

CANADA'S MILITARY JUSTICE SYSTEM IS IN A MELTDOWN: WILL GOVERNMENT ACT?



COLONEL-MAÎTRE® MICHEL W. DRAPEAU, O.M.M., C.D.

and

HONOURABLE GILLES LÉTOURNEAU, Q.C.

in collaboration with

Mr. JOSHUA JUNEAU

and

Me STÉFANIE BÉDARD

The need to reform military law and justice to better regulate
military service

**CANADA'S MILITARY JUSTICE SYSTEM IS
IN A MELTDOWN:
WILL GOVERNMENT ACT?**

By

COLONEL-MAÎTRE® MICHEL W. DRAPEAU, O.M.M., C.D.

and

HONOURABLE GILLES LÉTOURNEAU, Q.C.

in collaboration with

Mr. JOSHUA JUNEAU

and

Me STÉFANIE BÉDARD

2021

Bibliothèque et Archives du Canada
Library and Archives Canada

Drapeau, Michel W., 1943 –
Létourneau, Gilles, 1945 –

avec / with

Juneau, Joshua, 1981 –
Bédard, Stéphanie, 1994 –

Canada's Military Justice System is in a Meltdown: Will Government Act?

Le système de justice militaire du Canada est en voie de s'effondrer : Est-ce que le gouvernement va agir?

Texte en français et en anglais.
Texte in English and in French.

Document produit par le Cabinet juridique Michel Drapeau. Tous droits réservés.
Document produced by Michel Drapeau Law Office. All rights reserved.

Imprimé au Canada.
Printed in Canada.

2021.

ISBN 978-1-7750416-1-0

FOREWORD

Cognizant of the growing and persistent systemic flaws found in the military justice system as exposed by several official reports,¹ as well as the cultural issues plaguing our military as recently reported by Canadian media (briefly outlined below)², we are convinced of the urgent need to reinforce its trustworthiness, independence, and fairness. Recently, the military has faced an unprecedented crumbling of the organisation as we know it, and the deep-rooted, systemic issues within the Canadian Armed Forces [CAF] are starting to be exposed to the civilian world.

- a. Since February 2021, both the former and current Chiefs of Defence Staff face media attention in relation to allegations of sexual misconduct. First, retired General Jonathan Vance is currently under investigation concerning allegations of inappropriate behaviour during his military service made by two women who were subordinates.³ General Vance was the architect of the 2016 Operation Honour – the program designed to combat sexual misconduct in the military. At the time, General Vance explained the *raison d'être* for implicating the chain of command in reports of sexual misconduct, claiming that, as CDS, he wanted to be personally apprised of every single complaint of sexual misconduct or harassment within the CAF. Second, Admiral Art McDonald, who was General Vance's successor and who also acted as the Commander of the Royal Canadian Navy during much of the Operation Honour era, was suspended from his duties amid an investigation into allegations of sexual misconduct.
- b. Weeks later, reports surfaced in the media that Chief of Military Personnel and Commander of Military Personnel Command, Vice-Admiral Haydn Edmundson, had been subject to allegations of inappropriate behaviour with females subordinates in the late 1990's.
- c. In early March 2021, the Minister of National Defence announced the appointment of a new Vice Chief of the Defence Staff. The new appointee would be the eighth (8th) general officer to serve in that important and prestigious position since 2016. Such a record high turnover rate of executive-level leadership can only lead to potential instability and turbulence in the entire CAF organization.

¹ In particular: the Honourable Marie Deschamps, retired Justice of the Supreme Court of Canada, External Review Authority (27 March 2015) *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces – Recommendations*; Statistics Canada, “*Sexual misconduct in the Canadian Armed Forces, 2016*”, in *The Daily* (28 November 2016), catalogue no. 11-001-X; Office of the Auditor General, *Report 3 – Administration of Justice in the Canadian Armed Forces*, 2018 Spring Reports of the Auditor General of Canada to the Parliament of Canada; and Statistics Canada, “*Sexual misconduct in the Canadian Armed Forces, 2018*”, in *The Daily* (22 May 2019), catalogue no. 11-001-X.

² Over the past decade alone there has been a proper, balanced and accurate newsworthy coverage of such a military justice issue, in order to improve public understanding of this specialized and little-known field of Canadian law. For instance, in April 2014, after an 8-month investigation, *MacLean's* and *Actualité* magazines each published a long exposé on sexual misconduct in the armed forces titled “*Our Military's Disgrace*”. On April 21, 2016, *Radio-Canada* aired a documentary “*Femmes au Combat*” chronicling the story of five women who dared to complain about incidents of sexual assaults and in doing so put their military careers at risk. “*Femmes au combat*” openly questioned both the efficacy of courts martial and the measures taken by the Canadian Forces leadership under Operation Honour to change the military culture. On March 12, 2021 CBC's Fifth Estate televised another documentary titled “*Broken Honour. Sexual Misconduct in the military*”. That CBC investigation revealed how military police and military justice officials “*fell below the standards of the civilian world, and how the man at the top, General Jonathan Vance, touted the program's success even though it secured few criminal convictions.*”

³ In 2018, the then DND/CAF Ombudsman brought one of these allegations to the Minister of National Defence, which was then passed on by his staff to the Privy Council Office. Recently, the Minister explained that he did not intervene as this would have amounted to “*political interference.*”

- d. After a decade-long quest for justice, victim of sexual assault and advocate for victims' rights Stéphanie Raymond learned that her assailant would plead guilty before the Québec Superior Court of Justice.⁴

Things could have had a different outcome had an Inspector General of the Armed Forces been appointed as strongly recommended in 1997 by the Commission of Inquiry into the Deployment of the Canadian Airborne Regiment.

“Control by Parliament is essential to democracy in Canada and to the well-being of the relationship between the CF and society, but this is made difficult by the vast amount of information in the CF and DND and by the technical nature and necessary secrecy of defence policy and defence relations with other states [...] There are no routine reports to Parliament by the CDS and DND beyond those provided during the annual departmental estimates process. This handicaps Parliament in its role of supervising military affairs because it does not have easy access to critical analyses of defence matters. The evidence before us suggests that this has resulted in a serious deficiency in the oversight of the CF and DND by Parliament and in the treatment of members of the CF who have grievances against individuals in the chain of command. [...] We believe that a civilian Inspector General, properly supported and directly responsible to Parliament, must form an essential part of the mechanism Canadians use to oversee and control the CF and the defence establishment. [...] The Inspector General of the Armed Forces should be appointed by the Governor in Council and make accountable to Parliament. He should be a civilian and have broad authority to inspect, investigate, and report on all aspects of national defence and the armed forces. The Inspector General, moreover, should be provided with resources including auditors, investigators, inspectors and support personnel.”⁵

The creation of such an office would have provided victims with access to a trusted and independent office to investigate allegations of misconduct and Parliament would have been able to rely on the presence of a dedicated and skilled office to investigate and report on any such matters of impropriety or abuse.

Our conclusion is that substantial structural reforms, including the creation of an independent office of Inspector General, must be implemented if the military justice system is to be allowed to continue to function, for it no longer meets the minimum standards of human rights, justice and procedural fairness. Our military personnel deserve better.

Ottawa, Ontario
March 2021

⁴ Mme Raymond was a young corporal when she was sexually assaulted by her superior, Warrant Officer André Gagnon, on a defence establishment in 2011. When the CF NIS failed to investigate her sexual assault complaint, she filed a harassment complaint with the CAF, and her chain of command suggested that she partake in a mediation procedure. She was then transferred out of her unit. After the cancellation of her scheduled promotion to the rank of Master Corporal, Mme Raymond was compulsorily released by the military in 2012 – on the date marking the anniversary of her assault. In March 2013, WO Gagnon was first charged under section 129 of the *Code of Service Discipline*. Only, after the national media showed an interest in the matter was WO Gagnon charged under the *Criminal Code* for the sexual assault. He was subsequently found not guilty by a Court martial in August 2014. The case was appealed to the Court Martial Appeals Court and then to the Supreme Court of Canada, where a *de novo* trial was ordered and to be conducted before the civilian criminal court. In Mars 2021, WO Gagnon plead guilty to sexual assault.

⁵ Volume 2, Chapter 16 “Accountability” of Canada, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia, *Dishonoured legacy: the lessons of the Somalia Affair - report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*, 1997 (CP32-65/1997), at pp 397-403.

Acronyms and Abbreviations	a
Table of Proposed Changes	A
Part I – General	1
Introduction	1
Military Law Defined	1
Call for Reforms	4
Purpose	5
Background and Expertise	5
Colonel-Maître Michel W. Drapeau	5
Honourable Justice (ret'd) Gilles Létourneau	6
Published Authors in Canadian Military Law	7
Part II – Modernization of Military Justice	8
Generally	9
Constitutional Issues	9
Part III A – Prior Published Submissions for Reforms	10
Canadian Bar Review 2003	11
Forfeiture of Seniority	11
Reprimands	11
Military Justice in Action – 2015	12
Differential penalties for same offences	12
The loss of the constitutional right to a jury trial	13
The loss of the benefits of a hybrid offence	14
The loss of a preliminary inquiry	14
The right of appeal	14

The power to review and substitute findings and punishments or to commute or remit punishments	15
The sentencing range	15
A criminal record for a disciplinary offence	16
Behind the Times : Modernization of Military Justice – 2017	16
The loss of the constitutional right to a jury trial	17
The lack of independence of the prosecution services	17
The lack of independence of the defence counsel services	17
The scope of the prosecution and the accused’s right of appeal	18
The Minister of National Defence’s power to appeal	18
The Chain of Command’s power to issue search warrants	19
The scope of the arrest power and the duty not to arrest	20
The Chain of Command’s power to review and substitute findings and punishments	21
Military Police independence	21
DND/CAF Boards of inquiry and Coroner’s inquests	23
The right to grieve	24
CAF jurisdiction over sexual assault	26
Freedom of association	30
Part III B: Current Recommendations for Reforms	31
Office of the JAG	31
Misleading title	32
JAG has a plenipotentiary mandate	32
Denial of right to legal counsel	35
Superintendence of the military justice system	37

Parliamentary oversight over military justice	38
Lack of independence of military judges	40
Courts martial	42
2008 Bronson (DMP) Report	42
2009 Bronson (DDCS) Report	43
2017 Court Martial Comprehensive Review	43
2018 Auditor General Report	44
Military Justice and <i>Criminal Code</i> Offences	45
Military Police and power to arrest without a warrant.	45
Duplicating offences and punishment	46
Promotion and Appointment of Generals / Admirals	47
Appointment made by the Governor in Council	47
Senior Appointments made by the Chief of Defence Staff (CDS)	47
Promotions and appointments of generals and admirals	47
Commentary	48
Dishonourable Release	50
Professionals (Specialists) with Military Ranks	51
Delayed Implementation of Statutes	52
<i>Strengthening Military Justice in the Defence of Canada.</i>	52
<i>An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts.</i>	53
Conclusion	54
Index	i

Acronyms and Abbreviations

English / Anglais		Français / French	
BOI	Board of Inquiry	CE	Commission d'enquête
CAF	Canadian Armed Forces	FAC	Forces armées canadiennes
CDS	Chief of the Defence Staff	CÉMD	Chef d'état-major de la défense
CFMP	fCanadian Forces Provost Marshal	GPFC	Grand prévôt des Forces canadiennes
CF NIS	Canadian Forces National Investigation Service	SNE FC	Service national des enquêtes des Forces canadiennes
CMAC	Court Martial Appeal Court	CACM	Cour d'appel de la cour martiale
CO	Commanding Officer	Cmdt	Commandant
CM	Court Martial	CM	Cour martiale
CSD	<i>Code of Service Discipline</i>	CDM	<i>Code de discipline militaire</i>
Cr. C.	<i>Criminal Code of Canada</i>	C. cr.	<i>Code criminel du Canada</i>
DAOD	<i>Defence Administrative Orders and Directives</i>	DOAD	<i>Directives et ordonnances administratives de la Défense</i>
DDCS	Director of Defence Counsel Services	DSAD	Directeur Service d'avocats de la défense
DM	Deputy Minister	SM	Sous-ministre
DND	Department of National Defence	MDN	Ministère de la Défense nationale
DND/CF LA	Department of National Defence/ Canadian Forces Legal Advisor	CJ MDN/FC	Conseiller juridique après du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes
DMP	Director Military Prosecutions	DPM	Directeur des poursuites militaires
FA	Final Authority in the Grievance Process	ADI	L'autorité de dernière instance en matière de griefs
HQ	Headquarters	QG	Quartier général
HMCS	Her Majesty's Canadian Ship	NCSM	Navire canadien de Sa Majesté

Acronyms and Abbreviations

IA	Initial Authority in the Grievance Process	AI	Autorité initiale en matière de griefs
JAG	Judge Advocate General	JAG	Juge-avocat général
MGER C	Military Grievances External Review Committee	CEEGM	Comité externe d'examen des griefs militaires
MND	Minister of National Defence	MDN	Ministre de la Défense nationale
MP	Military Police	PM	Police militaire
MPCC	Military Police Complaints Commission	CPPM	Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire
NCM	Non-Commissioned Member	MR	Militaire du rang
NDA	<i>National Defence Act</i>	LDN	<i>Loi sur la Défense nationale</i>
NDHQ	National Defence Headquarters	QGDN	Quartier général de la Défense nationale
NIS	National Investigation Service	SNE	Service national des enquêtes
PM	Provost Marshal	GP	Grand prévôt
QR&O	<i>Queen's Regulations and Orders</i>	ORFC	<i>Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes</i>
RCAF	Royal Canadian Air Force	ARC	Aviation royale canadienne
RCMP	Royal Canadian Mounted Police	GRC	Gendarmerie royale canadienne
RCN	Royal Canadian Navy	MRC	Marine royale du Canada
RF	Regular Force	FR	Force régulière
RMC	Royal Military College	CMR	Collège militaire royal
SMRC	Sexual Misconduct Response Centre	CIIS	Centre d'intervention sur l'inconduite sexuelle
VCDS	Vice Chief of the Defence Staff	VCÉMD	Vice-chef d'état-major de la défense

TABLE OF PROPOSED CHANGES

Legislative changes

NDA	RECOMMENDATION	REASONS (BRIEF)
9.2(1)	Repeal the JAG’s superintendence function.	This function properly belongs to the Minister of Justice.
29.11	Impose a reasonable time limit for the Final Authority to issue a grievance decision.	The current system does not provide a time limit, and the result is that grievances routinely take 5 or more years to be resolved.
18.5(3)	Repeal entirely.	MP should be allowed to proceed with an investigation without interference from non-military police command structures, including the VCDS.
45	Repeal the ability for a BOI to investigate non-combat deaths in Canada.	All non-combat deaths of CAF members should be investigated by civilian Coroners.
70	Include “sexual assault” as a matter which cannot be heard by service tribunal	The CAF lack the requisite expertise to hear sexual assault cases.
82	Maximum penalty for sedition should be 14 years imprisonment, from the current life imprisonment.	Consistent with the civilian standard at s.59 of the <i>Criminal Code</i> .
139	“ <i>Forfeiture of Seniority</i> ” be removed from the Scale of Punishments	No practical meaning in 2021.

Table of Proposed Changes

139	Eliminate one of the two punishments of “ <i>Severe Reprimand</i> ” and “ <i>Reprimand</i> ” from section 139 of the <i>NDA</i> .	There is no realistic distinction between the two punishments.
154 155	Remove the ability for a military member to arrest and/or order the arrest of another, without a warrant	Powers of arrest should be authorized only by a military judge.
167	A military panel hearing a <i>Criminal code</i> offence, where the punishment is greater than 5 years’ imprisonment, should be made up of 12 persons	The <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> s.11(f) requires a criminal accused appears before a jury of their peers. Members of the military should not be denied this right.
203.95	Amend the sentencing principles to make them consistent with the <i>Cr. C.</i> For example, include the ability for a guilty party to serve their sentence within the community or his unit.	Make the <i>NDA</i> consistent with the contemporary civilian standard.
228	Restrict prosecution’s appeal rights to only include appeals on questions of law.	Make the <i>NDA</i> consistent with the civilian standard.
230	Allow an accused to appeal a conviction on questions of fact	Make the <i>NDA</i> consistent with the civilian standard at ss. 675(1)(a)(ii) of the <i>Criminal Code</i>
230.1	Remove the right of the Minister of National Defence to appeal a Court Martial decision.	The current framework offends the right to an independent prosecution. The right of appeal should vest with the prosecution service.

Table of Proposed Changes

<p>249</p> <p>249.11</p> <p>249.12</p> <p>249.13</p> <p>249.15</p>	<p>Remove the ability of the Governor in Council to review findings of guilt and/or punishment at court martial</p>	<p>This current ability offends the separation of powers doctrine. Only judges should be able to review judicial decisions.</p>
<p>249.27</p>	<p>Repeal this section, as it enables a criminal record to flow from a disciplinary conviction.</p>	<p>A criminal record should only result from a criminal conviction.</p>
<p>273.5</p>	<p>Remove the right of a Commanding Officer to execute a search warrant.</p>	<p>Search warrants should only be issued by military judges</p>

Structural changes (no particular order)

	RECOMMENDATION	REASONS (BRIEF)
1	Military Prosecution Services should be supervised by the Attorney General of Canada or the Federal Director of Public Prosecutions.	Having the Military Prosecution Services subject to the JAG offends their independence and s.7 of the <i>Charter</i> , as the MPS are not independent of the chain of command.
2	Military Defence Services should be supervised by the Attorney General of Canada.	Having the Military Defence Services subject to the JAG offends their duty of independence.
3	Remove rank from judges, lawyers, doctors, dentists, padres, and police officers.	There is no reason for these specialists to hold rank. Section 60 of the <i>NDA</i> should not apply to such specialists.

Table of Proposed Changes

		Removal of rank from specialists removes any ethical conflicts when having to decide between loyalty to their clients, and loyalty to the CAF; and creates true judicial and police independence, as these roles no longer would be subject to the chain of command.
4	The Sexual Misconduct Response Centre (SMRC) must be removed from the control of DND	Parliament should appoint an Inspector General of the Armed Forces who would act as an advisor to Parliament to specifically deal with the issue of sexual misconduct
5	Courts martial should become a specialized division of the Federal Court of Canada.	The current court martial system lacks independence, and their expertise could be subsumed by the current compliment of Federal Court judges. Moreover, the very small case load does not warrant the administrative burden of the current court martial system.
6	Enable members to form a professional association to protect their professional interests in the framework of democratic institutions	This is consistent with the approach of our allies in Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Finland, Hungary, Ireland, Norway, Romania, Switzerland, and the Netherlands
7	Rebrand “Judge Advocate General (JAG)” as “CAF Legal Advisor”	This is more accurately describes her role and function. She is not a judge, or an advocate.
8	Allow Prosecution Service the right to proceed summarily for hybrid offences	Currently, the <i>NDA</i> does not recognize hybrid offences, or their character. All criminal offences are disciplinary offences under the <i>NDA</i> .

PART I – GENERAL

INTRODUCTION

As was said by The Right Honourable Chief Justice of Canada in 2004, we as Canadians are privileged to live in a peaceful country. Much of our collective sense of freedom and safety comes from our community's commitment to a few key values: democratic governance, respect for fundamental rights and the rule of law, and accommodation of difference.

Our commitment to these values must be renewed on every occasion, and the institutions that sustain them must be cherished. Among those who valiantly uphold these values and institutions are the soldiers, men and women, of the Canadian Armed Forces [CAF] who put their lives on the line each and every day to protect and defend our country and what we stand for. Many recognize that we owe them an eternal debt of gratitude, but few acknowledge, let alone are prepared to correct, how severely we have deprived them of their basic human rights by failing to reform and modernize our antiquated military justice system. Canadian soldiers and civilians tried in Canada before military 'courts', including summary trials, Court Martial and other quasi-judiciary or administrative proceedings, constitute a second class of Canadians that are denied the very rights we as citizens are so proud of and committed to.

There is clearly no aspect of our National Defence more important and critical than our people, yet their rights have been set aside by gross indifference. Unlike most of our Allies, the current Canadian military 'justice' system fails to provide all the guarantees set forth in our Constitution or international law. For instance, Canadian military 'judges' are, like their medieval counterparts, '*soldiers first*' that are subordinated to a military chain of command that staunchly refuses to evolve and embrace positive change.

MILITARY LAW DEFINED

The body of law in Canada known as '*military law*' with its own governance regime and penal justice system tends to evolve slowly, quite separately and apart from

civil society.¹ This is due in large part to two interconnected factors. First, the Judge Advocate General (JAG), who reports to the Minister of National Defence (MND), alone has the unfettered governance over all the key actors in the military justice system. Second, the distinctiveness of the military justice system from the mainstream of national (criminal and administrative) law is reinforced by the fact that only a very tiny number of judges, lawyers, professors, legislators and public officials who concern themselves with military law.

The bulk of Canadian military law is derived, in large part, from customs and traditions as well as a statute of Edward I in 1279, in which it was enacted that, by virtue of Royal Prerogative, the Sovereign had the “*right to command*” all the military forces in the nation.² The Royal Prerogative also accorded the Crown the power to regulate and discipline the army and the navy. This mechanism was replaced by medieval *Rules and Ordinances of War*, a list of regulations issued by the King at the beginning of every expedition or campaign. The *Articles of War* (originally established in 1653³ and amended in 1749 by an Act of Parliament) were drawn up in 1757 to govern British military and naval forces and to regulate the behaviour of soldiers and sailors.⁴

It should be noted that in Canada the federal government is granted exclusive jurisdiction over the “*Militia, Military and Naval Service, and Defence*” pursuant to

¹ As defined by Honorary Colonel and retired Justice Ian Binnie of the Supreme Court of Canada, “military law cuts across all the major areas of jurisprudence, including constitutional and administrative law, private rights and, of course, criminal law.” See foreword to *Military Justice in Action; Annotated National Defence Legislation*, 2nd edition, by Hon. Gilles Létourneau and Professor Michel W. Drapeau, Carswell, Scarborough, 2015 [*Military Justice in Action*].

