] Après avoir cité des statistiques démontrant que depuis septembre 1999, il y a eu 220 procès devant la cour martiale, dont seulement quatre se sont déroulés devant la cour martiale générale ou disciplinaire, et qu'aucun des 120 à 125 procès tenus depuis 2003 ne s'est déroulé devant l'une de ces cours, ce qui fait conclure au juge

---

<sup>2</sup> 2005 C.M.A.J. no 8

Létourneau que ces statistiques « rendent presque inéluctable une conclusion d'un usage abusif du pouvoir de l'article 165.14 ».

[12] La cour fait observer au paragraphe 78 :  
... je crois que le choix du mode de procès participe d'un bénéfice, d'un élément de stratégie ou d'un avantage tactique associé au droit ... 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...

[13] Mais la cour n'est pas allée jusqu'à dire expressément que l'article 165.14 était inconstitutionnel. Elle a plutôt décidé que le verdict de culpabilité à l'encontre de Nystrom était déraisonnable et y a substitué un verdict d'acquiescement.

[14] Le juge Létourneau a fait remarquer, compte tenu de sa conclusion quant au caractère raisonnable du verdict, qu'« [il n'est] pas nécessaire de discuter de la constitutionnalité de l'article 165.14... ». Cela soulève par conséquent la question de savoir si la cour est liée par la doctrine du précédent, ou du *stare decisis*, pour reprendre le raisonnement du juge Létourneau en vue de statuer sur la validité constitutionnelle de l'article 165.14.

[15] Les tribunaux inférieurs sont tenus de suivre les directives que les tribunaux d'instance supérieure émettent à leur intention sur des questions d'interprétation de la loi mais, en règle générale, cette règle s'applique uniquement à la décision rendue par le tribunal supérieur et pas nécessairement à chacune des observations faites par ce tribunal pour rendre jugement<sup>3</sup>. Après des réflexions tourmentées et sans avoir hésité considérablement, j'ai conclu que je ne suis pas lié par ce qui a été exprimé dans le cadre de la décision rendue dans l'affaire *Nystrom* pour me prononcer sur l'inconstitutionnalité de l'article 165.14.

[16] En vertu du droit militaire anglais, une cour martiale se composait d'un tribunal formé d'officiers nommés pour entendre une cause en particulier. Dans le cas de la cour martiale générale, elle était assistée d'un juge-avocat, d'un officier ayant une formation juridique qui, dans le cadre de ses fonctions, conseillait la cour sur diverses questions d'ordre juridique. Le choix du type de cour martiale, qu'il s'agisse d'une cour martiale générale, régimentaire, ou d'une cour martiale générale de campagne, était dicté par la nature de l'infraction reprochée et le grade de l'accusé, ou était exercé par les autorités militaires sans égard aux désirs de l'accusé.

[17] Le Canada a hérité de ces processus, et ceux-ci étaient prévus dans la *Loi sur la défense nationale* de 1950<sup>4</sup>. La *Loi* prévoyait également la mise sur pied d'une

---

<sup>3</sup> R. c. *Henry*, 2005 R.C.S. 76.

<sup>4</sup> S.C. 1950, ch. 43

cour martiale permanente composée d'un officier ayant reçu une formation juridique et qui agissait en tant que juge du droit et des faits, mais ce tribunal n'était constitué qu'en cas d'urgence.

[18] L'histoire de la cour martiale permanente en tant qu'institution est retracée par le juge Maloney de la Cour d'appel de la cour martiale dans l'affaire *R. c. Ingebrigtsen* (1989) 5 CMAR 87, aux pages 91 à 94. Ce n'est qu'en 1967 qu'est né le précurseur de la cour martiale permanente sous sa forme actuelle, ayant compétence sur presque tous les membres du service pour quelque infraction que ce soit liée au service, mais avec des pouvoirs limités en matière de peine. Bien entendu, les cours martiales générales et disciplinaires ont continué d'exister, et la décision de savoir quel type de tribunal pouvait entendre la cause était prise par l'autorité convocatrice.