² In the *Assize of Arms of 1181*, Henry II ordered that all free men should keep arms and be prepared to defend the country. This marked the beginning of the militia system in England.

³ The requirement for summary proceedings was first recognized by the British Parliament with the passage of the *Mutiny Act* in 1689. Centuries later, and despite the enactment of the *Canadian Bill of Rights, 1960* (S.C. 1960, c. 44.); the *Canadian Human Rights Act* (R.C.S. 1985, c. H-6.); the *Charter of Rights and Freedoms, 1982* (Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11.), summary trials are still in existence under the *NDA*.

⁴ See: Preface to *Military Justice in Action*, supra note 1.

section 91(7) of the *Constitution Act, 1867*⁵. In the exercise of this jurisdiction, the Canadian Parliament passed *An Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada*⁶ to govern Canada's armed forces. The *Naval Service Act*⁷ and the *Royal Canadian Air Force Act*⁸ were subsequently enacted in the 1940s.

Following these legal documents, Parliament re-examined all legislation applicable to the armed forces in Canada in 1950 before enacting a comprehensive *National Defence Act (NDA)*⁹ which included in a single statute all legislation related to the Department of National Defence (DND), the Royal Canadian Navy (RCN), the Canadian Army and the Royal Canadian Air Force (RCAF) establishing, *inter alia*, a uniform process for administering military justice in the three services.

Today, the *NDA* still constitutes the main statute pertaining to regulate the conduct of the Canadian Armed Forces (CAF). It determines the conditions and terms of the constitution, organization and maintenance of the CAF as well as the criteria governing the command, conduct, discipline, enrolment, promotion, release and dismissal of those who have joined the ranks.

Suggestions for much-needed modernization and enhanced fairness of the military justice system have so far been met with an indifferent reception from the lawmakers. Whether it relates to such matters as sexual assaults in military colleges and elsewhere, mistreatment of military families and PTSD sufferers, *in camera* military Boards of inquiry instead of Coroners' inquests, a broken military grievance system, the lack of military police competence, or the occasional hues and cries from the public, driven principally by media reports, might all appear *ab initio* to be forceful agents for real change.

⁵ 30 & 31 Victoria, c. 3 (U.K.).

⁶ S.C. 1868, c. 40 [The *Militia Act, 1868*].

⁷ 9-10 Edward VII, S.C. 1910, Chap. 43.

⁸ 4 George VI, S.C. 1939, Chap. 15.

⁹ R.S.C., 1985, c. N-5.

CALL FOR REFORMS

“The Canadian military’s anti-intellectual conservatism, its rejection of reform, its failure to engage in challenging thinking – even of the basic strategic norms that disappeared as the Cold War ended – flew in the face of rapid change in Canadian society itself... it resisted change. It resented civilians telling it what it ought to do.”¹⁰

Such clamouring has not led parliamentarians to make legislative changes that would contemporize the military justice system. Yet, one would legitimately expect changes which are in-line with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and contemporary Canadian legal doctrine and principles as well as in harmony with reforms enacted by a majority of our allies. Ironically, however, when Parliament did act, the military was able to delay the implementation of many of such reforms. For instance, some of the sections of Bill C-15 enacted on June 19, 2013¹¹ have yet to be put in force. Similarly, Bill C-77, enacted on June 21, 2019,¹² which adds a Declaration of Victims’ Rights integrating (and customizing) the *Canadian Victims Bill of Rights*¹³ into the *National Defence Act (NDA)* and replaces Summary Trials has yet to be put into force.

The expansion of the military justice system has resulted in a corresponding loss of a high number of rights for soldiers, including the constitutional right to a jury trial: the right to a preliminary inquiry, the loss of the benefits of a hybrid offence, etc., for those prosecuted before and tried by military tribunals.

Of note, civilians including dependents, contractors, and journalists as well as members of their family accompanying the CAF abroad fall under the jurisdiction of military tribunals.

¹⁰ Professor David J. Bercusson, “Up from the ashes; The re-professionalization of the Canadian Forces after the Somalia Affair” (2009) 9:3 *Canadian Military Journal* 31, at p 34.

¹¹ *Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act*, S.C. 2013, c. 24.

¹² *An Act to amend the National Defence Act and to make related and consequential amendments to other acts*, S.C. 2019, c. 15.

¹³ R.C.S. 2015, c. 13, s. 2.

PURPOSE

As detailed below, having a demonstrated interest in the Canadian military justice system, we are honored to present our views for the reform of the Canadian Military Justice.

BACKGROUND AND EXPERTISE

Colonel-Maître® Michel W. Drapeau,
OMM, CD, LL.L., LL.B.

Prior to joining the legal profession, Colonel-Maître® Drapeau served in both the Regular Force and the Reserves for a total of 34 years. He received the Order of Military Merit (OMM) and the Canadian Forces' Decoration (CD) in recognition for his long and exemplary military service. At the time of his voluntary release in 1993, he was serving in the dual appointments of Executive Secretary, National Defence Headquarters (NDHQ) and Secretary of Armed Forces Council. This was followed by a two-year appointment as a Public Service executive in the positions of Director Corporate Administration and acting Director General Corporate Management Services at NDHQ.

Between 1996 and 2002, Colonel-Maître® Drapeau attended law school, earning a law degree in civil law (LL.L.) and in common law (LL.B.) before articling at the Federal Court of Appeal under the supervision of the Honorable Gilles Létourneau. Immediately after being called to the Ontario Bar in 2002, Michel Drapeau opened his own law firm – Michel Drapeau Law Office (MDLO) – focusing on military law. Since 2002, MDLO has been serving almost exclusively the military community from across Canada and abroad, as well as DND civilians and veterans. During that period, Colonel-Maître® Drapeau and his MDLO colleagues¹⁴ appeared before courts martial, the Ontario

¹⁴ Collaborating authors Mr. Joshua Juneau (B.A., J.D.) and Me Stéfanie Bédard (LL.L., J.D.) are also lawyers practising mainly in military law at Michel Drapeau Law Office, where each completed their articles of clerkship for the Law Society of Ontario under the supervision and guidance of articling Principal Michel Drapeau. In addition to being members of the Law Society of Ontario, Me Bédard, who holds law degrees in both civil law and common law, was subsequently called to the Barreau du Québec as Canadian legal adviser, and Mr. Juneau was called to the Queensland Bar. Mr. Juneau also contributed to the evolution and advancement of military law, namely as counsel of record for the Fynes inquiry and through his involvement at the House of Commons for Bill C-77, *An Act to amend the National Defence Act and to make related and consequential amendments to other Act*, concerning the unconstitutional nature of military summary trials.

Superior Court, the Federal Court, the Court Martial Appeal Court (CMAC) and the Federal Court of Appeal, all of which about military administrative law matters.

In 2009, Colonel-Maître® Michel W. Drapeau was appointed by the Senate of the University of Ottawa as an Adjunct Professor, and taught courses on Military and Veterans Law for many years. In 2020, he was selected by the Ontario Bar Association to receive the Distinguished Service Award for his contribution to the legal profession.

Honourable Mr. Justice (ret'd) Gilles Létourneau,
B.A., LL.L., LL.M., Ph.D.

In addition to obtaining a Bachelor of Arts (B.A.) and civil law degree (LL.L.), Justice Létourneau hold a master's degree in criminal law and criminology (LL.M.) and a doctorate (Ph.D.) in Criminal Law and Procedure.

Since being called to the Barreau du Québec in 1969, Justice Létourneau established an impressive and varied legal career practising in both the private and public sectors, including through work with the Quebec Department of Justice, the Centre communautaire juridique du Québec, the Société Québécoise d'information juridique (SOQUIJ), as well as Vice-Dean, Director of Undergraduate Studies and Professor of Law at the Université Laval. Justice Létourneau also served as, and as Vice-President and President of the Law Reform Commission of Canada in Criminal Law and was Associate Secretary General (Legislation) of the Executive Council and Secretary of the Legislation Committee for several major legislative reforms in Quebec.

After being appointed Queen's Counsel in 1991, he was appointed judge of the Federal Court of Appeal of Canada and of the Court Martial Appeal Court of Canada in 1992. He sat on the Court Martial Appeal Court of Canada for more than 20 years.

In the mid 1990's, Justice Létourneau attained public prominence a Chairman of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. This Commission of Inquiry proved to be a fundamental cornerstone in the 1998 reform of Canadian military justice system and of the *National Defence Act*.

In 2013, Justice Létourneau was awarded the Médaille du Barreau du Québec in recognition of the excellence of his outstanding and significant contribution to the advancement of law.

PUBLISHED AUTHORS IN CANADIAN MILITARY LAW

In 2006, the Honorable Gilles Létourneau and Colonel-Maître® Michel W. Drapeau produced the first-ever published compendium of the Canadian military statutes and law titled *Canadian Military Law Annotated* by Carswell. Their intention was to advance the law and to increase access to it in a very specialized domain particularly for those who do not possess a comprehensive or intimate knowledge of the Canadian military or the Canadian military law.

The co-authors further published legal texts together on Canadian military law, including a much-expanded book titled *Military Justice in Action* in 2011 and its second edition published in 2015.¹⁵ This later edition contains a special chapter discussing the need to reform the *National Defence Act*.¹⁶

¹⁵ Of note, a collaborating author to this paper, Mr. Joshua Juneau, also contributed to the production of both editions of *Military Justice in Action* in 2011 and 2015.

¹⁶ Michel W. Drapeau, Joshua M. Juneau, Walter Semianiw and Sylvie Corbin, *WINDS OF CHANGE*, (13 November 2015) Conference and Debate on Canadian Military Law, University of Ottawa, Faculty of Law. See link at the following address: <https://www.mdlo.ca/news>. See Chapter 2, which highlights some of the derogations from the civilian justice system for the persons who are subject to military law and particularly the military *Code of Service Discipline*. It also proposes a number of changes to the military justice system to both preserve public confidence in its fairness and to bring it closer to the standards being set by other military justice systems around the world.

PART II - MODERNIZATION OF MILITARY JUSTICE¹⁷

“The military justice system cuts across every aspect of the law: labour, administration, constitutional, public and private, discipline and criminal law. On many fronts, military justice is in need of a fundamental review to achieve fairness, efficiency, justice and compliance with the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Reforms are also required to bring the existing military justice system in line with societal norms and values as well as evolving global trends in military justice that reveal a convergence of the military and civilian justice systems and more adherence to human rights standards.

The expansion of the military justice system in Canada has resulted in the loss of a number of rights, including the constitutional right to a jury trial, for those prosecuted before and tried by military tribunals. Also, over time the disciplinary jurisdiction of military tribunals has expanded to the point where only the offences of murder, manslaughter, and abduction of children, when committed in Canada, cannot be tried by service tribunals. Further, civilians and members of the military families accompanying the Canadian Forces fall under the jurisdiction of military tribunal”¹⁸

¹⁷ As discussed below, there are existing differences between the Canadian military and the Canadian civilian justice system which are no longer warranted or justified as they deny justice and fairness to military members. Similarly, the expansion of the Canadian military justice system has resulted in a corresponding loss of a high number of rights for soldiers and civilians tried by our military tribunals.

Strangely, but in keeping with this divide, victims of crimes that are investigated or prosecuted under military jurisdiction have been patently excluded from the *Canadian Victims Bill of Rights* which was enacted in 2016. It is somewhat unseemly to think that CAF members, who volunteer to put their lives on the line to defend our security and values, must give up their basic human rights which are so essential to those not in uniform. As will see below, this situation was corrected by Bill C-77, which was enacted on June 21, 2019. Disappointingly, this void still exists as the Office of the JAG has yet to promulgate enabling regulations so as to put the statute into force.

Therefore, for the past four years, victims of crimes that are investigated by the military police or CF NIS, or prosecuted by military prosecution authorities have been denied their rights as victims of crime.

¹⁸ See “A Word of Introduction”, *Military Justice in Action*, supra note 1.

GENERALLY

The following will discuss and address issues with the Canadian military justice system that have been identified but have yet to be corrected by the Canadian government.

In Part III below, we will address what we consider to be the many important areas of law that should be considered for the reform of the *National Defence Act*. As noted below, over the past two decades, some of the suggestions for reform have already been addressed by authors in previous publications. Reference to these texts will be made, where appropriate. For the sake of convenience, these will be addressed in a chronological manner in PART III A below. This will be followed by additional proposed areas of reform which will be discussed in PART III B below. In each of these instances, we will be making a recommendation for reform.

CONSTITUTIONAL ISSUES

Because a Canadian in uniform is a Canadian citizen first, prosecutorial and judicial decisions on legal issues that affect them, as well as the rights and responsibilities of these Canadian 'citizens in uniform' should be immune from interference by the military chain of command¹⁹ as they are from political interference in the civilian penal system. Unfortunately, this is currently not the case.

In 2017, the book titled "*Behind the Times: Modernization of the Canadian Military Criminal Justice*" noted again that the Canadian military justice system is in desperate need of reform.

"[...] there are existing differences between the Canadian military and the Canadian civilian justice system which are no longer warranted or justified as they fundamentally deny justice and fairness to Canadian military members . . . Over the years, attempts to modernize the National Defence Act (NDA) to bring it more in line with globally

¹⁹ The chain of command is first an authority and accountability chain extending from the office of the CDS to the lowest element of the CAF and back to the office of the CDS. It is also a hierarchy of individual commanders taking decisions within their linked functional formations and units. The chain of command therefore, is a military instrument joining a superior officer – meaning any officer or non-commissioned member who, in relation to any other officer or non-commissioned member, is by the *NDA*, or by regulation or custom of the service, authorized to give a lawful command to that other officers or non-commissioned officers.

accepted standards of justice, or even our own domestic penal system, have been serially resisted by the Canadian military legal establishment. Several of the reforms that have been made are the result of pressures that were initiated from outside, none the least the judiciary, but not within the DND or the military itself.”²⁰

We are convinced that substantial reforms are required to bring the existing Canadian military justice system in line with Canadian societal norms and values as well as evolving global trends in military justice which reveal a convergence of the military and civilian justice systems and more adherence to human rights standards. This is a huge and pressing undertaking.

Also, we believe that reforms to our military justice system should ensure that it corresponds only to strict functional necessity for the military, without encroaching, as it currently does, on the jurisdiction that can and should belong to civil society and ordinary (civilian) courts.²¹ Moreover, such convergence should be examined through the lens of a modern civil society untrammelled by the executive and the military chain of command.

PART III A – PRIOR PUBLISHED SUBMISSIONS FOR REFORMS

We now wish to address what we consider to be the many important areas of reform that should be considered to the *National Defence Act*. Over the past two decades, some of the suggestions for reform have already been addressed by me and others in previous publications. For the sake of convenience, these will be addressed in a chronological manner in this PART III A. This will be followed by number of other

²⁰ Gilles Létourneau and Michel W. Drapeau, *Behind the Times: Modernization of Canadian Military Criminal Justice*, (30 March 2017) [*Behind the Times*], at p 17. Of note, a collaborating author to this paper, Mr. Joshua Juneau, also contributed to the production *Behind the Times*.

²¹ This is in accord with the Draft Principles Governing the Administration of Justice Through Military Tribunals published by the United Nations during its 62nd Session (Doc E/CN.4/2006/58, (2006), Principle 20, which provides, *inter alia*, that:

“Codes of military justice should be the subject to (sic) periodic systematic review conducted in an independent and transparent manner, so as to ensure that the authority of military tribunals correspond to the “strict functional necessity, without encroaching on the jurisdiction that can and should belong to ordinary civil courts.”

proposed areas of reform which will be discussed in PART III B below. In each of these instances, we will be making a recommendation for reform.

CANADIAN BAR REVIEW - 2003

In an article published in 2003 in the Canadian Bar Review²² we discussed the following two punishments contained in the Scale of Punishments at section 139 of the *NDA*:

a. Forfeiture of Seniority²³

The article addresses the futility of the punishment of “*forfeiture of seniority*” in the *NDA* Scale of Punishments:

“Today, at worst the forfeiture of seniority might have a slight impact upon a CF member by delaying one’s entry into a given promotion zone. On rare occasions, seniority could come into play, say for ceremonial or protocol reasons. Otherwise, it is a concept devoid of any real meaning for establishing standing among military members with a given rank level.”

Recommendation. We recommend that the punishment of “*Forfeiture of Seniority*” be removed from the Scale of Punishments.

b. Reprimands²⁴

There are no known modern formulae to differentiate between the punishment of “*Severe Reprimand*” from the punishment of “*Reprimand*” which are also contained in the *NDA* Scale of Punishments. In a begone era, the two were distinguished by the fact that a “*Severe Reprimand*” entailed an entry on the regimental conduct sheet of

²² Michel W. Drapeau, “*Canadian Military Law: Sentencing under the National Defence Act: Perspectives and Musings of a former soldier*”, (2003) 83: 1-3 *Canadian Bar review* 391.

²³ *Ibid*, at pp 444-446.

²⁴ *Ibid*, at p 447.

an individual while a simple “*Reprimand*” was only recorded on the company conduct sheet of an individual. Such distinction is no longer applicable.

Recommendation. Given the absence of any real distinction today, section 139 of the *NDA* should be amended to eliminate one of the two punishments of reprimand from section 139 of the *NDA*.

MILITARY JUSTICE IN ACTION – 2015

The second edition of *Military Justice in Action* published in 2015 contains a special chapter discussing the need to reform the *National Defence Act*. That chapter proposes the review of a number of areas, the most significant of which being discussed below with specific reference to the location of the extracts or passages quoted from Chapter 2 of *Military Justice in Action*.

a. Differential penalties for same offences²⁵

A number of military offences (such as desertion, mutiny, sedition, spying) contained in the *Code of Service Discipline*, are in fact duplication of offences that are contained in the *Criminal Code of Canada* [*Cr. C.*] However, there are significant differences as to how these offences are treated under these two statutes. By way of example, consider the offence of sedition. Section 59 of the *Cr. C.* sanctions an accused to a maximum imprisonment of 14 years while section 82 of the *NDA* provides for the possible sanction of life imprisonment for a member of the military.

Recommendation. Such differences in the severity of the maximum sentence are not compatible with the concept of equal justice for all and they should be eliminated.

²⁵ *Military Justice in Action*, supra note 1 at pp 40-41.

b. The loss of the constitutional right to a jury trial²⁶

Paragraph 11 (f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Charter*) denies a person prosecuted before a service tribunal the right to a jury trial.²⁷ In lieu of a jury trial, the accused is given a trial by a General Court Martial composed of a panel of five (5) military members²⁸ presided over by a military judge. The loss of a jury trial in this context is quite significant.²⁹

Recommendation. We recommend that persons prosecuted before military tribunals for conduct amounting to violations of the *Criminal Code of Canada* or to crimes against humanity punishable by an imprisonment of five (5) years or a more severe punishment, in accordance with the constitutional right to a trial by jury conferred by s.11 (f)) of the *Charter*, be given the right to elect for a jury trial before a civilian criminal court.

²⁶ *Ibid*, at pp 42-48.

²⁷ Subsection 11(f) of the *Charter* reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right [...]

(f) *except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment; [...]*

²⁸ Honourable Gilles Létourneau, *Introduction to Military Justice: an Overview of Military Penal Justice System and its Evolution in Canada*, (Montréal: Wilson & Lafleur, 2012) at p 6 [*Introduction to Military Justice*].

“It is not unreasonable to think, on the one hand, that it is easier to obtain a unanimous verdict from only five, as opposed to twelve (12) people, and, on the other hand, that such unanimity ought to be more readily achievable from five (5) people trained in the same mindset and having the same institutional baggage than from twelve people coming from different walks of life, who do not belong to the same school of thought and who do not have a common institutional baggage.”

²⁹ As the Court Martial Appeal Court of Canada (CMAC) pointed out in *Leblanc v. Her Majesty the Queen*, [1982] 1 SCR 344 a jury of twelve (12) persons, chosen by the prosecution and the defence from civil society at large, offers a better guarantee of justice than a panel of five (5) members from the military chain of command.

c. The loss of the benefits of a hybrid offence³⁰

A very large majority of the offences contained in the *Cr. C.* are hybrid offences which means that they can be prosecuted by way of indictment or by summary conviction. However, hybrid offences under the *Cr. C.* lose that characteristic in the military penal justice system where they become mere service offences.

Recommendation. We recommend that the *NDA* be amended to respect the formal expression of the will of the legislator which was actuated through the process of *enactment* of hybrid offences in the *Cr. C.*

d. The loss of a preliminary inquiry³¹

As a result of the transformation of *Cr. C.* offences into service offences, an accused before a military tribunal loses the right to a preliminary inquiry.

Recommendation. We recommend that the *NDA* be amended to respect the formal expression of the will of the legislator which was actuated through the process of *enactment* of a preliminary inquiry in the *Cr. C.*

e. The right of appeal³²

Under section 230.1 of the *NDA*, the prosecution can appeal to the Court Martial Appeal Court (CMAC) against the legality of a finding of “*not guilty*”. Section 228 of the *NDA* deems the terms “*legality*” and “*illegal*” to relate to either questions of law alone or to questions of mixed law and fact. As a result of the broad meanings given to these terms the prosecution in military trials can appeal on a question of mixed law and fact.

³⁰ *Military Justice in Action*, supra note 1 at pp 48-49.

³¹ *Ibid*, at p 49.

³² *Ibid*, at pp 49-50.

- i. In a criminal trial before a civilian tribunal no such power exists for the prosecution. Thus, at law, the balance with respect to appeals is tipped in favor of the accused in criminal proceedings before a civilian tribunal.
- ii. However, in proceedings held before a military tribunal, the same balance is tipped in favour of the prosecution to the detriment of the accused.
- iii. It appears that this situation runs afoul of the presumption of innocence.

Recommendation. We recommend that section 230.1 of the *NDA* be repealed to respect the formal expression of the will of the legislator in his enactment of the *Cr. C.*

f. The power to review and substitute findings and punishments or to commute or remit punishments³³

Pursuant to sections 249, 249.11, 249.12, 249.13 and 249.15 of the *NDA* a finding of guilty and sentence imposed can be reviewed by reviewing authorities situated outside the judicial hierarchy. These sections authorize the Governor in Council to review the Court Martials guilty finding as well as the punishment that it imposed. Both the accused and the CDS can seek such a review.

Recommendation. Such provisions go against the doctrine of the separation of powers and against deep-rooted notions of the judicial process in Canada and the decisional independence of the judiciary. The executive should play no part in the judicial process and we recommend that these provisions be repealed.

g. The sentencing range³⁴

- i. An accused prosecuted before a Court Martial is not entitled to many of the sentencing options available to a civilian tribunal sitting in criminal matters.

³³ *Ibid*, at pp 50-52.

³⁴ *Ibid*, at pp 52-53.

This includes a sentence of imprisonment to be served within the community or his unit.

- ii. Also, section 203.95 of the *NDA* states that only one sentence shall be passed on an offence when multiple findings of guilt are made at trial under the English text. [the French text gives the sentencing judge discretion in the matter.]

Recommendation. We recommend that the *NDA* be amended to respect the formal expression of the will of the legislator which was actuated through the process of *enactment* of a variety of sentencing options in the *Cr. C.*

h. A criminal record for a disciplinary offence³⁵

In Canada, convictions by a disciplinary board for offences like conduct prejudicial to the profession do not give rise to a criminal record. Yet, section 249.27 of the *NDA* lists a number of offences³⁶ for which a criminal record may follow conviction if the sentence passed is higher than a severe reprimand, a reprimand, a minor punishment or a fine exceeding one month of basic pay.

Recommendation. Usually, a criminal record relates to the guilty verdict, the nature and the objective gravity of an offence; not the severity or lack of it, or the nature of the punishment. We recommend that this provision be repealed.

BEHIND THE TIMES: MODERNIZATION OF MILITARY JUSTICE –2017

The aforementioned 2017 book titled “*Behind the Times: Modernization of the Canadian Military Criminal Justice*” proposes a variety of reforms under the following titles. These are summarized below.

³⁵ *Ibid*, at pp 53-55.

³⁶ Offences such as s. 85 – Insubordinate behavior; s.86 – Quarrels and Disturbances; s. 90 – Absence without leave; s. 91 – False statement in respect of leave; s. 97 – Drunkenness; s. 129 - Conduct to the Prejudice of Good Order and Discipline.

a. The loss of the Constitutional Right to a Jury Trial³⁷

This has been discussed at part b of “Military Justice in Action”, above.

b. The lack of Independence of the Prosecution Services³⁸

Section 7 of the *Charter* protects the constitutional right of an accused to an independent prosecutor, that is to say, the right to a prosecutor who is objectively able to act independently, at every stage of the judicial process, when making decisions concerning the nature and extent of prosecutions and who can reasonably be perceived as independent. Independence of the prosecution is a constitutionalized principle of fundamental justice recognized by the Canadian courts.

Recommendation. To ensure the independence of the Director of Military Prosecutions, these Services should not be under the supervision of the JAG who is the head of the legal chain of command. They should be under the supervision of the Attorney General of Canada or the Federal Director of Penal Prosecutions.

c. The lack of Independence of the Defence Counsel Services³⁹

A fair and independent justice system requires independence of its three essential components: military judges, prosecutors and defence counsel.

Recommendation. As is the case with legal aid in Ontario, Quebec and other Canadian provinces, the Directorate of Defence Counsel Services (DDCS), if any, should be independent and be a separate legal statutory entity falling under the supervision of the Attorney General.

³⁷ *Behind the Times*, supra note 20 at p 52.

³⁸ *Ibid*, at p 61.

³⁹ *Ibid*, at p 62.

d. The scope of the Prosecution and the Accused's Right of Appeal⁴⁰

An accused's right to appeal against a military finding of guilt is narrower than an accused's right against a similar finding made by a civilian criminal court. As a matter of fact, subparagraph 675(1)(a) (ii) of the *Cr. C* allows a person convicted by a civilian criminal court to appeal against the finding of guilt on a question of fact with leave of the Court of Appeal or a certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal. An accused tried by a military tribunal is not given that right by the *NDA*. Thus, at law, the balance with respect to appeals is tipped in favour of the accused in criminal proceedings before a civilian tribunal. However, in proceedings held before a military tribunal, the same balance is tipped in favour of the prosecution to the detriment of the accused. Once again it appears that this situation runs afoul of the presumption of innocence.

Recommendation. As granted to a person convicted by a civilian criminal court by subparagraph 675(1)(a) (iii) of the *Cr. C*, the accused should have the right to appeal, with leave, a question of fact.

e. The Minister of National Defense's Power to Appeal⁴¹

Under section 230.1 of the *NDA*, the MND or counsel instructed by the Minister has the right to appeal to the CMAC decisions of a Court Martial. Under such circumstances, the MND cannot reasonably be perceived as being an independent prosecutor who can act in a manner that is autonomous and independent from the chain of command. Moreover, it is very difficult to see how the granting of a minister's power to appeal can be reconciled with the legislative intent surrounding the reforms made in 1999, which was to ensure that the military justice system remained independent of the chain of command. Indeed, the principle of independence with regard to decisions to prosecute requires that such decisions also be protected as much as possible from interference by members of the military

⁴⁰ *Ibid*, at p 63.

⁴¹ *Ibid*, at p 65.

hierarchy. When a member of the military hierarchy, like the MND, is entrusted with decisions of this sort, the problems are substantial. Therefore, as determined in *R v Gagnon*⁴², section 230.1 of the *NDA*, which confers on the MND the right to appeal, does not satisfy the constitutional requirement of prosecutorial independence. It should be of no force and effect to the extent that its holder is not independent. The section is not a justifiable limit that can be saved under section 1 of the *Charter*.

Recommendation. As found recently by the CMAC in the case of *R v Gagnon* and proposed by the Right Honourable Brian Dickson in his Second Report⁸⁴, the right to appeal against an acquittal by a Court Martial or the CMAC should be exercised by an independent authority, without interference by or pressure from the chain of command. The MND is part of the chain of command and should not have this right.

f. The Chain of Command's Power to issue Search Warrants⁴³

The general rule for a valid search is that the police will require prior judicial authorization to conduct the search (for example, by obtaining a search warrant) and that there are reasonable and probable grounds that justify it. Once these requirements are satisfied, state intrusion on privacy would be justified. These standards apply where there is a reasonable expectation of privacy and section 8 *Charter* protection varies depending on the context constitutional protection when the search involves state intrusion into a person's home. However, the safeguards may be reduced in the case of a search at the border. Pursuant to s. 273.3 of the *NDA*, warrants can be issued for the search of quarters under the control of the Canadian Armed Forces and occupied for residential purposes by any person subject to the *Code of Service Discipline*. The search also extends to any locker or storage space located in those quarters. The warrants may be issued by a Commanding Officer (CO) satisfied by information on oath that there is in these places evidence of the commission of an offence against the *NDA* or anything intended to be used for the commission of an offence against a person for which a person may be arrested without a warrant. The CO must have reasonable grounds to believe that an offence has been committed.

⁴² (2015) CMAC 2.

⁴³ *Behind the Times*, supra note 20 at p 67.

Under s. 273.5, all the requirements and safeguards contained in s. 273.3 do not apply to a Commanding Officer (CO) of a military police unit.

Recommendation. Pursuant to section 8 of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms* which guarantees to everyone the constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure, search warrants should be issued by military judges and not by commanders who have an inadequate or no knowledge of the law and are perceived to lack, the necessary independence to authorize such an invasive intrusion on one's property or person. This is necessary to ensure and maintain public confidence in the administration of penal military justice.

g. The Scope of the Arrest Power and the Duty Not to Arrest⁴⁴

Pursuant to sections 154 and 155 of the *NDA*, an officer and a non-commissioned member are invested with the power and authority to arrest, or order the arrest, without a warrant, of every person 'who has committed, is found committing or is believed on reasonable grounds to have committed a service offence, or who is charged with having committed a service offence'. In a proposed addition, i.e. s. 155 (2.1) enacted in 2013 through Bill C-15⁴⁵, limitations were put on that power to arrest without a warrant. Unless ordered by a superior officer to do so, an officer or a non-commissioned member cannot arrest or order the arrest of a person without a warrant for an offence that is not a serious offence if, broadly stated, the public interest may be satisfied without so arresting the person or there are reasonable grounds to believe that the person will not fail to attend before a service tribunal.⁴⁶

Recommendation. Pursuant to section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms* which guarantees to everyone the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of

⁴⁴ *Ibid* at p 70.

⁴⁵ *Supra* note 11.

⁴⁶ *Behind the Times*, *supra* note 20 at p 71: there are three fundamental problems with these three provisions.

fundamental justice, arrest with or without a warrant should be judicially authorized by a military judge or, as found by the Court Martial in *R. v. Levi-Gould*⁴⁷ by persons capable of acting judicially so as to ensure and maintain public confidence in the administration of penal military justice.

h. The Chain of Command's Power to Review and Substitute Findings and Punishments⁴⁸

This has been discussed at part f of "Military Justice in Action", above.

i. Military Police Independence⁴⁹

The Military Police (MP) is headed by the Provost Marshal,⁵⁰ a military officer serving in the rank of Brigadier-General. Military Police independence is compromised by way of s.18.5(3) of the *National Defence Act*, which permits the Vice Chief of the Defence Staff (VCDS) to "issue instructions or guidelines in writing in respect of a particular investigations."⁵¹ Under this statutory power, the VCDS is

⁴⁷ 2016 CM 4002.

⁴⁸ *Behind the Times*, supra note 20 at p 73.

⁴⁹ *Ibid*, at p 73.

⁵⁰ *National Defence Act*, ss. 18.3 and 18.4.

⁵¹ The Canadian Forces National Investigative Service (CF NIS) with is the investigative arm of the Canadian Forces Military Police which was established in 1997 with the mandate to investigate serious and sensitive matters related to the DND and the CAF. It performs a function similar to that of a Major Crimes unit of the RCMP or a large municipal or provincial police agency. It has authority over persons subject to the *Code of Service Discipline*. Civilians deployed with the military can be subject to the *Code of Service Discipline*. The CF NIS has the authority to lay criminal charges in civilian court in cases where civilians break the law on or in relation to military property.

All members of the CF NIS are members of the Military Police; members of the CAF who hold military rank. A military rank not a requisite to do police work, and neither is wearing a CF uniform and other

able to provide instructions and guidelines in specific cases, which could presumably include instructions to and/or not to investigate a particular person or matter. This is problematic because it strips the MP of the ability to freely investigate without the interference of an executive arm of Government. It is difficult to understand why the VCDS should retain such power. Moreover, there is no requirement to make these instructions public.

MP officers operate with a duality of roles. On the one hand they are peace officers under s. 2 of the *Criminal Code* and are an autonomous organization within the military with very specific operational military tasks such as a) traffic control on the battlefield; b) handling and custody of prisoners of war. On the other hand, they are members of the military, subject to a chain of command and are duty bound to follow orders from superior officers.

CF insignia. In fact, it might be a distraction or inhibition, or a perception of both, to conduct their policing work in an independent manner. In their day-to-day routine, NIS personnel are subject to the dictates of their MP superiors, who rely on their CF rank hierarchy and the *Code of Service Discipline* to enforce their orders and directives. There is no escape from this because, as CF members, NIS personnel are absolutely required to obey legal orders emanating from their seniors in rank.

The Commanding Officer of the CF NIS reports directly to the Provost Marshal; the Provost Marshal is appointed by CDS and reports to the VCDS. [S. 18.2 of the *NDA* refers] The CF NIS headquarters is located in Ottawa. See Office of the Canadian Forces Provost Marshal and Military Police Group Headquarters, *Canadian Forces Provost Marshal – Annual Report 2019-2020: Canada's Military Police*, Department of National Defence, at link: <https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/documents/reports/2019/canadian-forces-provost-marshal-report-fiscal-year-2019-2020.pdf>.

Yet, in a very unconvincing manner, several NIS subjects have testified that, when conducting an NIS investigation, which brings them into contact with CF members of high rank, they are able to break, or remodel their habit of obedience, and respect for the same military rank yet not become intimidated by the rank of the person whom they are investigating, or intimidation.

In addition to the presence of a Military Police organization for each service, in the United Kingdom there is a highly specialized Ministry of Defence Police Force (MDPF) made up of civilian police officers and civilian staff. The MDPF has responsibility for crime prevention and detection, investigation of serious offences on military establishments (i.e. fraud or deaths), the physical protection of the defence establishment as well as Defence Research establishments and critical national infrastructure assets as well as the security of Crown property. Offences committed by civilians relating to the military are dealt by the MDPF while service offences by military personnel are generally dealt with by the military police.

Recommendation. The MP should be allowed to proceed with an investigation without interference from non-military police command structures, including the VCDS. Though command influence may play a role with respect to the laying of charges under the *Code of Service Discipline*, they should not be permitted to instruct the conduct of a military police investigation in a specific case. Section 18.5(3) of the *NDA* should be repealed.

j. DND/CAF Boards of Inquiry and Coroner's Inquests⁵².

When a CAF member dies from a sudden death, the military normally conducts an *in-camera* military Board of Inquiry (BOI) which may be ordered pursuant to s. 45 of the *NDA*. The purpose of the BOI is taken from the convening order, which typically states: "to investigate the causes and contributing factor(s) that may have led to the death of [that member] and identify applicable preventative measures, if any." Customarily present on a BOI panel are a president and several CAF members, including a public affairs officer. Upon completion of the investigation, a Report is produced by the president of the BOI, which must pass scrutiny at the unit and formation level and eventually receive the approval of the CDS. The report is not made public and is only made available to families of the deceased on request through the *Access to Information Act*⁵³.

This is quite different from the civilian counterparts' approach to sudden deaths. When a person dies suddenly or through suspicious circumstances in Canada, a Coroner's inquest may be conducted to determine the cause of death. In Ontario, the stated purpose of a Coroner's inquest is "to serve the living through high quality death investigations and inquests to ensure that no death will be overlooked, concealed or ignored." After the Coroner's inquest is complete, the findings may then be used to generate recommendations to help improve public safety and prevent future tragedies.

⁵² Behind the Times, supra note 20 at p 82.

⁵³ R.S.C., 1985, c. A-1.

In the United Kingdom, all published Service Inquiries are available to the public online, as are a Boards of Inquiry, internal reviews, and Military Aircraft Accident Summaries.

Recommendation. All non-combat deaths of CAF members should be investigated by Coroners through the medium of inquests to ensure that there is a sufficient element of public scrutiny, that it is conducted by an independent tribunal, and that it involves the relatives of the deceased and is prompt and effective.

k. The Right to Grieve⁵⁴

At the time of writing, there are currently more than 1000 registered grievances. This is one grievance for every 60 CAF members. Such a high plurality is unknown even in a unionized work environment and should be cause concern. Of these one thousand grievances, more than 700 are with the Final Authority awaiting decision. For a regular force barely over 60,000 members, this is an astonishing number, that may demonstrate a either a leadership crisis, or a morale crisis, or both.

One further thing, over the past few years, the CDS and senior generals have divested themselves of one of the most important tools of generalship: to be immediately, directly and personally involved in addressing or redressing instances of abuses and/or other systemic deficiencies brought to their attention by soldiers aggrieved by the actions or omissions of junior commanders. The current CAF Grievance Process does not fulfill its purpose. In order to “fix the process” and in so doing eliminate the backlog some structural changes should be considered.⁵⁵

⁵⁴ *Ibid*, at p 88.

⁵⁵ To cure the backlog the following two changes should be considered.

1. *Compensation and Benefits.* Of the 1000+ grievances currently in the system, about 40% concern compensation and benefits (C&B). To limit the grievance backlog, the Queens Regulations and Orders could be amended to make all issues of C&B not grievable; from heron, such issues would only be reviewable by the Director, C&B who is the expert in such matters. Whether or not a member is entitled to C&B is, at its core, a matter of black letter law. A member is either entitled to C&B, or they are not. Decisions of the Director, C&B would be subjected to judicial review on the standard of ‘correctness’ per s.2 of the *Federal Courts Act*.
2. *Annual Performance Evaluation Reports.* The issue is that many, many grievances are filed each year by members who disagree with their superior officer’s Personal Evaluation Reports (PERs) evaluation.

Despite the existence of a rather large administration spread out throughout various levels of the chain of command, the grievance process cannot and does not meet its statutory obligations towards the serving men and women of the Canadian military. For instance, it is not unusual for Michel Drapeau Law Office to be waiting between 3 to 6 years or even more to wait for a decision by a Final Authority.⁵⁶

After an Initial Authority decision, the grievance system compels these grievances to be sent to the Chief of Defence Staff for review, despite that many of the aggrieved are junior members, or non-commissioned members. The Final Authority has no personal knowledge of the day-to-day work, quality of output, leadership capability or promote-ability of the vast majority of the aggrieved. For nearly all PER grievances, the Chief of Defence Staff would not even know their name. It is silly to have the FA spend time reviewing PERs for persons separated by 8 ranks or more, which is often the case. A solution could be to make PERs excluded from the CAF grievance process. Instead of filing a grievance, a member should be offered a right of annotation, which could be a memo written by the member, that would be appended to the PER, that would detail disagreements that member has with a particular rating of comment(s). Both the Chain of Command and Merit Review would then become cognizant of these annotations and where applicable take a member's objection into consideration.

⁵⁶ In the UK, since 2015 there is a Service Complaints Ombudsman who provides an independent oversight and investigation in support of the grievance process for the UK Armed Forces. The Ombudsman makes an annual assessment as to whether the Service Complaints system is efficient, effective and fair.

The current target time to resolve a Service Complaint is 24 weeks. However, in 2019 only 46% of Service Complaints were closed within 24 weeks. The Naval Service managed to close 74% of the Service Complaints within the time target. See United Kingdom, *Annual Report 2019*, Service Complaints Ombudsman for the Armed Forces, at <https://www.scoaf.org.uk/download/4386/> which indicates that grievances [identified as "*Service Complaints*"] must be resolved within a reasonable timeframe and without undue delay to avoid a negative impact on wellbeing. The average number of weeks taken to finalize a Service Complaint in 2019 was 36 weeks.

In Australia, there is an Inspector General who has independent oversight, review and coordination of complaints made under the military Redress of Grievance process. Where a complaint cannot be resolved within the chain of command, members may initiate a complaint by lodging a Redress of Grievance (ROG) or complaint to the Inspector-General of the Australian Defence Force (IGADF). The Office of the IGADF is intended to provide a mechanism whereby the military justice system is reviewed and audited, independently of the chain of command. The IGADF may investigate matters arising from both the discipline and administrative systems. The role of the IGADF is to identify systemic causes of injustice within the military justice system, rather than supplant existing avenues of recourse available to individuals. The IGADF does not have the power to implement measures arising out of his or her investigations. The IGADF's only power is to make recommendations to other authorities who may remedy the matter. See Australian

Recommendation. Ideally, an effective grievance procedure helps the chain of command to discover and remedy problems before they can cause discontent and adversity in the workplace. In 2003 the late Chief Justice Lamer “recommended new measures to end the unacceptable delays... that, from now on, decisions respecting grievances be rendered within a time limit of twelve months.” Also, in 2003 the Chief Justice recommended that the CDS “*be required to report annually on the CAF Grievance Process, including the timeliness of the review of grievances.*” This is still not happening. These recommendations should now be formalized in the *NDA* statute.

I. CAF Jurisdiction over Sexual Assaults⁵⁷

For the past two decades, the military has received several warnings about the deep-seated crisis of rampant sexual misconduct in its ranks. A few months after the 1997 publication of “*Dishonored Legacy*”⁵⁸ a report which addressed the lessons of the *Somalia Affair* under the themes of leadership and discipline failures, cover-up by the chain of command and a lack of accountability, the media alerted the public to this toxic matter. *MacLean’s Magazine* published four cover stories in 1998 under such titles such as: “*Rape in the Military*”; “*Of Rape and Justice*”; and, “*Speaking Out*”. Astonishingly, in response to this crisis affecting both the safety and integrity of soldiers as well as the reputation of the institution, in 1998 Cabinet transferred the investigation and prosecution of sexual assaults to the military to “*enable the military to deal with the incidents swiftly for the sake of unit cohesion.*”⁵⁹ In plain language

Government, Department of Defence, “Inspector General”, *Military Justice*, at <https://www.defence.gov.au/mjs/igadf.asp>

⁵⁷ In 1998 section 70 of the *NDA* was amended to give jurisdiction to the military over ‘sexual assaults’. See *Behind the Times*, supra note 20 at p 96.

⁵⁸ Canada, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia, *Dishonoured legacy:: the lessons of the Somalia Affair - report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*, 1997 (CP32-65/1997). [*A Dishonoured Legacy*].

⁵⁹ At that time the military did not have any prior experience in investigating and prosecuting such crimes. Section 70 of the *NDA* was amended.

this meant that 'unit cohesion' – an euphemism for military control – was to take precedence over the safety, integrity and dignity of soldiers.