[19] Par suite des modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* et introduites par le projet de loi C-25 en 1998, le pouvoir qui était autrefois exercé par l'autorité convocatrice en vue de choisir le mode de procès en cour martiale repose désormais sur le directeur des poursuites militaires lorsqu'il agit en vertu de l'article 165.14.

[20] Comme l'a noté le juge Létourneau dans l'affaire *Nystrom*, une cour martiale générale ou disciplinaire n'est pas un procès par jury. Néanmoins, il existe d'importantes similitudes entre un procès devant jury en vertu du *Code criminel* et une cour martiale générale ou disciplinaire sous le régime de la *Loi sur la défense nationale*. Dans les deux cas, le rôle important que jouent le juge des faits et celui qui détermine le verdict est exercé par des personnes qui n'ont reçu aucune formation juridique, lesquelles sont recrutées au sein de la même communauté que celle de l'accusé et agissent collectivement, en suivant les directives que leur donne le juge, en vue de déterminer les faits, de rendre des décisions concernant la crédibilité des témoins et de juger si l'accusé est coupable ou non coupable.

[21] Je souhaite respectueusement exprimer mon accord avec l'observation du juge Létourneau dans *Nystrom* voulant que le choix du mode de procès devant la cour martiale soit considéré comme une décision tactique qui peut être prise de façon appropriée dans l'intérêt de la partie qui a le pouvoir de faire ce choix. Lorsque ce choix est fait par la poursuite, cela ne relève pas uniquement de son pouvoir discrétionnaire, devant lequel la cour, parmi l'ensemble des autorités, devrait hésiter à s'interposer. Il s'agit d'un choix tactique qui peut être fait en vue d'obtenir un verdict de culpabilité. À ce titre, on ne peut laisser ce choix mener à un procès injuste pour l'accusé.

[22] Il est vrai que l'effet de l'article 165.14 est de refuser ce choix tactique à un accusé traduit en cour martiale, mais je ne peux pas conclure que le défaut de refuser à l'accusé le droit absolu de choisir son mode de procès en cour martiale viole les principes de justice fondamentale. À mon avis, et avec le plus grand respect pour ceux

qui sont d'avis contraire, la capacité de faire le choix tactique du mode de procès devrait varier selon les circonstances de la cause.

[23] En guise d'exemple, plus l'infraction reprochée est grave, comme le révèle la peine maximale prévue par la loi pour l'infraction, plus l'intérêt de l'accusé à vouloir exercer le choix tactique de son mode de procès sera élevé. Il s'agit là de la pierre angulaire qui a fait en sorte que le droit à un procès devant jury soit enchâssé dans le *Code criminel*. Des infractions plus graves sous le régime du *Code criminel* sont portées par voie de mise en accusation, et ces causes sont présumées se dérouler devant jury à moins que l'accusé choisisse de subir son procès devant un juge siégeant seul<sup>5</sup> (sous réserve du droit du procureur général d'exiger un procès par jury). Bien entendu, la *Charte* garantit à l'alinéa 11*f*) le droit constitutionnel à un procès devant jury pour des infractions qui sont passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq ans ou plus.

[24] Autre exemple : l'accusé peut avoir un intérêt manifeste à faire le choix tactique d'un mode de procès où la question centrale en litige porte sur la crédibilité d'un seul témoin contre celle de l'accusé. Les cours martiales générales et disciplinaires rendent leur verdict de culpabilité ou de non culpabilité par un vote majoritaire. Un accusé peut très bien considérer que ses chances de soulever un doute quant à sa culpabilité dans l'esprit d'une majorité des membres d'un tribunal sont plus élevées que celles de soulever ce même doute dans l'esprit d'un juge siégeant seul. Voilà le genre de calcul stratégique auquel se livre invariablement la défense face à des accusations intentées en vertu du *Code criminel*. Il s'agit là d'un moyen valide et acceptable d'assurer sa défense face à des accusations criminelles.

[25] Il existe vraisemblablement d'autres circonstances en vertu desquelles l'intérêt de l'accusé à exercer le choix tactique de son mode de procès devant la cour martiale est tel qu'il justifie l'annulation de la décision prise par le DPM aux termes de l'article 165.14.