Other warnings followed. For instance, the 2010 high-profile sexual assaults of Colonel Russell Williams brought vivid attention to this issue. In April 2014, *MacLean's* published another major cover story titled "*Our Military's Disgrace*". In 2015, the *Globe and Mail* reported on the existence of a sexualized culture at the Royal Military College (RMC). In February 2016, la *Société Radio Canada* broadcasted "*Femmes au combat*" in which five female soldiers denounced the lack of action taken by the military in response to their sexual assaults by fellow soldiers. This was quickly followed in 2015 by a strings of media reports about sexual misconduct at the RMC in Kingston. However, except for the occasional comment in the House of Commons, parliamentarians appear satisfied to let the military "deal" with the problem!

Also, in 2015 an external review on sexual misconduct was conducted by the Honorable Marie Deschamps, former Justice of the Supreme Court of Canada. Not surprisingly, she found that a large percentage of incidents of sexual misconduct were not reported. There was a deep mistrust by the victims that the military did not take their complaints seriously and that such conduct was generally ignored, or even condoned, by the chain of command. Victims feared negative repercussions, lack of career progression, expressing concern about not being believed, being stigmatized as weak, labeled as troublemakers, being subjected to retaliation by peers and supervisors, and/or diagnosed as unfit for work. Me Deschamps also found that the Military Police lacked the appropriate skills and training to deal with sexual-assault victims.⁶⁰

⁶⁰ The 2015 Final Report of Fynes Public Interest Hearing by the Military Police Complaints Commission (which is available at the following link: <http://mpccwet4.imatics.com/01/1400/3700/2011-004/index-eng.aspx>) indicates some serious inadequacies in training and experience of Military Police office in conducting criminal investigations.

*“[29]. Many of the other recommendations and findings for which the Military Police provides no answer also relate to areas where, in the Commission's view, **the deficiencies were serious, obvious and inexcusable.** The Commission identified clear, often egregious deficiencies in the interactions by the Military Police with the Fynes throughout the investigations under review, including: the repeated failure to provide them with substantive information and answers to their legitimate questions; the failure to fulfill commitments made to them; the failure to provide appropriate*

In the wake of this report, the CDS launched Operation Honour and opened an **in-house** reporting center. From the get go, we have denounced the fact that DND/CAF has purposely ignored seven (7) of the ten (10) recommendations made by the Honorable Marie Deschamps in her March 27 2015 Report on her External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces⁶¹ in which she insisted that an INDEPENDENT Center for accountability for sexual assault and harassment, outside of CAF, be created.⁶² Under the pretext that a Sexual Misconduct Response Centre (SMRC) was placed under the control of DND at NDHQ is most certainly not the sort of independence and distance envisioned by the Honorable Me Deschamps or expected from CAF personnel who are victims of sexual assault or harassment. At NDHQ, the organization elements of DND and CAF are conjoined and there is little daylight between the two.⁶³

Then in November 2016, Statistics Canada published the results of a survey on sexual misconduct. The responses received from over 43,000 members did not bring anything new to the table. However, it brought forward ‘*certainty*’ about the scope and severity of the matter. Consider: a) among Regular Force members, 27.3% of women and 3.8% of men had been victims of sexual assault at least once since enrolling; b) about 960 members had been victims of sexual assault in the previous 12 months; and, c) 49% of women who were victims of sexual assault identified their

explanations and apologies once the failure to disclose the suicide note was discovered; and the failure to take steps to return exhibits because there were no processes in place to deal with them.”
[Our emphasis]

⁶¹ Marie Deschamps, External Review Authority (27 March 2015) *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces – Recommendations*: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/reports-publications/sexual-misbehaviour/external-review-2015/recommendations.html>

⁶² Recommendation 3 of her Report reads as follows:

*“Create an **independent** center for accountability for sexual assault and harassment outside of the CAF with the responsibility **for receiving reports of inappropriate sexual conduct**, as well as prevention, coordination and monitoring of training, victim support, monitoring of accountability, and research, and to act as a central authority for the collection of data.”* [Our emphasis]

⁶³ This matter was discussed at the meeting of the SCOND parliamentary committee on February 22, 2021.

supervisor or someone of a higher rank as the perpetrator. Obviously, since the launch of Operation Honour, several members disobeyed the orders of General Vance.⁶⁴

Nevertheless, the conviction rate by courts martial for sexual assault offences is dramatically lower than the rate in Canada's civilian criminal courts for similar offences.

“Since Operation Honour was launched in 2015, only one soldier has been convicted of sexually assaulting a female member of the Canadian Armed Forces by Canada's military legal system. (...) In addition, plea bargains in which [to avoid a criminal record] accused individuals can avoid Criminal Code convictions by pleading guilty to military specific discipline offences like drunkenness, conduct to the prejudice of good order and discipline, and disgraceful conduct have been used in some cases involving aggressive sexual attacks. Sanctions for even these serious sexual attacks involved fines and reprimands.”⁶⁵

In November 2020, the CAF introduced “*The Path Towards Dignity and Respect*” that replaces the previous Action Plan issued in April 2015.

Recommendations. The SMRC must be removed from under the control of DND at NDHQ.

As a matter of priority, legislative changes which have been introduced and received Royal Assent in Bill C-77 in June 2019 must be put into force immediately to ensure that victims of crime be immediately entitled to the same protection afforded to every other individual in Canada – Canadian citizen or otherwise – under the *Canadian Victims Bill of Rights*.

⁶⁴ Of note, former Chief of Defence Staff, General Jonathan Vance, is currently under investigation for allegations of sexual misconduct during his service, and his successor, Admiral Arthur McDonald, was suspended from his duties as new Chief of Defence Staff amid investigations on allegations of sexual misconduct. Needless to say, the allegations have hindered many members of the CAF's trust in the chain of command and the effectiveness of Operation Honour.

⁶⁵ Elaine Craig, “An Examination of How the Canadian Military's Legal System Responds to Sexual Assault”, (2020) 43:1 Dal LJ 63.

Secondly, the *National Defence Act* must be amended to return jurisdiction for sexual assaults to civil courts. [S. 70 of the *NDA* refers.]

Finally, and perhaps most importantly, the time has come to appoint a civilian personality as the Inspector General of the Armed Forces who would act as an advisor to the Minister and Parliament to specifically deal with this issue leaving the CDS to concentrate on the performance of his military missions and tasks.

m. Freedom of association⁶⁶

In 2010, the Council of Europe adopted a recommendation on the ‘Human Rights of Members of Armed Forces’ which states, *inter alia*, that “*members of armed forces have the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association . . . [they] should have the right to join independent organisations representing their interests . . .*”⁶⁷

As a result, there is currently a well-structured social dialogue taking place in Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Finland, Hungary, Ireland, Norway, Romania, Switzerland, and the Netherlands concerning military associations. The central question in these debates is how to respect the rights of military personnel to the freedom of association and assembly while at the same time meeting the *needs and legitimate concerns of the military, given its unique function*.

Recommendation. Members of the CAF should fully enjoy the right to stand up a professional association geared to protecting their professional interests in the framework of democratic institutions. Without a professional association to represent their collective social interests, soldiers rely on bodies such as the Military Police Complaints Commission (MPCC), the DND/CAF Ombudsman, the House of Commons (in particular the Standing Committee on National Defence), or the CAF grievance process to present a counterweight to correct a wrong. But this is clearly not enough.

⁶⁶ *Behind the Times*, supra note 20 at p. 102.

⁶⁷ Council of Europe, Committee of Ministers, *Human Rights of Members of the Armed Forces*, Recommendation CM/Rec (2010) 4, adopted at the 1077th meeting (24 February 2010). of the and explanatory memorandum.

PART III B: CURRENT RECOMMENDATIONS FOR REFORMS

OFFICE OF THE JAG⁶⁸

One of the areas which needs to be reformed on a priority basis is the status of the JAG; its lack of independence from command influence; and, the immense and conflicted powers vested in that office.

⁶⁸ The appointment of a special officer to conduct courts martial during a war campaign can be traced back to 1587 during the reign of Elizabeth I when a Judge Martial (or Marshal) accompanied the Earl of Leicester's army. In those days, the Judge Martial was independently responsible for military discipline. At the start of a war campaign acting on the advice of the Judge Martial, the Sovereign would issue a list of Rules and Ordinances of War.

In the 1630s, the phrase 'judge advocate', or variants thereof, became increasingly in common use. In 1639, for instance, an Advocate served with the Army of Charles I. On June 7, 1645, an *Ordinance for constituting Commissioners and a Council of War for trial of all persons . . .* appointed a Judge Advocate and a Provost Marshal. The Ordinance enabled and authorized the Judge Advocate to receive all "... *accusations, articles, complaints and charges against all or any of the offenders. . .*" By 1659, the Office of the JAG was created to supervise 'courts martial'.

Prior to 1893, in the U.K. the JAG was a Privy Councillor, a junior Minister in the government, usually a Member of Parliament and a spokesman for the Commander in Chief in Parliament. In those days, the appointment was regarded as a political office and the JAG had direct access to the Sovereign on matters pertaining to his office. However, in 1893 the Judge-Advocate ceased to be a Minister. From that date the Office of the JAG was responsible for both judicial and advisory functions. That changed in 1948 when the UK Parliament decided to appoint a *civilian* member of the bench as the JAG entrusting him with the exclusive role of chief magistrate of the penal military justice system accountable not to the military chain of command but to the Lord Chancellor.

Meanwhile in 1911, Canada appointed its first Judge Advocate General. At the time the expectation was that a *civilian* barrister would be named as the JAG by the Governor in Council but the Prime Minister opted instead to appoint a friend who happened to also be a reservist. Since that time the Canadian JAG has been a military officer.

In 1997, in the wake of the Somalia Inquiry which clearly indicated the need for fundamental reforms to the penal military justice system, the JAG was divested of all his judicial functions when full-time military judges were appointed to ensure, to the fullest extent possible, judicial independence from the chain of command. However, the JAG retained his prosecutorial and defence functions, a matter of continued debate raising serious apprehension about the real independence and impartiality of those particular offices. The JAG was also allowed the continued use of the "Judge" title which not only misrepresents the factual reality but cause him to be wrongly viewed and perceived, to this day, as the titular head of the military judiciary apparatus which is not the case.

- a. **Misleading title.** The JAG's multi-layered jurisdiction is enhanced further by a very misleading title, Judge Advocate General, since the JAG is not a judge. The position was stripped of that function decades ago.⁶⁹
- b. **JAG has a plenipotentiary mandate.** Over the past decades, the JAG has been conferred an extremely wide mandate over the administration of the military penal and disciplinary justice system.⁷⁰
 - i. First, The JAG is responsible for the superintendence of the administration of military justice in the Canadian Forces. He or she has monopolistic authority to provide advice to all stakeholders in the military justice system on practices, developments and reforms. This item will be further discussed immediately below.

⁶⁹ In the United Kingdom, the JAG is a High Court judge and has not been part of the UK Department of Defence since 1948. The UK JAG does not hold a military rank. He is part of the Royal Courts of Justice Group of Her Majesty's Courts Service. As a civilian judge, the UK JAG is independent of the executive branch and is not accountable to Government. The same goes for the UK JAG team of Judge Advocates, who are civilian judges and sit as the trial judge in Courts-Martial.

⁷⁰ The Office of the National Defence and Canadian Forces Legal Advisor (DND/CF LA) is a departmental legal services unit established by the Department of Justice, and in this respect is separate from the Office of the JAG. The Office of the DND/CF LA was specifically created to act as legal adviser to the CAF in matters for which the JAG does not have jurisdiction. The Office includes civilian lawyers from the Department of Justice, administrative staff, and military legal officers assigned by the JAG. The DND/CF LA is a Senior General Counsel of the Department of Justice who reports to the Assistant Deputy Attorney General (ADAG) of the Public Safety, Defence and Immigration (PSDI) Portfolio, yet is accountable to the Minister of National Defence.

"The DND/CF LA is part of the Public Safety, Defence and Immigration (PSDI) Portfolio of the Department of Justice. A Senior General Counsel and Legal Advisor is responsible for the DND/CF LA and is accountable to the Deputy Minister, DND for the proper management of human and financial resources made available by the DND to the DND/CF LA. The Senior General Counsel and Legal Advisor reports to the Assistant Deputy Attorney General (ADAG) of the PSDI Portfolio and is accountable to the ADAG for the proper management of human and financial resources made available to the DND/CF LA by the Department of Justice, and for the quality of legal services provided by the DND/CF LA."

See Canada, Department of Justice, "Corporate Publications", *Office of the Legal Advisor to the Department of National Defence and the Canadian Forces*, August 2010, at link: <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cp-pm/aud-ver/2010/ndcf-dnfc/03.html>.

- ii. Second, the JAG supervises both the Director of Defence Counsel Services (DDCS) and the Director of Military Prosecutions (DMP); two individuals appointed by the Minister of National Defence⁷¹ to roles with conflicting duties and interests.⁷²
 - a) The JAG may issue instructions or guidelines in writing in respect of prosecutions in general, or in respect of a particular prosecution.⁷³ This may constitute improper considerations taken into account in the exercise of prosecutorial discretion.⁷⁴
 - b) The JAG may also issue general instructions or guidelines in writing in respect of defence counsel services.⁷⁵ The military justice system is arguably the only system in Canada where both Crown prosecutors and Defence counsel report to the same immediate supervisor.
- iii. Third, the JAG acts as legal adviser⁷⁶ to the Department of National Defence, the Canadian Armed Forces, the Minister of National Defence, and the Governor General⁷⁷ on matters related to military law.⁷⁸

⁷¹ *National Defence Act*, s. 249.18(1) and s. 165.1(1).

⁷² *National Defence Act*, s. 249.2(1) and s. 165.17(1).

⁷³ *National Defence Act*, s. 165.17(2)-(3).

⁷⁴ *R. v. Cawthorne*, [2016] 1 SCR. 983, at para 34.

⁷⁵ *National Defence Act*, s. 249.2(2). The JAG cannot issue specific instructions for the DDCS about a particular defence case.

⁷⁶ The Judge Advocate General is directly responsible for advice on international law (including the Geneva Convention and the Law of Armed Conflict as well as operational law), criminal law and military justice policy, military training and education, rules of procedures, rules of engagement, grievances, boards of inquiry and summary investigations, elections law, compensation and benefits, military personnel law and the organization, command, and control of the Canadian Armed Forces.

⁷⁷ *National Defence Act*, s. 9.1. However, the Minister of Justice is also the official legal adviser of the Governor General in all matters relating to the administration of justice within Canada, not within the jurisdiction of the governments of the provinces. See s. 4(b) of the *Department of Justice Act*. The Minister of Justice and the JAG therefore have concurrent jurisdiction and functions as legal adviser to the Governor General in matters relating to military law.

⁷⁸ *National Defence Act*, s. 9.1.

- iv. Fourth, the JAG is responsible to conduct, or cause to be conducted, regular reviews of the administration of military justice.⁷⁹
- v. Fifth. As part of the “Executive Branch”, the JAG also proposes changes to the *National Defence Act* and its regulations and, where appropriate, opposes any such reform. The JAG Directorate on Military Justice also is responsible for the drafting of Queen’s Regulations and Orders.
- vi. Sixth. The JAG has ‘*command*’ responsibility over all military lawyers and non-commissioned members posted to a position within the Office of the Judge Advocate General which includes the DMP and DDCS.⁸⁰
- vii. Seventh. The JAG oversees the Canadian Forces Legal Branch⁸¹ which provides him or her with the authority to manage the career of all legal officers including their postings, appointments, selection for post-graduate training and performance evaluation.

Overall, the JAG functions require its incumbent to be totally loyal and partisan to the interests of the military as an institution as well as to the chain of command. This leaves no scope for the JAG to reform the military justice system in ways that would be seen or perceived by the chain of command to be against its interest or the interest of CAF as an institution. Therefore, only soft reforms acceptable and compatible with the military mind and the views of the chain of command are likely to result from any in-house self-initiated review of the military justice system.

⁷⁹ *National Defence Act*, s. 9.2(2).

⁸⁰ Pursuant to article 4.081 (1) of the QR&Os, every military legal officer whose duty is the provision of legal services to the Canadian Forces shall be posted to a position established within the Office of the Judge Advocate General. This means that every legal officer on the JAG establishment is responsible to the said JAG for the proper and efficient performance of his duties. (Article 4.01 of the QR&Os refers). This also means that the duties of a military legal officer posted to a position within the Office of the Judge Advocate General are determined by the JAG and, in respect to the performance of those duties; a military legal officer is NOT subject to the command of an officer who is not a legal officer. (Article 4.081(4) of the QR&Os refers).

⁸¹ All military legal officers are members of the CAF Legal Branch.

Recommendations.

- The current JAG position should be retitled as the Military Legal Advisor. As such, he or she should be reporting to the CDS and provide legal advice, as and when required, to the Commander-in-Chief, the Minister of Defence and the CAF on issues pertaining to military law.
- The current JAG should be divested of his superintendence function vis-à-vis the military justice system. Those functions properly belong to the Minister of Justice. This will be discussed immediately below.
- The current JAG should be divested of all his supervisory duties over the Director of Military Prosecutions and the Director Defence Counsel Services.
 - A civilian barrister should be appointed as the DMP and he should report to the Attorney General.
 - Serious consideration should be given to retire the position and office of Director of Defence Counsel Services.
- The current JAG should be divested of his duty to conduct, or cause to be conducted, regular reviews of the administration of military justice. That function properly belong to the Minister of Justice.
- The title Judge Advocate General properly belongs to the head of the military judiciary whether that person is a military officer or a civilian judicial person.

DENIAL OF RIGHT TO LEGAL COUNSEL

Despite all of the above, while the CAF has the right to be represented by the JAG or CF Legal Advisers, members of the CAF are currently denied the right to act through legal counsel in administrative matters and issues of law, including administrative review procedures, grievances and release procedures, and many disciplinary matters.

Military administrative law seeks to protect the rights of soldiers, sailors, and airpersons within the CAF by ensuring that the practices therein are governed not only by

their statutory framework, but also by the principles of fundamental justice; meaning the basic tenets that underpin the common law, including procedural fairness, equality, and natural justice.

All Canadians, except for members of the CAF, have the presumptive common law right to act through legal counsel before an administrative tribunal and/or through administrative processes that directly impact their rights, privileges, or interests. Interestingly, the Final Authority in the CAF grievance process is an administrative tribunal as defined in the *Federal Courts Act*, yet the CAF do not recognize a member's right to act through legal counsel, even before the Final Authority.⁸²

As stated by Lord Denning and the Federal Court of Appeal of Canada, when a person's reputation or livelihood is at stake,⁸³ that person has the right to counsel and the right to speak by counsel:

*"We see it every day. A magistrate says to a man: 'You can ask any questions you like'; whereupon the man immediately starts to make a speech. If justice is to be done, he ought to have the help of someone to speak for him. And who better than a lawyer who has been trained for the task? I should have thought, therefore, that when a man's reputation or livelihood is at stake, he not only has a right to speak by his own mouth. He also has a right to speak by counsel or solicitor".*⁸⁴

No administrative tribunal in Canada actively undermines a person's right to legal counsel quite like the CAF. The CAF's regulations, specifically Defence Administrative Orders and Directives (DAOD) 2017-1, section 12.2, have misrepresented the spirit and intent of the Supreme Court of Canada in *Honda v. Keays*,⁸⁵ which preserves a right to legal counsel in all places of employment in Canada.

⁸² DAOD 2017-1, *Military Grievance Process*, (issued 23 February 2012, and updated 26 November 2015).

⁸³ In the CAF, reputation is often intrinsically linked to career advancement and livelihood.

⁸⁴ *Pett v Greyhound Racing Association (No.1)*, (1969) 1 Q.B. 125, Lord Denning at p. 132; see *Canada v. C.A.T.C.A.*, 1984 CarswellNat 49, Federal Court of Canada – Appeal Division; see also *Howard v. Stony Mountain Institution*, 1985 CarswellNat 2, Federal Court of Canada – Appeal Division.

⁸⁵ [2008] 2 SCR 362.

SUPERINTENDENCE OF THE MILITARY JUSTICE SYSTEM⁸⁶

Section 4 of the *Department of Justice Act*⁸⁷ proclaims that the Minister of Justice is the official legal advisor of the Governor General and is the legal member of the Queen's Privy Council for Canada. Section 4(b) stipulates that the Minister of Justice "*shall have the superintendence of all matters connected with the administration of justice in Canada, not within the jurisdiction of the provinces.*"

On the other hand, sections 9.1 and 9.2 of the *National Defence Act*, which are reproduced below, provides for a quasi-identical role for the JAG vis-à-vis military law. However, this can be confusing as the Minister of Justice is clearly responsible for the superintendence of all matters connected with the administration of justice in Canada which do not fall under the jurisdiction of provincial governments.⁸⁸

- a. s. 9.1 of the *NDA*. "*The Judge Advocate General acts as the legal adviser to the Governor General, the Minister, the Department and the Canadian Forces in matter relating to military law.*"⁸⁹
- b. s. 9.2(1) of the *NDA*. "*The Judge Advocate General has the superintendence of the administration of military justice.*"

⁸⁶ The military is among the least democratic institutions in human experience; martial customs and procedures clash by nature with individual freedom and civil liberty, the highest values in democratic societies. Civilian control allows a nation to base its values and purposes, its institutions, and practices, on the popular will rather than on the choices of military leaders, whose outlook by definition focuses on the need for internal order and external security.

⁸⁷ R.S.C., 1985. c. J-2.

⁸⁸ The Minister of Justice's superintendence with regards to matters related to the administration of military justice in Canada cannot therefore have been granted to the JAG by the *National Defence Act*. The JAG's superintendence of the Canadian military justice system can only extend to all matters of the administration of military justice outside Canada.

⁸⁹ The term "*military law*" is defined at section 2 of the *Criminal Code of Canada* as including "all laws, regulations or orders relating to the Canadian Forces." Generally speaking, the JAG defines "military law" as a broader body consisting of the law relating to the constitutionally separate system of military justice as well as the governance, administration and activities of the Canadian Armed Forces.

Read together the above provisions could be interpreted to mean that in Canada the military has been granted an exclusionary status as well as an independence of decision and action within a wide sphere of competence over a significant aspect of Canada's sovereignty. This could also be taken to mean that in Canada's democracy the military has been granted near full autonomy over the military justice system almost as if it were operating as a state within a state.

Recommendation.

- a. As noted above, the JAG should be divested of his superintendence functions and reviews of the administration of military justice. Those functions properly belong to the Minister of Justice.
- b. An alternative is to entrust the superintendence of the military justice system to an Inspector General for the Armed Forces.

PARLIAMENTARY OVERSIGHT OVER MILITARY JUSTICE

The Canadian Parliament has rarely played a significant role in providing civilian (non-judicial) oversight over the Canadian military. One of the solid recommendations made by Justice Gilles Letourneau, Chair of the Commission of Inquiry into the deployment of the Canadian Airborne Regiment to Somalia,⁹⁰ was to appoint an Inspector General,⁹¹ reporting to Parliament. Regrettably, this recommendation was disregarded.

⁹⁰ Established by Order In Council, P.C. 1995-44, 20 March 1995.

⁹¹ See *A Dishonoured Legacy*, Volume 2, supra note 58 at pp 397-409.

According to the Chair, a civilian Inspector General would be directly responsible to Parliament constituting an essential part of the mechanism Canadians would use to oversee and control the CAF and the defence establishments. The Inspector General would be appointed by the Governor in Council and made accountable to Parliament with broad authority to inspect, investigate and report on all aspects of national defence and the armed forces. The Inspector General office would incorporate the concepts of both a military inspector and an ombudsman. The Inspector General conducts inspections focused on systemic problems within the chain of command and the military justice system and investigations focused on complaints about misconduct of individuals of any rank or position. He would also be charged with overseeing the military justice system. In his role as an Ombudsman, he would provide assistance focused on helping to mediate conflicts between individuals and the CAF and help to redress injustices to individuals. Any member of the

Instead, Parliament has relied on the creation and operation of the Military Police Complaints Commission (MPCC),⁹² the Military Grievances External Review Committee (MGERC),⁹³ and the office of the DND/CAF Ombudsman.⁹⁴ All of which reporting not to Parliament but to the Minister of National Defence.

Parliamentarians have a duty to question and hold to account governments and ministers who exercise control over CAF officers and officials who have discretion over how the Canadian Forces are trained, prepared and deployed and how officers authorize the use deadly force. These are topics that matter, and which should, but very often do not, occupy parliamentarians charged with the oversight of Canada's national defence.

Recommendation.

Of the various instruments available to Parliament, the committees on national defence of the Senate and the House of Commons seem best suited to provide effective parliamentary oversight of National Defence and the Canadian Armed Forces. These committees may not, however, reach their full potential as presently conceived and structured. Chief among the reforms needed, we would emphasize the importance of examining the annual estimates in detail; increase the experience and knowledge of committee members, perhaps by regulating their periods of appointment to committees; and provide expert staffs and other support to committee work.

CAF, and any public servant in DND, would be permitted to approach the Inspector General **directly** for whatever reason and without first seeking prior approval of any member of the CAF or DND.

⁹² Recently, the United Kingdom provided for oversight of the military police (called the Service Police) in *Armed Forces Bill 2021*, following the recommendation of the corporate report, Service Justice System review by the Ministry of Defence (published 27 February 2020) – also known as the Lyons Report – which is meant to provide a robust yet welcome civilian oversight.

⁹³ The militarization of oversight organizations. Oddly, this major oversight body has been staffed with several recently retired CAF officers defeating the purpose of having true “civilian” oversight performed in this critical area affecting the rights of soldiers. Currently, two Vice-Chairpersons as well as the DG Operations and General Counsel are all retired senior CAF Officers who recently served in Regular Force in the rank of Colonel.

⁹⁴ An external and independent body such as an Inspector General should be appointed to review the reports prepared by these bodies and report to Parliament. The USA, Australia, and Germany have such a system.

LACK OF INDEPENDENCE OF MILITARY JUDGES

Presently, there are four full-time military judges. These military judges are members of the Canadian Armed Forces and as such are subject to the *Code of Service Discipline* and are required to become acquainted with, observe and enforce the *NDA* and its regulations, and all other regulations, rules, orders and instructions. Like any other commissioned officers, they are subordinate to the chain of command.⁹⁵

Recently, the former CDS placed the Office of the Chief Military Judge under the control of the VCDS for discipline matters.

Light workload

In 2019, the military judiciary only heard from 44 defendants at the trial level. Of these trials, about half involved guilty pleas, and the other half largely concerned minor disciplinary offences.

In a Spring 2018 Report, the Auditor General openly criticized the military judiciary as being inefficient, marred with delay and plagued with “systemic weaknesses.”⁹⁶ In December 2018, the Standing Committee on Public Accounts found that the CAF did not administer the military justice system efficiently, as evidenced by excessive delays throughout the process.⁹⁷

No independence

Three out of the four Court Martial judges have declared themselves lacking independence or impartiality; in its current form, military courts have been deemed

⁹⁵ See s. 60 of the *NDA* and articles 4.02 and 19.015 of the *QR&Os*. See paras 15, 91 and 171 of *Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Office of the Military Judge)* 2020 FC 330.

⁹⁶ Office of the Auditor General, *Report 3 – Administration of Justice in the Canadian Armed Forces*, 2018 Spring Reports of the Auditor General of Canada to the Parliament of Canada. See link: https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/parl_oag_201805_03_e_43035.html [*Report 3 – Spring 2018*]

⁹⁷ Office of the Auditor General, *Report 3 – Canada's Fighter Force – National Defence*, 2018 Fall Reports of the Auditor General of Canada to the Parliament of Canada. See link: https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/parl_oag_201811_03_e_43201.html [*Report 3 – Fall 2018*]

unconstitutional⁹⁸ because judges are subject to disciplinary authority of the VCDS and subject to the military's *Code of Service Discipline*.⁹⁹ Military judges are beholden to the executive government, and this is inappropriate as it violates the Doctrine of Separation of Powers.¹⁰⁰

Judges should not hold military rank and should not be subject to the orders and directives of the military's chain of command. This could be done by amending the *National Defence Act* such that, upon appointment, military judges would retire their rank and assume the role of 'Judge' distancing themselves from both the military chain of command and the *Code of Service Discipline*. They would remain subject to the existing Military Judges Inquiry Committee appointed by the Chief Justice of the CMAC.

Recommendation.

There is no need for a parallel system of military justice since the civilian judiciary could aptly subsume the very small number of courts martial currently taking place in Canada. This is the approach taken by many of our European allies. Courts martial jurisdiction could be assumed by a military division added to the Federal Court of Canada. Merging the Office of the Chief Military Judge (total of 21 personnel) with the Federal Court of Canada and creating a 'military division' therein would address this issue. Besides realizing substantial personnel and operations financial savings by having, for example, a single registry as well as technical, financial and clerical support staff, a military division¹⁰¹ at the Federal Court would give access to a pool of qualified Federal

⁹⁸ *R v. Crépeau*, 2009 CM 4014 (per D'Auteuil J); *R v. Pett*, 2020 CM 4002 (per Pelletier J); *R v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (per Suksdorf J).

⁹⁹ *National Defence Act*, s.60.

¹⁰⁰ *Constitution Act*, 1867.

¹⁰¹ The head of that division should hold the title of Judge Advocate General. This military division would hold "courts martial" (Standing or General Court Martial in accordance with ss. 166 and 173 of *National Defence Act*.) Court martial trials could be held in current Federal Court locations.

- This has already been done in the United Kingdom (UK) and Australia. [See section 196(6)(a) and (b) of the Australian *Defence Force Discipline Act 1982*.]
- In Australia, a person shall NOT be appointed as the Judge Advocate General unless the person is or has been a Justice or Judge of the federal court or of a Supreme Court of a State or Territory. See section 180 of the Australian *Defence Force Discipline Act 1982*.

Court judges who are already well experienced in all aspects of federal law, including the *NDA*, since many of them regularly sit on the already established Court Martial Appeal Court.¹⁰²

COURTS MARTIAL¹⁰³

a. 2008 BRONSON (DMP) REPORT.¹⁰⁴ In 2008 an external review of the DMP organization was the subject of a Bronson Report which concluded, *inter alia*, that on

-
- In New Zealand, the JAG is also the Chief Judge of the Court Martial. See New Zealand, section 203 of the *Armed Forces Discipline Act 1971*.
 - Also, section 15 of the *Irish Defence Act, 1954* specifies that the Judge Advocate-General shall be a practicing barrister-at-law of at least ten years' standing but shall NOT be a member of the Defense Forces, and shall be appointed by, and hold office during the pleasure of, the President.

¹⁰² Many will likely insist that a judge at a court martial absolutely needs to have 'military experience.' Paradoxically, judges sitting at the Court Martial Appeal Court or the Supreme Court of Canada would have to have 'military experience' to hear an appeal.

Yet, a crime is a crime is a crime, whether committed by a person in uniform, a lawyer, a physician, an accountant, a diplomat, or a hockey player. Also, any mitigating and special circumstances or context of a given crime can be taken into account by any sentencing or a reviewing judge, if properly pleaded by defence counsel.

Judges of the Federal Court are trained initially when they are newly appointed and continuously during their careers in all areas of the federal law, criminal or civil. Additionally, Federal Court judges already sit on cases dealing with a range of military administrative law matters. Moreover, many of these judges already sit as appellate judges on the Court Martial Appeal Court which is itself presided by a judge of the Federal Court of Canada.

¹⁰³ There are two types of courts martial:

- a. General Court Martial who may try any person charged with a service offence. It is composed of a panel of five officers. It is presided by a military judge.
- b. A Standing Court Martial who may try any person charged with a service offence. It is presided by a military judge.

¹⁰⁴ Judge Advocate General, *Court Martial Comprehensive Review*, Interim Report (21 July 2017).
See [link](https://www.canada.ca/content/dam/dnd-link) at: <https://www.canada.ca/content/dam/dnd->

average, DMP prosecutors had 2.25 years of experience as a prosecutor. The report recommended that prosecutors should stay in their positions for a minimum of five years. A review conducted by the Auditor General in 2018 found that the length of prosecution experience of military prosecutions had not increased since 2008.

- b. 2009 BRONSON (DDCS) REPORT.¹⁰⁵ In 2009 an external review of the DDCS organization was the subject of a Bronson Report which, *inter alia*, contrasted the volume of cases that were dealt with at trial each year by military defence counsel (approximately 10-12) with the volume of cases dealt with each year by civilian criminal defence counsel (approximately 70-100) and concluded that the number of files being handled by military defence counsel was very low. The report further observed that “*despite the seemingly small caseload, the DDCS lawyers appeared at times to be quite fatigued and in some cases, even overwhelmed by the work.*” The report also noted, “*many of the incoming counsel lack experience and leave just when they are developing expertise in litigation,*” recommending an increase in the level of experience in the system, so that “*the quality of representation in courts martial would increase and have a positive effect on the military justice system.*”
- c. 2017 COURT MARTIAL COMPREHENSIVE REVIEW.¹⁰⁶ In 2017, the JAG published in draft form its internal report titled *Court Martial Comprehensive Review* which purpose was to conduct a legal and policy analysis of the CAF's Court Martial system. The report provides a policy-based analysis and discussion of the system along with a range of representative options for enhancing it. As directed by the Judge Advocate General, the review focused on assessing the effectiveness, efficiency, and legitimacy of the current system, and of options to enhance the system. It also provides a comparative analysis of the Court Martial (or equivalent) systems of ten countries that were visited by the comprehensive review team – some from the Anglo-American tradition of military justice, to which Canada belongs (the United States;

mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/en/jag/court-martial-comprehensive-review-interim-report-21july2017.pdf [*Court Martial Comprehensive Review*].

¹⁰⁵ *Ibid.* Andrejs Berzins and Malcolm Lindsay, *External Review of the Canadian Military Prosecution Service*, Ottawa, Bronson Consulting Group, 2008 [2008 Bronson (DMP) Report].

¹⁰⁶ *Court Martial Comprehensive Review*, supra 102. Andrejs Berzins and Malcolm Lindsay, *External Review of Defence Counsel Services*, Ottawa, Bronson Consulting Group, 2009 [2009 Bronson (DDCS) Report].

Ireland; the United Kingdom; Australia; and, New Zealand), and others from the Civil Law tradition of military justice whose operational focus mirrors that of Canada (Norway; Denmark; Finland; France and the Netherlands).¹⁰⁷ On January 17, 2018 the JAG has decided to take no further action on the contents of that report since it does not represent the views of the Office of the JAG. She would rely instead “on the results of the next independent review ... pursuant to section 273.601 of the *National Defence Act*.”

- d. 2018 AUDITOR GENERAL REPORT.¹⁰⁸ In Fall 2018, the Auditor General of Canada published a report which concluded that:
- i. The JAG did not have the information needed to oversee the military justice system. Also, various stakeholders, notably the Military Police, the DMP, DDCS and the Office of the JAG, had their own case tracking systems that did not capture all the needed information.
 - ii. Many of the recommendations made by the former Independent Review (Justice Lesage) had not yet been implemented.
 - iii. The JAG had not reviewed or studied the Summary Trial processes in the last ten years.
 - iv. The DMP did not develop clear and defined processes to ensure it could implement a prosecution policy that governs how decisions to proceed to Court Martial are well founded, made by the right people and are properly documented.
 - v. The JAG did not establish a formal agreement with these DMP and the DDCS to define how overall supervision can be exercised without compromising their ability to perform their functions independently.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Report 3 – Fall 2018, supra note 97.*

- vi. The JAG did not assess whether current practices and processes affect the independence needed by both directors to carry out their distinct roles in the military justice system.
- vii. The CAF did not administer the military justice system efficiently. There were delays throughout the various processes for both summary trials and Court Martial cases. In addition, systemic weaknesses, including the lack of time standards and poor communication, compromised the timely and efficient resolution of military justice cases.
- viii. The Office of the Judge Advocate General did not provide effective oversight of the military justice system and did not have the information needed to adequately oversee the military justice system.

Recommendation. The current Court Martial system lacks the required inherent independence and lacks organizational cohesiveness and basic organizational efficacy expected of a Canadian court of record. As noted earlier, courts martial jurisdiction could and should be assumed by a military division added to the Federal Court of Canada.

MILITARY JUSTICE AND CRIMINAL CODE OFFENCES¹⁰⁹

Section 130 of the *Code of Service Discipline* incorporates the entire *Criminal Code* and other federal acts such as the *Controlled Drugs and Substances Act* and the *Firearms Act* into the *National Defence Act*, thus turning such offences into “service offences” when they are committed by a person subject to the *Code of Service Discipline*. However, the particularities of hybrid offences and the distinction between indictable offences and summary conviction offences are not considered when incorporating the *Cr. C.* into the *NDA*.

Military Police and Power to Arrest Without a Warrant

Section 495(1) of the *Cr. C.* enables peace officers to arrest a person without a warrant, and this power is limited to serious offences, *to wit*, indictable offences, or

¹⁰⁹ *Military Justice in Action*, supra note 1 at pp 355-357. See also *R. v. Ellis*, 2010 CMAC 3.

situations where the individual is caught committing a *Cr. C.* offence. For clarity, s. 450(2) of the *Cr. C.* states that a civilian peace officer cannot arrest without a warrant a person who commits a *Cr. C.* offence that is punishable by summary conviction or a hybrid offence, unless that person is caught in the act by the peace officer.¹¹⁰

Sections 154 through to 156 of the *NDA* provide that an officer may arrest, without a warrant, any individual – who may or may not be subject to the *Code of Service Discipline* – in similar circumstances. Nevertheless, the power of the military police to arrest a person subject to the *Code of Service Discipline* is broader than that of civilian peace officers. Interestingly, the military police can arrest an individual without a warrant so long as the military police believes that this person committed or is about to commit a service offence, which includes administrative and disciplinary infractions punishable by summary hearings (formerly known as summary trials).

Commentary. Simply stated, the military police's power to arrest individuals without a warrant is overly broad and strips military and civilians of their fundamental safeguards pursuant to s. 9 of the *Charter*, leaving room for abuse of power and arbitrary detention.

Duplicating Offences and Punishment

It is worth mentioning that the *Code of Service Discipline* contains a mix of military disciplinary offences which duplicate *Cr. C.* offences.¹¹¹ The *Criminal Code* contains provisions such as, but not limited to, offences like mutiny, assault and battery, sexual assaults, uttering threats, criminal driving offences and treason which can be tried before and punished by civilian criminal courts.

These offences can also be prosecuted and tried before military tribunals pursuant to s. 130 of the *NDA*. Pursuant to s. 129 of the *NDA* the offenders can be tried and punished by the military courts for the same offences prosecuted before the civilian criminal courts, thereby creating an unfair situation of double jeopardy.

Recommendation. When the offences have been dealt with by the civilian criminal courts, that should be the end and the military then should take the appropriate administrative

¹¹⁰ *R. v. Feeney*, [1997] 2 SCR 13, at para 29 and 35. See also *R. v. Storrey*, [1990] 1 SCR 241.

¹¹¹ *Introduction to Military Justice*, supra note 28, at p 27.

measures required in the circumstances. In other words, there should be no duplication of trials and punishments.

PROMOTION AND APPOINTMENT OF GENERALS / ADMIRALS

a. Appointments made by the Governor in Council

The Chief of the Defence Staff (CDS) is appointed by the Governor in Council on the advice of the Prime Minister.¹¹²

The Judge Advocate General (JAG) is also appointed by the Governor in Council on the advice of the Prime Minister.¹¹³

b. Senior Appointments made by the CDS

Also, at present the CDS selects and appoints the Vice Chief of the Defence Staff (VCDS) as well as all heads of the three components (Royal Canadian Navy, the Canadian Army, the Royal Canadian Air Force), senior commanders of commands such as Canadian Joint Operations Command, the Canadian Special Operations Forces Command, the Canadian Forces Intelligence Command, the Personnel Command and the Deputy Commander of the North American Aerospace Defence Command

c. Promotions and appointments of generals and admirals

Promotion to the ranks of Brigadier-General and Commodore is competitive.

Promotion to the ranks of Major-General [Rear Admiral] and Lieutenant-General [Vice Admiral] is by selection of the CDS and approval by the Minister.

¹¹² See s. 18 of the *NDA*.

¹¹³ See s. 9 of the *NDA*.

	1994	2004	2013	2015	2018	2020
Estimated size of Regular Force	72,364	61,715	65,500	67,500	66,000	65,000
Number of generals and Flag officers	94	72	100	116	136	143

P.S. As an aside, despite the fact that the relative size of the Regular Force has remained relatively stable at around 66,000 over the past two decades, the number of generals/admirals has grown exponentially as indicated in the table above.¹¹⁴ This top-heavy structure called “brass creep” has reached record level under the leadership of General Vance. Shouldn't Parliament establish a ceiling on the number of generals the CDS is authorized to appoint?¹¹⁵

d. Commentary.

The military tends to be an insular institution, due in part to its desire to preserve characteristics it often perceives as essential to its efficiency and readiness; such as esprit de corps and conservative social values. As a result, it is not surprising to find that the cultural, ethic and gender composition of the military often differ from that of society as a whole. Any such gap can lead to some form of isolation from civil society. To prevent this, it is important for civil leadership to exercise some form of scrutiny and control over the promotion and appointment of senior military leaders. Yet, in Canada the selection, promotion and appointment¹¹⁶ of the most senior

¹¹⁴ In the USA, there are 900 general /flag officers to lead 1.3 million troops. This is one (1) general for every 1,400 troops. The US Marines, which are 178,477, strong have a cadre of 83 generals.

The British Army is 81,000 strong and it has 85 generals, which is one (1) general for every 2,400 soldiers.

The CAF is currently 65,000 strong and is has 143 generals/flag officers. In Canada there is one (1) general for every 450 soldiers. The CAF currently has at least three times as many as it should.

¹¹⁵ This contrasts with the situation in the United States, as shown in footnote 114. The numbers speak for themselves.

¹¹⁶ For instance, during the term of office of General Jonathan Vance which extended from 2015 to 2020 inclusive, the latter appointed six (6) separate officers to the position of Vice Chief of the Defence Staff. The VCDS lays a pivotal role in the control and administration of the Canadian Forces. His principal responsibilities are: the implementation of the Defense Services Program; acting as the Chief of Staff for NDHQ; and, acting as the CDS in the latter's absence or incapacity. [s. 18.1 et 18.2 of the *NDA*.]

military leaders is left at the sole and entire discretion of the individual holding the office of the CDS. The nation plays no part in the promotion and command selection process for these senior leaders.¹¹⁷

Although appreciative of the fact that the military requires significant authority, autonomy and control over technical military matters, including those dealing with doctrine, professional development of its members, discipline, military personnel policy and the internal organization of units and other entities, there is nonetheless a need for civil society to maintain control and exercise influence over such an institution, particularly for succession planning purposes and to ensure that top military leaders are selected for their military know-how and experience as well as their ability to integrate political, social, economic, fiscal, technological, cultural values and factors prevalent in Canadian society. This difficult job should not be entrusted to the judgment of a single individual. Parliament should play a leading role

Early in General Vance's tenure, LGen Thibeault was the VCDS. He left office on August 5, 2016. From that point onwards, General Vance appointed six different officers as the VCDS: Vice Admiral (VAdm) Norman: (2016-2017); VAdm Lloyd (for a few months in 2017); Lieutenant-General (LGen) Parent: (2017-18); LGen Wynnyk: (2018-19), LGen Lanthier: (2019-20); and LGen Rouleau (Jul 2020 -). Few organizations can strive under such turbulence: seven VCDS in five short years. Experts and laypersons alike acknowledge the critical importance of stable and consistent executive leadership to the success of any organization. Given their short tenure, none of these six VCDS served long enough to implement their own set of ideas, values or objectives through to realization. Inescapably, a "wait and see" stance would set in throughout NDHQ as each successive new VCDS would also soon depart. Progressively, the VCDS position is devalued to the point that subordinates and equals alike inevitably disengage from the office holder. The end result: the likely cynical belief that the "*raison d'être*" for a VCDS no longer matter.