[26] Je suis loin d'affirmer qu'un accusé devrait toujours avoir le droit d'exercer ce choix tactique; par ailleurs, des circonstances peuvent se produire dans le cadre desquelles un accusé traduit en cour martiale devrait être autorisé, par souci d'équité, à exiger que la question de la culpabilité ou de l'innocence soit tranchée par un tribunal. À mon avis, ces questions devraient être résolues au cas par cas dans le contexte de la garantie constitutionnelle que constitue le droit à un procès équitable enchâssée à l'alinéa 11*d*) de la *Charte*.

[27] Un accusé a toujours la liberté de demander à la poursuite que l'audience en cour martiale se tienne devant un tribunal. Lorsqu'il s'agit de statuer sur une question liée au mode de procès soulevée par l'accusé et par la poursuite, une demande

---

<sup>5</sup> *Code criminel* L.R.C.1985, ch .C-46, art. 471

préliminaire doit être déposée auprès du juge militaire. Dans le cadre de cette demande, il incombe à l'accusé de démontrer que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par la poursuite visant à déterminer le mode de procès en cour martiale devrait être réexaminé en raison de considérations constitutionnelles, à savoir si ce pouvoir discrétionnaire a été exercé de manière arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres ou s'il y a eu abus de procédure<sup>6</sup>.

[28] Cette démarche démontre la difficulté soulevée par le juge Létourneau lorsqu'il faisait référence à la possibilité pour la poursuite d'abuser de son droit légal de choisir le mode de procès en cour martiale.

[29] Des questions semblables sont soulevées dans le contexte civil lorsque la poursuite refuse de consentir à la demande de nouveau choix par l'accusé quant au mode de procès. Voir par exemple, *R. c. McGregor* (1999) 43 O.R. (3d) 455. L'approche correcte, à mon avis, n'est pas de dispenser une partie de satisfaire aux exigences légales prévues au *Code criminel* en vue d'obtenir le consentement de la poursuite à une demande de nouveau choix car il peut arriver qu'il y ait usage abusif du droit de refuser son consentement, mais pour permettre plutôt à la cour de prendre en considération les intérêts opposés et, s'il y a lieu, d'accorder un recours qui garantit un procès équitable à l'accusé.

[30] Il découle de ce qui précède que je ne suis pas d'accord avec les observations de l'avocat du demandeur voulant que la cour n'ait pas compétence pour remédier à une injustice subie par l'accusé en raison du choix du mode de procès en cour martiale exercé par le DPM en vertu de l'article 165.14.

[31] Pour ces motifs, je conclus que l'article 165.14 n'est pas invalide car il ne prive pas l'accusé de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et du fait qu'il ne peut y être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Un procès équitable, tel qu'il est garanti par l'alinéa 11*d*) de la *Charte*, suffit pour protéger le droit prévu à l'article 7 dans le présent contexte. Toute injustice quelle qu'elle soit durant le procès, découlant de l'exercice par la poursuite de son droit de déterminer le mode de procès devant la cour martiale, peut être redressée par la cour elle-même dans des circonstances appropriées.

[32] La fin de non-recevoir est rejetée.

CAPITAINE DE FRÉGATE P.J. LAMONT, JM

---

<sup>6</sup> *R. c. Noseworthy* 2002 CanLII 6581 (C.S. Ont.)

Avocats:

Le Major J-B. Cloutier, Directeur des poursuites militaires

Procureur de Sa Majesté la Reine

Le Major A.M. Tamborro, Directeur des poursuites militaires

Procureur de Sa Majesté la Reine

Le Capitaine de corvette G.W. Thompson, Directeur des poursuites militaires

Procureur de Sa Majesté la Reine

Le Lieutenant-colonel J.J.M. Dugas, Direction du service d'avocats de la défense

Avocat de l'ex-caporal S.C. Chisholm

Le Capitaine de corvette J.C.P. Levesque, Direction du service d'avocats de la défense

Avocat de l'ex-caporal S.C. Chisholm