The selection and appointment of the officer for the position of the VCDS should no longer be left to the entire discretion of the CDS.

¹¹⁷ Given that every armed forces commissioned officer is appointed by the President, in the USA, promotions above the rank of captain in Army and Air Force and lieutenant in the Navy requires the confirmation by the Senate. A vigilant Senate examines the recommendations for the appointment and promotion of General and flag officers to ensure that the nominees they confirm meet the highest standard of accountability. Personnel actions involving General and Flag Officers that require Senate confirmation include nominations, appointments, reappointments, extensions, assignments, reassignments, promotions, and retirements.

Library of Congress, Congressional Research Service, *Generals and Flag Officers: Senior Military Officer Confirmations*, "CRS Report for Congress" (January 2004), See link: <https://www.everycrsreport.com/reports/RS21714.html>

over the appointments of top commanders.

DISHONOURABLE RELEASE

Section 15 of the *Queens Regulations and Orders* lists five broad release items:

- Items 1 (Misconduct) and 2 (Unsatisfactory Service) are “dishonourable” release items;
- Items 3 (Medical), 4 (Voluntary) and 5 (Service Completed) are considered “honourable” release items.

The stigma associated with a dishonourable release from the CAF is obvious. Not only are there the lifelong consequence of having been declared “dishonourable” but being released under items 1 or 2 also removes any ability to ever gain employment with the public service or hold a government security clearance.

Normally, a dishonourable release from the CAF follows a criminal conviction. For example, a member who is convicted of murder would then be administratively released from the military under item 1. Less serious criminal convictions, for example assault or voyeurism, may attract an item 2 release.

The issue is with the wording of Item 2(b) which provides that a member may be released for “*unsatisfactory performance*” under the following circumstance: “*who has the ability to improve but continues to display a lack of application or effort in the performance of his duties.*”

In our view, though a member who displays the above attributes may not be suitable for military service, but are not deserving of a “dishonourable” release. Moreover, there may be other underlying issues that have contributed to their lack of motivation, such as marital difficulty, mental health issues, or a death in the family.

There is no reason to dishonorably release a member who lacks motivation. It, in itself, is not dishonourable conduct, and a more appropriate release item in these circumstances would be under item 5, which allows for release of members who are “unsuitable for military service” (Item 5(f)).

Recommendation: We recommend that art. 15.01 of the *Queens regulations and orders*, Item (b), be repealed.

PROFESSIONALS (Specialists) WITH MILITARY RANKS

Having judges, lawyers, doctors, dentists, padres, judges and police officers holding military rank directly interferes with their independence and autonomy. Each of these roles has ethical obligations towards their particular profession and should not be seen as servants of the Crown. By virtue of holding a military rank, however, each of these roles has *prima facie* an overall duty of loyalty to the Chief of Defence Staff and to DND as well as the Canadian Armed Forces, and, by virtue of their rank there are *de facto* a member of the chain of command.¹¹⁸

- a. Military doctors and lawyers face ethical conflicts when having to decide between loyalty to their clients, and loyalty to the CAF. For example, our law office represents a Plaintiff whose treating physician, a military doctor, has refused to provide an expert medical opinion because it would be against the interest of their employer, the Crown Defendant. This is in violation of physicians' professional duty to act in their patients' best interests.
- b. Judicial Independence is a constitutional principle.¹¹⁹ Despite this, Military Judges are considered to be "soldiers first" and as such are subject to the *Code of Service Discipline*, are placed under the disciplinary authority of the Vice Chief of Defence Staff (VCDS) and are legally obliged to observe a litany of directives and orders from the chain of command concerning a wide range of subjects.¹²⁰

¹¹⁸ Defence Administrative Order and Directive (DAOD) 7023-0. – *Defence Ethics* (issues 26 June 2001, last modified 17 February 2015).

¹¹⁹ *Ref re Independence and Impartiality of Judges of the Prov. Court of P.E.I.*, [1997] 3 SCR 3.

¹²⁰ *National Defence Act*, s.60.

- c. Police independence with respect to law enforcement decisions of criminal investigation and laying of charges was recognized by the unanimous Supreme Court in the 1999 case of *R. v. Campbell*¹²¹, [as a constitutional principle.

Military specialists should not be subject to the chain of command or hold rank, as there is no purpose for it, and it interferes with their independence. It is cavalier to think that a military judge, lawyer, doctor or padre could deliver binding orders or hold the requisite skillset to command a brigade of soldiers onto the battlefield into harms way; yet, at present, the military's top padre, lawyer and doctor are all Major-Generals – the top judge is a Colonel. This is problematic.

Recommendations

1. Military specialists should assume titles of their civilian counterparts, and only wear uniforms in a theatre of operation. Military Judges will be called “Judge.” Lawyers will assume titles such as “Junior Associate”, “Senior Associate”, and “Managing Director.” Doctors will be called “Doctor.” Padres will be called “Priest”/ “Rabbi”/ ”Imam” etc.
2. Section 60 of the *National Defence Act* shall not apply to specialists.

DELAYED IMPLEMENTATION OF STATUTES

For reasons unknown, DND/CAF takes an inordinate time to put into forces legislative changes. Consider the following two recent examples:

- 1) ***Strengthening Military Justice in the Defence of Canada Act, S.C. 2013 c. 24 assented to 19 June 2013. 41st Parliament, 1st Session.***
 - i. On October 7, 2011 Bill C-15 was introduced before Parliament. As with all pieces of legislation, Bill C-15 went through extensive consultations, including multi-day debates before the Standing Committee on National Defence, the Senate Committee on National Defence, Parliamentary hearings, multiple written submissions by high-ranking officials, academics and experts in military law –

¹²¹ [1999] 1 SCR 565.

national and international. Throughout the process the (then) Judge Advocate General was directly involved with his staff overseeing the Bill's parliamentary development.

- ii. On June 19, 2013 Bill C-15 received Her Majesty's approval, and the following year several JAG officers received Meritorious Service Medals (Military Division) from the Governor General for their work on Bill C-15. At the time, it was widely recognized as important and transformational.
- iii. For reasons unknown, despite the passage of more than 7 years since receiving Royal Assent, some of important amendments proposed by Bill C-15 have yet to come into force. Many of these amendments involve strengthening the military justice system. For example, Bill C-15 was meant to improve the broken Canadian Forces grievance process, by giving the Chief of Defence Staff the power to "reinststate" a member as a grievance remedy. This would allow the Chief to place an aggrieved in a position they would have been had an injustice not occurred – akin to a tort remedy. This improvement has yet to be put into force.
- iv. When it comes to legislation coming into force, timelines are important. Under sections 2-3 of the *Statutes Repeal Act*¹²² S.C. 2008, any parts of an Act not put into Force after nine (9) years will be repealed. In this way, if the Canadian Forces waits long enough, they can undermine the will of Parliament. In our view, this is exactly what may have happened concerning Bill C-15, and may represent an undisguised challenge to democracy and the supremacy of Parliament.

2) **An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2019 c. 15 assented to 21 June 2019. 42nd Parliament, 1st Session C-77.**

- i. This was supposed to be another welcomed transformational piece of legislation for the military justice system. Among other significant reforms to the military justice system, it sought to provide rights to members of the military who were victims of crime and abolished the ancient and most unfair summary trial process.

¹²² S.C. 2008, c. 20.

- ii. Disappointingly, in the year since receiving Royal Assent none of this Bill has come into force. None. The reason: JAG officers are busy developing supporting regulations. This means that, in the interim, members of the Canadian Forces are still being made to face archaic and unconstitutional summary trials, where their rights to legal counsel and right to a fair trial do not exist, all the while facing the possibility of true penal consequences, including a loss of liberty and having a criminal record.
- iii. Failure to act on this important piece of legislation gives the impression that the Canadian Forces generally, and the military justice system specifically, are not concerned with fulfilling the will of Parliament in a meaningful way, or in following through to ensure that critical enhancements are made for the betterment of our soldiers.

Recommendation. With 200 or more full time JAG lawyers on the payroll with the Canadian Armed Forces, it should not be such a daunting task for the Office of the Judge Advocate General, to put into place supporting regulations. Yet the delays continue to astound, with the result that the will of Parliament is playing second fiddle. This is one more reason as to why the JAG should no longer be responsible for the superintendence of the military justice system. Canadian soldiers, sailors and aviators deserve to have a world class military justice system, and this is currently not the case. Far from it.

CONCLUSION

Over the years, attempts to modernize the *National Defence Act (NDA)* to bring it more in line with global trends, or even our own domestic civilian penal system, have been resisted by the Canadian military legal establishment. Several reforms made as a result of pressures were initiated from outside of the military, including the judiciary, but not within the DND or the military itself.

Ministers of National Defence depend mainly on the advice and guidance of the CDS and the Deputy Minister of National Defence when formulating policies and making decisions. At present, Parliament is dependent mostly on advice emanating from the same two sources and on occasional studies that do not always meet its needs. This handicaps

Parliament in its role of supervising military affairs because it does not have easy access to critical analyses of defence matters.

There is evidence that Canadians and Parliamentarians want a review process that is straightforward and independent. We are of the opinion that a civilian Inspector General, properly supported and directly responsible to Parliament, must be an essential part of this mechanism to oversee and control the CAF and the Defence establishment. The Inspector General of the Canadian Forces should be appointed by the Governor in Council and made accountable to Parliament.

Finally, at present, the Canadian penal military justice system mitigates the right to equality before and under the law as well as the right to equal protection and benefit of the law guaranteed by section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The military justice system must be brought into with contemporary Canadian legal doctrine and principles in order to not only prevent it from falling further behind global trends, but also to ensure that all members of the CAF benefit from the very fundamental rights and freedoms they defend. Parliament should embark upon a review of the *National Defence Act* which will lead to its evaluation and rejuvenation to ensure its harmony with the ordinary law of Canada. Such reform of the military justice system would have implications not only for those in the military, but also to ensure the CAF assumes its rightful place within Canadian society.

A	
Appeals	
Accused's Right	B, 18
Court Martial Appeal Court (CMAC)	42
Minister's Power	B, 18-19
Prosecution's Right	B, 14
<i>An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts</i>	4, 5, 8, 29, 53
Arrest	
Duty not to arrest	20
Scope of power	20
Without a Warrant	B, 19-21, 45-46
B	
Behind the Times : Modernization of Military Justice	16
Boards of Inquiry (BOI)	A, 3, 23, 33
C	
Canadian Bar Review	11
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>	
s. 2(d) – Freedom of Association	30
s. 7 – Judicial Independence	C, 17-19
s. 7 – Life, liberty and security	20
s. 8 – Search	19-20
s. 9 – Arrest and detention	46
s. 11(f) – Jury trial	B, 4, 8, 13, 17
s. 15 – Equality	55
CF National Investigation Services (CF NIS)	
See “Military Police”	
Chief of Defence Staff (CDS)	
Appointments by CDS	22, 47-49, 51
Boards of Inquiry	23
Grievances	25-26
Office of the CDS	9
Offices of Chief Military Judge	40
Operation HONOUR	28-29
Review of findings and punishments	15
Civilian Oversight	
Australia	25, 39
Inspector General	D, 30, 38-39, 55
Military Grievances External Review Committee (MGERC)	39
Military Police Complaints Commission (MPCC)	30, 39
Parliament	38
United Kingdom	22, 25, 39
Code of Service Discipline	
See “Disciplinary Offences” and “ <i>National Defence Act</i> ”	
Commanding Officer (CO)	C, 19-20, 22
Commuting punishments	15, 21
Conclusion	54
Compensation and benefits	25
Constitutional issues	9
See also “ <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> ”	
<i>Constitution Act, 1867</i>	3, 41
<i>Constitution Act, 1982</i>	
See “ <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> ”	
Coroner's Inquests	
See “Boards of Inquiry”	
Courts Martial	
Appeals and Reviews	B, C, 14-15, 18-19
Australia	41
Federal Court of Canada	D, 41
Historical background	31
Jury trial	13
Military judges	40, 41
New Zealand	42
Reports	42-44
Types	41-42
United Kingdom	41
<i>Criminal Code (Cr. C)</i>	
<i>Cr. C.</i> Offences and military justice	45
Hybrid Offences	D, 14, 45, 46
Duplicating <i>NDA</i> offences and punishment	46
Criminal Record	C, 16, 29
D	
Defence Counsel Services	
Auditor General Report	44
Bronson Report	43
Independence	C, 17, 33-34
Definitions	
Administrative Tribunal	36
Civilian Control	37
Military Law	1, 2, 37

Mandate	32	Sentencing: s. 203.95	B, 15-16
New Zealand	42	Appeals: ss. 228, 230, and 230.1	B, 14-15, 18-19, 42
Office of the JAG	31	Review: ss. 249, 249.11, 249.12, 249.13, and 249.15	C, 15,
Superintendence of military justice system	A, 32, 35, 37-38, 54	Director of Defence Counsel Services: ss. s. 249.18 and 249.2	17, 33-34, 43-44
Title	31	Criminal Record: s. 249.27	C, 16, 54
United Kingdom	32	Director of Military Prosecutions: ss. 165.1 and 165.17	C, 17, 33-35, 42-44
Jury Trial	13, 17	Searches: ss. 273.3 and 273.5	C, 19-20
M			
Military Justice in Action	12-16	Independent Review: s. 273.601	44
Military Police		O	
Arrest without a warrant	45-46	Ombudsman	
CF National Investigation Services	8, 21-22	DND/CAF Ombudsman	30, 39
Competence and Investigations	3, 8, 21-23, 27	Inspector General	38
<i>Criminal Code</i> offences	45	United Kingdom Service Complaints (grievances)	25
Independence	A, 21, 44	Operation HONOUR	28-29
Military Police Complaints Commission	30, 39	P	
Provost Marshal	21-22, 31	Parliamentary Oversight	
Rank	C-D, 51-52	See “Civilian Oversight”	
Search	19-20,	Penalties for Offences	
United Kingdom	22, 39	See “Sentencing”	
Vice Chief of Defence Staff (VCDS)	21-23	Performance Evaluation Reports	24, 34
Modernization of Military Justice	8	Preliminary inquiry	4, 14
Behind the Times	16	Professionals with military rank	51
N			
<i>National Defence Act</i>		Promotion	
Duplicating <i>Cr. C.</i> offences and punishment	45-46	Generals and Admirals	47-49
JAG: ss. 9, 9.1 and 9.2	33, 34, 37, 47	Prosecution	
CDS: ss. 18, 18.1 and 18.2	22, 47-48	Independence	17
CF Provost Marshal: ss. 18.3, 18.4 and 18.5	A, 21, 23, 48	Scope	18
Grievances: s. 29.11	A, 3, 24-26, 30, 33, 35-36, 53	See “Director of Military Prosecutions”	
Boards of Inquiry: s. 45	A, 23	R	
Disciplinary Jurisdiction and <i>Code of Service Discipline</i> : s. 60	C, 40, 41, 51, 52	Rank	
Limitations with respect to Certain Offences: s. 70	A, 26, 30	JAG in the United Kingdom	32
Services Offences and Punishments: ss. 82, 85, 86, 90, 91, 97, 129, 130, and 139.	A, B, D, 11-12, 16, 45-46.	Professionals (specialists)	51
Arrest and Pre-Trial Custody: ss. 154, 155 and 156	B, 20, 46	Reforms	
Courts Martial: s. 167	B, 13, 42,	Call for reforms	4
		Prior published submissions	10
		Remit punishments	15
		Reprimands	B, 11-12, 16, 29
		Review findings and punishments	15, 21
		Right to Legal Counsel	35-36, 54

S	
Scale of Punishment	A, 11
Search Warrants	C, 19-20
Chain of Command's power	19
Sentencing	
<i>Criminal Code</i>	B
Criminal records	16
Differential penalties for same offences	12
Range	15-16
Service Offences	
See "Disciplinary Offences" and " <i>National Defence Act</i> "	
Sexual Assault and Misconduct	
CAF jurisdiction	A, 26-30
Conviction rate	29
Deschamps Report	27
Operation HONOUR	29
Royal Military College	3
Sexual Misconduct Response Centre (SMRC) and Sexual Misconduct and Assault Response Team (SMART)	28
Somalia	4, 6, 26, 31, 38
<i>Strengthening Military Justice in the Defence of Canada</i>	4, 20, 52-53
Substitute findings and punishments	15, 21
Superintendence of military justice system	
JAG	A, 32, 35, 37, 38, 54
Minister of Justice	A, 35, 37, 38
V	
Vice Chief of Defence Staff (VCDS)	
Appointment	47-48
Independence	51
Military Police	21, 22
Victims of Crime	8, 27-29, 53

LE SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE DU CANADA EST EN VOIE DE S'EFFONDRE: EST-CE QUE LE GOUVERNEMENT VA AGIR?



COLONEL-MAÎTRE® MICHEL W. DRAPEAU, O.M.M., C.D.

et

HONOURABLE GILLES LÉTOURNEAU, C. R.

en collaboration avec

Me JOSHUA JUNEAU

et

Me STÉFANIE BÉDARD

Le besoin d'une réforme du droit militaire et de la justice militaire
pour mieux gérer les Forces armées canadiennes

**LE SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE DU
CANADA EST EN VOIE DE S'EFFONDRE:
EST-CE QUE LE GOUVERNEMENT VA AGIR?**

Par

COLONEL-MAÎTRE® MICHEL W. DRAPEAU, O.M.M., C.D.

et

HONOURABLE GILLES LÉTOURNEAU, C. R.

en collaboration avec

Me JOSHUA JUNEAU

et

Me STÉFANIE BÉDARD

2021

Bibliothèque et Archives du Canada
Library and Archives Canada

Drapeau, Michel W., 1943 –
Létourneau, Gilles, 1945 –

avec / with

Juneau, Joshua, 1981 –
Bédard, Stéphanie, 1994 –

Canada's Military Justice System is in a Meltdown: Will Government Act?

Le système de justice militaire du Canada est en voie de s'effondrer : Est-ce que le gouvernement va agir?

Texte en français et en anglais.
Texte in English and in French.

Document produit par le Cabinet juridique Michel Drapeau. Tous droits réservés.
Document produced by Michel Drapeau Law Office. All rights reserved.

Imprimé au Canada.
Printed in Canada.

2021.

ISBN 978-1-7750416-1-0

AVANT-PROPOS

Les faiblesses systémiques qui sont en croissance et qui persistent au sein du système de justice militaire furent exposées dans un grand nombre de rapports officiels.¹ Les problèmes culturels qui entachent nos forces armées furent aussi récemment rapportés par les médias canadiens (brièvement décrits ci-dessous).² Tout porte à croire qu'il existe un besoin urgent de renforcer la fiabilité, l'indépendance et l'équité du système de justice militaire canadien. Encore que, la situation s'est aggravée durant les mois de février et mars 2021 alors que l'armée fut confrontée à un effondrement inédit de l'organisation et que ses problèmes systémiques profondément ancrés dans les Forces armées canadiennes [FAC] furent de nouveau exposés à la société civile.

- a. Depuis février 2021, l'ancien Chef d'État-Major de la Défense (CÉMD) et le CÉMD actuel font face à une importante couverture médiatique en raison d'allégations d'inconduite sexuelle. D'une part, le général à la retraite Jonathan Vance fait l'objet d'une enquête concernant des allégations de comportement inapproprié pendant son service militaire déposées par deux femmes qui lui étaient subordonnées.³ Le général Vance a été l'architecte de l'Opération Honneur en 2016 – le programme conçu pour combattre l'inconduite sexuelle dans l'armée. À l'époque, le général Vance avait insisté sur le besoin d'impliquer la chaîne de commandement dans la dénonciation d'inconduites sexuelles, en affirmant qu'en tant que CÉMD, ce dernier souhaitait être personnellement informé de chaque plainte d'inconduite sexuelle ou de harcèlement sexuel au sein des FAC. D'autre part, l'amiral Arthur McDonald, qui était le successeur du général Vance en tant que CÉMD, et qui a également agi à titre de Commandant de la Marine royale canadienne pendant une bonne partie de l'époque de l'opération Honneur, a été suspendu de ses fonctions au beau milieu d'une enquête sur des allégations d'inconduite sexuelle.
- b. Quelques semaines plus tard, les médias ont révélé que le commandant du Commandement du personnel militaire, le vice-amiral Haydn Edmundson, avait fait l'objet d'allégations de comportement inapproprié avec des subordonnées de sexe féminin à la fin des années 1990.

¹ En particulier : L'honorable Marie Deschamps, juge à la retraite de la Cour suprême du Canada, responsable de l'examen externe (27 mars 2015), *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes – Recommandations*; Statistique Canada, "Les inconduites sexuelles dans les Forces armées canadiennes, 2016", dans *Le Quotidien* (28 novembre 2016), catalogue no. 11-001-X; Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport 3 – L'administration de la justice dans les Forces armées canadiennes*, Printemps 2018 : Rapports du vérificateur général du Canada au Parlement du Canada; et Statistique Canada, "Les inconduites sexuelles dans les Forces armées canadiennes, 2018", dans *Le Quotidien* (22 mai 2019), catalogue no. 11-001-X.

² Au cours de la dernière décennie seulement, il y a eu une couverture médiatique appropriée, équilibrée et précise d'une telle problématique de la justice militaire, afin d'améliorer la compréhension du public de ce domaine de droit canadien spécialisé et peu connu. Par exemple, en avril 2014, après huit mois d'enquête, les magazines *l'Actualité* et *MacLean's* ont chacun publié un long exposé sur l'inconduite sexuelle dans les forces armées, intitulé « *Crimes sexuels dans l'armée : le cancer qui ronge l'armée canadienne* ». Le 21 avril 2016, Radio-Canada a diffusé un documentaire « *Femmes au combat* » relatant l'histoire de cinq femmes qui ont osé se plaindre d'incidents d'agressions sexuelles et, ce faisant, mettre leur carrière militaire en danger. « *Femmes au combat* » a ouvertement remis en question à la fois l'efficacité des cours martiales et les mesures prises par les dirigeants des Forces canadiennes dans le cadre de l'Opération Honneur pour changer la culture militaire. Le 12 mars 2021, l'émission *Fifth Estate* de CBC a diffusé un autre documentaire intitulé « *Broken Honor. Sexual Misconduct in the Military* » [« Honneur rompu. L'inconduite sexuelle dans les Forces armées »]. Cette enquête de CBC a révélé comment la police militaire et les responsables de la justice militaire « *sont tombés en deçà des normes du monde civil, et comment l'homme au sommet, le général Jonathan Vance, a vanté le succès du programme même s'il a vu peu de condamnations pénales.* »

³ En 2018, l'ombudsman des FAC/MDN de l'époque a rapporté l'une de ces allégations au ministre de la Défense nationale, laquelle a ensuite été transmise par le personnel du Ministre à un fonctionnaire du Bureau du Conseil privé. Dernièrement, le ministre a expliqué qu'il n'est pas intervenu car cela aurait, selon lui, constitué une « *ingérence politique* ».

- c. Au début du mois de mars 2021, le ministre de la Défense nationale a annoncé la nomination d'un nouveau vice-chef d'état-major de la Défense. La nouvelle personne nommée serait le huitième (8^e) officier général à occuper cet important et prestigieux poste depuis 2016. Un taux de roulement aussi élevé du haut commandement et de la direction des FAC ne peut qu'entraîner une instabilité et des turbulences pour l'ensemble de l'organisation des FAC.
- d. Après avoir passé une décennie en quête de justice, Stéphanie Raymond, victime d'agression sexuelle et fervente défenderesse des droits des victimes, a appris que son agresseur plaiderait coupable devant la Cour supérieure de justice du Québec en mars 2021.⁴

Les choses auraient pu avoir un tout autre résultat si un Inspecteur Général des Forces armées avait été nommé tel que fortement recommandé en 1997 par la Commission d'enquête sur le déploiement du Régiment aéroporté du Canada.

Le contrôle exercé par le Parlement est un élément essentiel au régime démocratique canadien et aux bonnes relations entre les FAC et la société. Ce contrôle est toutefois difficile à assurer en raison de la multitude d'informations dont disposent les FAC et le MDN ainsi que de la nature technique et du caractère secret de la politique de défense, et des relations qu'entretiennent les FAC et le MDN avec les autres États [...] Le CEMD et le MDN ne présentent pas régulièrement de rapports au Parlement, sauf dans le cadre du processus annuel de présentation des prévisions budgétaires des ministères. [...] Nous croyons qu'un Inspecteur Général civil, dûment appuyé par le Parlement et directement responsable devant lui, doit constituer une partie essentielle du mécanisme dont se servent les Canadiens pour surveiller et contrôler les FAC et le Ministère de la défense. [...] L'Inspecteur Général des Forces canadiennes devrait être nommé par le gouverneur en conseil et être responsable devant le Parlement. L'Inspecteur Général devrait être un civil et posséder de vastes pouvoirs pour inspecter, faire enquête et présenter des rapports sur tous les aspects de la défense nationale et des forces armées. En outre, l'Inspecteur Général devrait disposer d'une équipe composée entre autres de vérificateurs, d'enquêteurs, d'inspecteurs et d'employés de soutien. »⁵

La création d'un tel poste aurait permis aux victimes d'avoir accès à un bureau fiable et indépendant en mesure d'enquêter les allégations d'inconduite, et le Parlement aurait pu s'appuyer sur la présence d'un bureau dévoué et compétent pour enquêter et faire rapport sur de telles affaires d'inconduite ou d'abus.

Nous concluons que des réformes structurelles substantielles, y compris la création d'un bureau indépendant de l'Inspecteur général, doivent être mises en œuvre pour que le système de justice militaire puisse continuer à fonctionner, car il ne répond plus aux normes minimales en matière de droits de l'homme, de justice et d'équité procédurale. Notre personnel militaire ne mérite rien de moins.

Ottawa, Ontario
Mars 2021

⁴ Mme Raymond était une jeune caporale lorsqu'elle fut agressée sexuellement par son supérieur, l'adjudant André Gagnon, dans un établissement de la défense nationale en décembre 2011. Quand le SNE FC n'a pas donné suite à sa plainte d'agression sexuelle, elle a déposé une plainte de harcèlement auprès de sa chaîne de commandement qui lui a suggéré de participer à une procédure de médiation. Elle a ensuite été transférée hors de son unité. Après l'annulation de sa promotion prévue au grade de caporal-chef, Mme Raymond a fait l'objet d'une libération obligatoire en 2012 - à la date même qui marquait l'anniversaire de son agression. En mars 2013, l'adj Gagnon a été accusé en vertu de l'article 129 du *Code de discipline militaire*. Il n'a été inculpé d'agression sexuelle qu'après que les médias se soient intéressés en la matière. Il fut déclaré non coupable par une cour martiale en août 2014. L'affaire a été portée en appel devant la Cour d'appel de la cour martiale, puis devant la Cour suprême du Canada, où la cour a ordonné la tenue d'un procès *de novo*, lequel devait avoir lieu devant la cour criminelle civile. En mars 2021, l'adjudant Gagnon a plaidé coupable à l'accusation d'agression sexuelle.

⁵ Volume 2, chapitre 16 « *L'obligation de rendre compte* » du document Canada, Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, *Un héritage déshonoré : les leçons de l'affaire somalienne - rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*, 1997 (CP32-65/1997), aux pp. 446-452.

Acronymes et abréviations	a
Tableau des changements proposés	A
Partie I – Généralités	1
Introduction	1
Définition du droit militaire	2
Appel à la réforme	4
Objectif	5
Expérience et expertise	5
Colonel-Maître Michel W. Drapeau	5
Honorable juge (retraité) Gilles Létourneau	6
Auteurs publiés en droit militaire canadien	7
Partie II – Modernisation de la justice militaire	8
En général	9
Problèmes constitutionnels	9
Partie III A – Publications antérieures pour la réforme	11
Revue du barreau canadien - 2003	11
La déchéance de l'ancienneté	11
Le blâme et les réprimandes	12
La justice militaire vers l'avant – 2015	12
Des peines différentielles pour les mêmes infractions	13
La perte du droit constitutionnel au procès par jury	13
La perte des avantages propres aux infractions hybrides	14
La perte de l'enquête préliminaire	15
Le droit d'appel	15
Le pouvoir de révision et de substitution du verdict et de la peine imposée, ou de commuer et de remettre les peines	16

L'échelle des peines	16
Un casier judiciaire pour une infraction disciplinaire	17
En retard: La modernisation de la justice militaire – 2017	17
La perte du droit constitutionnel à un procès avec jury	17
Le manque d'indépendance de la poursuite	18
Le manque d'indépendance du Service d'avocats de la défense	18
La portée du pouvoir du procureur de la Couronne et le droit d'appel de l'accusé	19
Le pouvoir du Ministre de la défense nationale de faire appel	19
Le pouvoir de la chaîne commandement d'émettre des mandats de fouilles, saisies et perquisitions	20
La portée du pouvoir d'arrestation et le devoir de ne pas procéder à l'arrestation	21
Le pouvoir de révision et de substitution du verdict et de la peine imposée dont bénéficie la chaîne de commandement	22
L'indépendance de la police militaire	22
Les commissions d'enquêtes des FAC / du MDN et les enquêtes du coroner	25
Le droit de porter grief	26
La compétence des FAC en matière d'agressions sexuelles	28
La liberté d'association	32
Partie III B: Recommandations contemporaines pour la réforme du droit militaire	34
Le cabinet du JAG	34
Appellation qui porte à confusion	35
Le mandat plénipotentiaire du JAG	35
Atteintes au droit à l'avocat	39

La surintendance du système de justice militaire	40
Contrôle parlementaire de la justice militaire	42
Le manque d'indépendance des juges militaires	44
Les cours martiales	47
Rapport Bronson (DPM) de 2008	47
Rapport Bronson (DSAD) de 2009	47
Révision globale de la Cour martiale de 2017	48
Rapport (automne 2008) du vérificateur général	48
La justice militaire et les infractions au <i>Code criminel</i>	50
La police militaire et le pouvoir d'arrestation sans mandat	50
Dédoublément d'infractions et de peines	51
La promotion et nomination des généraux / amiraux	51
Nominations par le gouverneur en conseil	51
Nominations au haut commandement par le CÉMD	52
Promotions et nominations des généraux et amiraux	52
Commentaire	53
Libération déshonorante	55
Les professionnels (spécialistes) avec un grade militaire	56
Délais quant à la mise en œuvre des lois	57
<i>Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada</i>	57
<i>Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois</i>	59
Conclusion	60
Index	i

Acronymes et abréviations

English / Anglais		Français / French	
BOI	Board of Inquiry	CE	Commission d'enquête
CAF	Canadian Armed Forces	FAC	Forces armées canadiennes
CDS	Chief of the Defence Staff	CÉMD	Chef d'état-major de la défense
CFMP	Canadian Forces Provost Marshal	GPFC	Grand prévôt des Forces canadiennes
CF NIS	Canadian Forces National Investigation Service	SNE FC	Service national des enquêtes des Forces canadiennes
CMAC	Court Martial Appeal Court	CACM	Cour d'appel de la cour martiale
CO	Commanding Officer	Cmdt	Commandant
CM	Court Martial	CM	Cour martiale
CSD	<i>Code of Service Discipline</i>	CDM	<i>Code de discipline militaire</i>
Cr. C.	<i>Criminal Code of Canada</i>	C. cr.	<i>Code criminel du Canada</i>
DAOD	<i>Defence Administrative Orders and Directives</i>	DOAD	<i>Directives et ordonnances administratives de la Défense</i>
DDCS	Director of Defence Counsel Services	DSAD	Directeur Service d'avocats de la défense
DM	Deputy Minister	SM	Sous-ministre
DND	Department of National Defence	MDN	Ministère de la Défense nationale
DND/CF LA	Department of National Defence/ Canadian Forces Legal Advisor	CJ MDN/FC	Conseiller juridique après du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes
DMP	Director Military Prosecutions	DPM	Directeur des poursuites militaires
FA	Final Authority in the Grievance Process	ADI	L'autorité de dernière instance en matière de griefs
HQ	Headquarters	QG	Quartier général
HMCS	Her Majesty's Canadian Ship	NCSM	Navire canadien de Sa Majesté
IA	Initial Authority in the Grievance Process	AI	Autorité initiale en matière de griefs

Acronymes et abréviations

JAG	Judge Advocate General	JAG	Juge-avocat général
MGER C	Military Grievances External Review Committee	CEEGM	Comité externe d'examen des griefs militaires
MND	Minister of National Defence	MDN	Ministre de la Défense nationale
MP	Military Police	PM	Police militaire
MPCC	Military Police Complaints Commission	CPPM	Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire
NCM	Non-Commissioned Member	MR	Militaire du rang
NDA	<i>National Defence Act</i>	LDN	<i>Loi sur la Défense nationale</i>
NDHQ	National Defence Headquarters	QGDN	Quartier général de la Défense nationale
NIS	National Investigation Service	SNE	Service national des enquêtes
PM	Provost Marshal	GP	Grand prévôt
QR&O	<i>Queen's Regulations and Orders</i>	ORFC	<i>Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes</i>
RCAF	Royal Canadian Air Force	ARC	Aviation royale canadienne
RCMP	Royal Canadian Mounted Police	GRC	Gendarmerie royale canadienne
RCN	Royal Canadian Navy	MRC	Marine royale du Canada
RF	Regular Force	FR	Force régulière
RMC	Royal Military College	CMR	Collège militaire royal
SMRC	Sexual Misconduct Response Centre	CHIS	Centre d'intervention sur l'inconduite sexuelle
VCDS	Vice Chief of the Defence Staff	VCÉMD	Vice-chef d'état-major de la défense

TABLEAU DES CHANGEMENTS PROPOSÉS*Changements législatifs*

NDA	SUGGESTIONS	RAISONS (BRIÈVEMENT)
9.2(1)	Révoquer la surintendance du système de justice militaire accordée au JAG.	Ce rôle revient de plein droit au Ministre de la justice du Canada.
29.11	Imposer un délai maximal pour que l’Autorité de dernière instance transmette sa décision au membre qui a déposé un grief.	Le système actuel ne prévoit pas de délai maximal, et par conséquent, les griefs militaires prennent régulièrement 5 ans ou plus pour la résolution du problème.
18.5(3)	Abroger.	La police militaire devrait pouvoir mener une enquête sans l’influence ou l’ingérence des membres de la chaîne de commandement qui ne sont pas policiers militaires, incluant le VCÉMD.
45	Révoquer la possibilité de tenir une Commission d’enquête en réponse à des décès non-reliés au combat, au Canada.	Tous les décès, au Canada et hors combat, des membres des FAC devraient être enquêtés par des coroners civils et indépendants.
70	Inclure “agression sexuelle” comme matière qui ne peut pas être traitée par un tribunal militaire.	Les FAC n’ont pas l’expertise nécessaire pour gérer des dossiers d’agressions sexuelles.
82	Faire en sorte que la sédition soit passible d’emprisonnement pour une période maximale de 14 ans, et non pas un emprisonnement à perpétuité.	Ceci ferait en sorte que la <i>LDN</i> concorderait avec le standard civil prévu à l’article 59 du <i>Code criminel</i> .

139	Enlever la “déchéance d’ancienneté” de l’échelle des peines.	En pratique, en 2021, la déchéance d’ancienneté n’a aucune utilité ni raison d’être.
139	Éliminer l’une des deux peines suivantes de l’échelle des peines: “blâme” ou “réprimande”.	Il n’existe pas de véritable distinction entre ces deux peines.
154 155	Révoquer le pouvoir d’arrêter ou d’ordonner l’arrestation sans mandat dont dispose les officiers et militaires du rang.	Les arrestations devraient être autorisées par un juge militaire.
167	Le comité qui traite, devant une cour martiale, d’une infraction au <i>Code criminel</i> passible d’un emprisonnement pour une période de 5 ans ou plus devrait être composé de 12 personnes et non pas 5.	L’article 11(f) de la <i>Charte canadienne des droits et liberté</i> donne à toute personne accusée de certains infractions criminelles le droit à un procès devant juge et jury. En 2021, en pratique, il n’y a aucune raison de brimer ce droit constitutionnel.
203.95	Amender les principes de détermination et d’imposition des peines pour qu’ils rejoignent les principes du <i>C. cr.</i> Par exemple, inclure la possibilité de servir une peine au sein de sa communauté ou son unité lors d’un plaidoyer de culpabilité.	Ceci ferait en sorte que la <i>LDN</i> concorderait avec les principes de justice naturelle et d’équité procédurale prévus au <i>Code criminel</i> .
228	Restreindre le droit d’appel de la Couronne pour le limiter aux appels portant sur une question de droit.	Ceci ferait en sorte que la <i>LDN</i> concorderait avec les pouvoirs des poursuivants civils.

<p>230</p>	<p>Permettre à un accusé de porter appel d'une condamnation sur une question de faits.</p>	<p>Ceci ferait en sorte que la <i>LDN</i> concorderait avec l'article 675(1)(a)(ii) du <i>Code criminel</i>.</p>
<p>230.1</p>	<p>Enlever le droit du Ministre de la défense nationale de porte une cause en appel devant la Cour d'appel de la Cour martiale.</p>	<p>Le système actuel est contraire au principe constitutionnel de l'indépendance du poursuivant. Le droit d'appel revient à juste titre au Procureur de la Couronne, et non pas au Ministre.</p>
<p>249 249.11 249.12 249.13 249.15</p>	<p>Éliminer le pouvoir du gouverneur en conseil d'examiner et de réviser les verdicts de culpabilité et les peines imposées par la Cour martiale.</p>	<p>Ce pouvoir est irréconciliable avec la doctrine de la séparation des pouvoirs au Canada. Seulement des juges devraient pouvoir réviser des décisions judiciaires.</p>
<p>249.27</p>	<p>Révoquer cette disposition qui permet qu'un casier judiciaire émane d'une condamnation pour une infraction disciplinaire.</p>	<p>Un casier judiciaire devrait seulement découler d'une condamnation pour une infraction criminelle et par un tribunal de juridiction criminelle.</p>
<p>273.5</p>	<p>Éliminer le droit d'un Commandant d'émettre des mandats de fouille, saisie et perquisition.</p>	<p>Les mandats de fouille, perquisition et saisie devraient être octroyés seulement par des juges militaires.</p>

Changements d'ordre organisationnels (dans aucun ordre particulier)

	RECOMMANDATIONS	RAISONS (BRIÈVEMENT)
1	Le Service des poursuites militaires devrait être supervisé par le Procureur général du Canada ou le Service fédéral des poursuites pénales.	Le fait que le Service des poursuites militaires est subordonné au JAG et assujetti aux ordres du JAG est irréconciliable avec le principe d'indépendance de la poursuite, et l'article 7 de la <i>Charte</i> , puisque le Service des poursuites militaires n'est pas indépendant de la chaîne de commandement.
2	Le Service des avocats de la défense devrait être supervisé par le Procureur général du Canada, ou administré d'une façon semblable à l'aide juridique provinciale.	Le fait que le Service des avocats de la défense est subordonné au JAG et assujetti aux ordres du JAG brime leur devoir d'indépendance, et place le JAG dans un conflit d'intérêts.
3	Éliminer les grades pour les professions spécialisées; notamment les juges, les avocats, les docteurs, les aumôniers, les dentistes, et les policiers militaires.	<p>Il n'y a aucune raison d'avoir un système hiérarchique ou un grade pour ces spécialistes. L'article 60 de la <i>LDN</i> ne devrait pas s'appliquer aux spécialistes.</p> <p>Enlever le grade aux spécialistes éliminerait plusieurs conflits éthiques auxquels ils font face quand ils doivent choisir entre leur loyauté envers leurs clients et leur profession, ou envers les FAC. Enlever le grade créerait une véritable indépendance judiciaire et policière, puisque les acteurs de ces systèmes n'auraient plus de chaîne de commandement externe à leur spécialité.</p>
4	Le Centre d'intervention pour inconduite sexuelle (CIIS) ne doit pas être soumis au	Le Parlement devrait nommer un civil en tant qu'inspecteur général des FAC, qui conseillerait

	contrôle du Ministère de la défense nationale.	le Parlement dans la gestion du problème des inconduites sexuelles.
5	Les cours martiales devraient constituer une division spécialisée de la Cour fédérale du Canada.	L'actuel système de cour martiale n'est pas indépendant, et l'expertise des cours martiales pourraient être assumée par les juges de la Cour fédérale (de façon semblable aux juges civils de la Cour d'appel de la Cour martiales qui siègent également à la Cour d'appel fédérale). De plus, le nombre d'affaires entendues par la Cour martiale est si bas qu'il ne saurait être encombrant pour le personnel du greffe et ne serait pas un fardeau administratif pour la Cour fédérale.
6	Permettre aux membres de fonder une association professionnelle pour protéger leurs intérêts professionnels, dans le contexte d'une société démocratique libre d'oppression.	Ceci ferait écho aux approches de nos alliés autrichiens, belges, bulgares, danois, finlandais, hongrois, irlandais, norvégiens, roumains, suisses et néerlandais.
7	Renommer le « juge-avocat général » comme « Conseiller juridique aux FAC/MDN ».	Ceci serait une appellation plus appropriée compte tenu du rôle et des tâches du JAG. Le JAG n'est pas un juge.
8	Octroyer au Directeur des poursuites militaires le pouvoir discrétionnaire d'élire de procéder par voie sommaire pour les infractions hybrides du <i>Code criminel</i> et de la <i>Loi sur la défense nationale</i> .	Présentement, la <i>LDN</i> ne tient pas compte des nuances procédurales inhérentes aux infractions hybrides, ni de la nature des infractions hybrides. Toutes les infractions au <i>Code criminel</i> sont des infractions disciplinaires en vertu de la <i>LDN</i> .

PARTIE I – GÉNÉRALITÉS

INTRODUCTION

Comme l'a dit le très honorable juge en chef du Canada en 2004, nous avons le privilège, à titre de Canadiens, de vivre dans un pays pacifique. Une grande partie de notre sentiment collectif de liberté et de sécurité découle de notre dévouement communautaire envers quelques valeurs clés : la gouvernance démocratique, le respect des droits fondamentaux et de l'état de droit, ainsi que l'accommodement de la différence.

Nous devons continuer à chaque occasion de réaffirmer notre engagement envers ces valeurs, et les institutions qui les protègent et les soutiennent doivent être chéries. Parmi ceux qui défendent vaillamment ces valeurs et ces institutions, il y a les soldats, hommes et femmes, des Forces armées canadiennes [FAC] qui mettent leur vie en jeu chaque jour pour protéger et défendre notre pays et ce que nous représentons. Plusieurs reconnaissent que nous leur devons une dette éternelle de gratitude, mais peu reconnaissent - et encore moins de gens sont prêts à dénoncer et corriger – à quel point nous les avons gravement privés de leurs droits fondamentaux en manquant de réformer et de moderniser notre système de justice militaire désuet. Les soldats canadiens et les civils jugés au Canada devant les « tribunaux » militaires, y compris les procès sommaires, la cour martiale et d'autres procédures quasi-judiciaires ou administratives, sont traités comme des Canadiens de seconde classe à qui on refuse les droits mêmes dont nous, citoyens, sommes si fiers et si attachés.

Aucun aspect de notre Défense nationale n'est plus important et plus critique que la protection de notre peuple, mais notre gouvernement a fait preuve d'une indifférence flagrante en mettant à l'écart les droits des militaires. Contrairement à la plupart de nos alliés, le système actuel de « justice » militaire canadien ne fournit pas toutes les garanties énoncées dans notre Constitution canadienne ni les droits fondamentaux reconnus en droit international. Par exemple, les « juges » militaires canadiens sont, comme leurs homologues médiévaux, des « soldats d'abord » qui sont subordonnés à une chaîne de commandement militaire, laquelle refuse catégoriquement d'évoluer et d'adopter un changement positif.

DÉFINITION DU DROIT MILITAIRE

L'ensemble de lois, règles et pratiques qui constitue le "droit militaire" au Canada, lequel a son propre régime de gouvernance et son propre système de justice pénale, a tendance à évoluer lentement, et presque en vase clos, indépendamment des progrès de la société civile.¹ Cet évolution tardive et distincte résulte en grande partie de deux facteurs interreliés. D'une part, le juge-avocat général (JAG), qui relève du ministre de la Défense nationale (MDN), est la seule entité pouvant gouverner, sans entrave, tous les acteurs clés du système de justice militaire. D'autre part, le système de justice militaire canadien se distingue des domaines de droit criminel et droit administratif par le fait que seul un très petit nombre de juges, d'avocats, de professeurs, de législateurs et de fonctionnaires s'intéressent au droit militaire.

Le droit militaire canadien découle majoritairement de coutumes et de traditions, ainsi que d'une proclamation royale d'Édouard I en 1279, dans laquelle ce dernier a promulgué qu'en vertu de la prérogative royale, le souverain avait le « droit au commandement » de toutes les forces militaires du pays.² La prérogative royale accordait également à la Couronne le pouvoir de réglementer et de discipliner l'armée et la marine. À l'époque médiévale, ce mécanisme fut remplacé par des *règles et ordonnances de guerre*, soit une liste de règlements émis par le roi au début de chaque expédition ou campagne. Les *Articles de guerre* (initialement établis en 1653³ et modifiés en 1749 par

¹ Tel que défini par le colonel honoraire et juge à la retraite de la Cour suprême du Canada, l'honorable monsieur le juge Ian Binnie, "*military law cuts across all the major areas of jurisprudence, including constitutional and administrative law, private rights and, of course, criminal law.*" Voir l'avant-propos du livre *Military Justice in Action; Annotated National Defence Legislation*, 2^e édition, par l'honorable Gilles Létourneau et le professeur Michel W. Drapeau, Carswell, Scarborough, 2015 [*Military Justice in Action*].

² Dans *l'Assize of Arms of 1181*, le roi Henri II a ordonné que tous les hommes libres de garder des armes en leur possession et d'être prêts à défendre leur pays. Ceci marqua le début de la milice en Angleterre.

³ Le Parlement britannique a reconnu pour la première fois la nécessité d'avoir des procédures par voie sommaire par la promulgation de la *Mutiny Act (Loi sur la mutinerie)*, en 1689. Des siècles plus tard, et malgré l'entrée en vigueur de la *Déclaration canadienne des droits, 1960* (S.C. 1960, ch. 44), de *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, ch. 11), les procès sommaires militaires existent encore à ce jour en vertu de la *LDN*.

une loi du Parlement britannique) ont été rédigés en 1757 pour régir les forces militaires et navales et régler le comportement des soldats et des marins.⁴

Il importe de souligner qu'au Canada, le gouvernement fédéral a la compétence exclusive en matière de « *milice, service militaire, service naval et la défense du pays* » en vertu de l'article 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵. Dans l'exercice de cette compétence exclusive, le Parlement canadien a adopté une *Loi sur la milice et la défense du Dominion du Canada*,⁶ pour régir les forces armées canadiennes. Par après, la *Loi sur le service naval*⁷ et la *Loi sur l'aviation royale canadienne*⁸ ont été adoptées dans les années 1940.

À la suite de ces documents juridiques, en 1950, le Parlement a réexaminé l'ensemble des lois applicables aux forces armées au Canada, avant de promulguer une loi plus complète et plus exhaustive – la *Loi sur la défense nationale (LDN)*⁹. Cette loi incorporait dans un seul et même texte de loi toutes les lois relatives au Ministère de la défense nationale (MDN), la Marine royale canadienne (MRC), l'Armée canadienne et l'Aviation royale canadienne (ARC) afin de révéler un processus uniforme pour l'administration de la justice militaire au sein des trois branches des forces militaires.

Aujourd'hui, la *LDN* est toujours la principale loi régissant la conduite des Forces armées canadiennes (FAC). Elle établit les conditions et modalités de la création, l'organisation, et le maintien des FAC, ainsi que les critères régissant le commandement, la conduite, la discipline, l'enrôlement, la promotion, la libération et la destitution des membres des FAC.

Les suggestions et recommandations pour la modernisation et l'amélioration du système de justice militaire ont, jusqu'à présent, reçu un certain degré d'indifférence de la part du législateur. Qu'il s'agisse d'agressions sexuelles aux collèges militaires et ailleurs, du traitement des familles militaires et des personnes souffrant d'un syndrome de stress post-traumatique, de la tenue de commissions d'enquête militaires convoquées à huis clos plutôt que d'enquêtes du coroner, le système défaillant des griefs militaires, le manque de compétences et d'indépendance de la police militaire, ou les occasionnels

4 Voir la préface de *Military Justice in Action*, supra note 1.

5 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R-U).

6 S.C. 1868, ch. 40 [*Loi sur la milice, 1868*].

7 9-10 Edouard VII, S.C. 1910, Ch. 43.

8 4 Georges VI, S.C. 1939, Ch 15.

9 L.R.C., 1985, ch. N-5.

appels à l'aide de la part du public, lesquels sont principalement en réponse à une couverture médiatique, tous ces éléments peuvent sembler être *ab initio* des puissants agents de changement.

APPEL À LA RÉFORME

« *Le conservatisme anti-intellectuel de l'armée canadienne, son rejet de la réforme, son incapacité à participer à une réflexion poussée - même sur les normes stratégiques de base qui ont disparu vers la fin de la guerre froide - ont été confrontés aux changements rapides de la société canadienne elle-même... l'armée canadienne a résisté au changement. Elle en voulait aux civils de lui dire ce qu'elle devait faire.* »¹⁰ [Nous traduisons].

Une telle clameur n'a pas poussé les parlementaires à apporter des changements législatifs qui moderniseraient la justice militaire. Pourtant, on s'attendrait raisonnablement à ce que le droit militaire évolue de concert avec les protections constitutionnelles prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés* et à ce que le droit militaire s'ajuste et soit conforme à la doctrine et aux principes juridiques contemporains au Canada, ainsi qu'aux réformes juridiques du droit militaire adoptées par la majorité de nos alliés. Cependant, les rares fois où notre Parlement a agi, les forces armées canadiennes ont retardé l'entrée en vigueur et la mise en œuvre d'un bon nombre de ces réformes. Par exemple, certains articles du projet de loi C-15 adopté le 19 juin 2013¹¹ n'ont pas encore été mis en vigueur. Aussi, le projet de loi C-77 adopté le 21 juin 2019¹² qui incorpore (et personnalise) la *Charte canadienne des droits des victimes*¹³ dans la *Loi sur la défense nationale* et remplace les procès par voie sommaire – lesquels sont jugés être anticonstitutionnels – n'est pas encore entrée en vigueur.

La croissance du système de justice militaire a causé la perte injustifiée des droits de plusieurs soldats, notamment le droit à un procès devant juge et jury en matière

¹⁰ Professeur David J. Bercusson, "Up from the ashes; The re-professionalization of the Canadian Forces after the Somalia Affair" (2009) 9:3 *Canadian Military Journal* 31, à la p 34.

¹¹ *Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada*, L.C. 2013, ch. 24.

¹² *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, L.C. 2019, ch, 15.

¹³ L.R.C., 2015, ch. 13, art. 2.

criminelle et pénale, le droit à une enquête préliminaire, la perte des bénéfices inhérents aux infractions dites hybrides, etc., pour ceux qui sont accusés devant les tribunaux militaires.

Il importe de mentionner que des civils, incluant des employeurs contractuels, des personnes à charge, et des journalistes ainsi que les membres de leur famille qui accompagnent les FAC outremer sont tous susceptibles de procès et peines par les tribunaux militaires.

OBJECTIF

Tel que décrit ci-bas, ayant démontré un intérêt marqué pour le système de justice militaire du Canada, il s'agit d'un honneur pour nous de présenter nos points de vue face à la réforme de la justice militaire canadienne.

EXPÉRIENCE ET EXPERTISE

Colonel-Maître® Michel W. Drapeau, OMM, CD, LL.L., LL.B.

Avant d'entamer une carrière juridique, Colonel-Maître® Drapeau a servi son pays pendant 34 ans en tant que membre de la Force régulière et des Réserves. Il a reçu l'Ordre du mérite militaire (OMM) et la Décoration des forces canadiennes (CD) en reconnaissance de ses nombreuses années de service militaire exemplaire. Au moment de sa libération volontaire en 1993, il occupait à la fois le poste de Secrétaire exécutif du quartier général de la Défense nationale et le poste de Secrétaire du Conseil de forces armées. Par la suite, il a travaillé comme cadre de la fonction publique en tant que Directeur général de l'administration ministérielle et Directeur général par intérim de la gestion des services ministériels au quartier général de la Défense nationale.

Entre 1996 et 2002, Colonel-Maître® Drapeau a complété ses études juridiques, décrochant une licence en droit civil (LL.L.) et un baccalauréat en common law (LL.B.), avant de compléter sa cléricature à la Cour d'appel fédérale auprès de l'honorable Gilles Létourneau. Dès qu'il fut assermenté au Barreau de l'Ontario en 2002, Michel Drapeau a fondé son propre cabinet juridique – le Cabinet juridique Michel Drapeau (CJMD) – axé principalement sur le droit militaire. Aujourd'hui, le CJMD représente presque exclusivement des membres des Forces canadiennes au Canada et outremer, ainsi que des anciens combattants et des employés civils du Ministère de la défense nationale.

Depuis 2002, Colonel-Maître® Drapeau et ses collègues du CJMD¹⁴ ont comparu devant la Cour martiale, la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la Cour fédérale, la Cour d'appel de la Cour martiale (CAMC) et la Cour d'appel fédérale, dans de nombreux dossiers mettant en cause le droit militaire et l'administration de la justice militaire.

En 2009, Colonel-Maître® Michel W. Drapeau a été nommé Professeur auxiliaire par le Sénat de l'Université d'Ottawa, et a enseigné plusieurs cours de droit militaire et droit des vétérans pendant plusieurs années. En 2020, il a été nommé récipiendaire du prix de l'Association du Barreau de l'Ontario pour Service distingué en raison de sa contribution aux avancées de la justice et de la carrière d'avocat.

Honorable juge (retraité) Gilles Létourneau,
B.A., LL.L., LL.M., Ph.D.

Détenteur d'un baccalauréat ès Arts (B.A.) et d'une licence en droit civil (LL.L.), M. le juge Létourneau a aussi une maîtrise en droit criminel et criminologie (LL.M.) et un doctorat (Ph.D.) en droit et procédure criminel.

Depuis son assermentation au Barreau du Québec en 1969, le juge Létourneau a eu une carrière juridique impressionnante et variée, ayant travaillé au sein des secteurs public et privé, notamment au Ministère de la justice du Québec, au Centre communautaire juridique du Québec, à la Société Québécoise d'information juridique (SOQUIJ), ainsi qu'en tant que Vice-doyen, Directeur des études de premier cycle et Professeur en droit à l'Université Laval. Le juge Létourneau a aussi été Vice-président et Président de la Commission de réforme du droit du Canada et il fut aussi Secrétaire

¹⁴ Les auteurs collaborateurs, Me Joshua Juneau (B.A., J.D.) et Me Stéphanie Bédard (LL.L., J.D.) sont aussi des avocats dont la pratique du droit se concentre majoritairement en droit militaire au Cabinet juridique Michel Drapeau, où ils sont tous deux complété leur stage du Barreau de l'Ontario auprès de leur maître de stage Michel Drapeau. En plus d'être membre du Barreau de l'Ontario, Me Bédard, qui détient un baccalauréat en droit civil (LL.L.) et un diplôme d'études supérieures spécialisées en common law (J.D.), est également membre du Barreau du Québec à titre de Conseillère juridique canadienne. Me Juneau est également membre du Barreau de l'Ontario, et membre du Barreau de Queensland, en Australie. Me Juneau a également contribué à l'avancement et le développement du droit militaire, notamment en tant qu'avocat pour la Commission d'enquête publique « Fynes » et à travers son implication à la Chambre des communes pour le projet de loi C-77, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, portant sur la nature anticonstitutionnelle des procès sommaires militaires.

général adjoint (Législation) du Conseil exécutif et Secrétaire du Comité de législation pour plusieurs réformes majeures au Québec.

Après avoir été nommé Conseiller de la Reine en 1991, il occupa le poste de juge de la Cour d'appel fédérale et de la Cour d'appel de la Cour martiale du Canada pendant plus de 20 ans.

Au milieu des années 1990, monsieur le juge Létourneau a connu une notoriété publique en tant que Président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie. Cette Commission d'enquête était fondamentale lors de la réforme de 1998 de la *Loi sur la défense nationale* et s'est avérée être une pierre angulaire pour le système de justice militaire au Canada.

En 2013, le juge Létourneau s'est vu octroyer la Médaille du Barreau du Québec pour souligner son apport considérable et sa contribution au développement de la société québécoise dans le domaine du droit, ainsi qu'à l'avancement du droit et de son exercice.

AUTEURS PUBLIÉS EN DROIT MILITAIRE CANADIEN

En 2006, l'honorable Gilles Létourneau et Colonel-Maître® Michel W. Drapeau ont publié la toute première compilation des lois et règlements en droit militaire canadien intitulée *Canadian Military Law Annotated*, publié par Carswell. Leur but était de promouvoir l'avancement du droit et d'accroître l'accès aux informations juridiques dans un domaine de droit très spécialisé pour faciliter la compréhension de ceux qui ont très peu de connaissances – ou aucune - en droit militaire canadien ou en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des forces militaires au Canada.

Les co-auteurs ont ensuite publié d'autres textes juridiques ensemble à propos du droit militaire canadien, notamment un livre plus exhaustif intitulé *Military Justice in Action* en 2011 et sa deuxième édition en 2015.¹⁵ Cette dernière édition compte un chapitre se concentrant spécifiquement sur le besoin d'une réforme de la *Loi sur la défense nationale*.¹⁶

¹⁵ À noter: Me Joshua Juneau, l'un des auteurs collaborateurs du présent texte, a également contribué à la production des deux éditions du livre *Military Justice in Action* en 2011 et 2015.

¹⁶ Michel W. Drapeau, Joshua M. Juneau, Walter Semianiw and Sylvie Corbin, *WINDS OF CHANGE*, (13 novembre 2015) Conférence and Debate on Canadian Military Law, Université d'Ottawa, Faculté de droit. Voir copie du texte au lien suivant: <https://www.mdlo.ca/news?lang=fr>. Voir le chapitre 2, qui met

PARTIE II - MODERNISATION DE LA JUSTICE MILITAIRE¹⁷

« Le système de justice militaire regroupe tous les domaines du droit: travail, administration, constitutionnel, public et privé, discipline et droit pénal. Sous plusieurs angles, la justice militaire a besoin d'un examen fondamental pour assurer l'équité, l'efficacité, la justice et le respect de la Charte canadienne des droits et libertés. Des réformes sont également nécessaires pour que le système de justice militaire existant soit conforme aux normes et valeurs de la société civile, ainsi qu'avec les tendances mondiales en évolution de la justice militaire qui révèlent une convergence des systèmes de justice militaire et civile et une plus grande adhésion aux normes des droits de l'homme.

L'expansion du système de justice militaire au Canada a entraîné la perte d'un certain nombre de droits, y compris le droit constitutionnel à un procès devant jury, pour les personnes poursuivies et jugées par des tribunaux militaires. De plus, au fil du temps, la compétence disciplinaire des tribunaux militaires s'est élargie au point que seules les infractions de meurtre, d'homicide involontaire coupable et

l'accent sur certaines dérogations au système de justice civile pour les personnes assujetties au droit militaire et en particulier au *Code de discipline militaire*. Ce chapitre propose également plusieurs changements au système de justice militaire pour préserver la confiance du public envers le système de justice et d'équité procédurale, et pour que la justice militaire se rapproche davantage des normes minimales établies par d'autres pays en matière de droit militaire.

¹⁷ Tel que discuté ci-bas, il existe plusieurs différences entre les systèmes de justice civil et militaire au Canada qui ne sont plus nécessaires ni justifiables puisqu'elles sont incompatibles avec la justice naturelle et l'équité procédurale auxquelles ont droit les membres des FAC. Ainsi, la croissance de notre système de justice militaire canadien a aussi mené à la perte corrélative de plusieurs droits pour les soldats et les civils accusés devant les tribunaux militaires.

Étrangement, mais en concordance avec ce paradoxe, les victimes des crimes qui sont enquêtés et/ou poursuivis par les autorités militaires ont été carrément exclues de la *Charte canadienne des droits des victimes* qui est entrée en vigueur en 2016. Il est quelque peu inconcevable de penser que les membres des FAC, qui se portent volontaires pour mettre leur vie à risque pour défendre nos valeurs et assurer notre sécurité, doivent renoncer aux droits fondamentaux dont bénéficie toute personne en territoire canadien et qui sont chéris par les civils. Comme nous le verrons ci-dessous, la situation a été corrigée – en théorie – par l'adoption du projet de loi C-77. Malheureusement, ce vide juridique demeure à ce jour puisque le Cabinet du juge-avocat général tarde à instaurer des règlements pour permettre l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Par conséquent, au cours des quatre dernières années, les victimes de crimes qui sont enquêtés par la police militaire ou le SEN FC, ou qui sont poursuivis par les autorités des poursuites militaires, continuent de se voir nier leurs droits à titre de victimes de crimes.

d'enlèvement d'enfants, lorsqu'elles sont commises au Canada, ne peuvent être jugées par des tribunaux militaires. De plus, les civils et les membres des familles militaires accompagnant les Forces canadiennes relèvent de la compétence du tribunal militaire. »¹⁸ [Nous traduisons].

EN GÉNÉRAL

Nous aborderons ci-après les problèmes avec le système de justice militaire canadien qui ont été identifiés auparavant mais qui n'ont pas encore été corrigés par le gouvernement canadien.

Dans la Partie III ci-dessous, nous aborderons ce que nous considérons être d'importantes facettes du droit militaire qui devraient être révisées et prises en compte lors de la réforme de la *Loi sur la défense nationale*. Tel que discuté ci-bas, pendant plus de deux décennies, certaines de ces suggestions ont déjà été proposées par les auteurs dans des publications antérieures à la présente. Lorsque pertinent, nous ferons référence à ces textes prédécesseurs. Par souci de commodité pour le lecteur, nous présenterons ces textes en ordre chronologique à la Partie III A. Ces domaines du droit militaires seront comblés par des sujets additionnels dans la Partie III B, où nous présenterons des recommandations supplémentaires pour la réforme du système de justice militaire.

PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS

Puisqu'un Canadien en uniforme militaire est d'abord et avant tout un citoyen canadien, les décisions des procureurs et des juges militaires qui les affectent, ainsi que les droits et responsabilités de ces citoyens canadiens en uniforme devraient être libres d'interférence par la chaîne de commandement¹⁹ tout comme ils sont libres d'interférence

¹⁸ Voir "A Word of Introduction" dans *Military Justice in Action*, supra note 1.

¹⁹ La chaîne de commandement est d'abord une chaîne de pouvoirs, d'autorité et de responsabilité s'étendant du bureau du CÉMD au niveau le plus bas des FAC, et vice-versa. Il s'agit aussi d'une hiérarchie de commandants individuels qui prennent des décisions au sein de leurs unités et entités respectives. La chaîne de commandement est ainsi un mécanisme militaire qui rejoint un subalterne à un officier supérieur – c'est-à-dire que n'importe quel officier ou militaire du rang qui, en vertu de la *LDN*, de règlements ou coutumes, est habile à donner des ordres licites à un autre officier ou militaire du rang.

politique dans le système civil de justice criminelle. Tel que discuté ci-après, cela n'est, malheureusement, pas le cas à l'heure actuelle.

En 2017, le livre intitulé "*Behind the Times: Modernization of the Canadian Military Criminal Justice*" a souligné à nouveau le sérieux besoin d'une réforme au niveau du système de justice militaire canadien.

« [...] *Il existe des différences entre la justice militaire canadienne et le système de justice civile qui ne sont plus garanties ou justifiées parce que, fondamentalement, elles ne rendent ni justice, ni équité aux militaires canadiens... Au fil des ans, les tentatives de moderniser la Loi sur la défense nationale (LDN) pour se rapprocher des standards de justice acceptés, ou même de notre propre système de justice pénale, ont été en série l'objet de résistance de la part de l'établissement militaire canadien. Plusieurs des réformes qui ont été faites sont le résultat de pressions qui sont venues de l'extérieur dont, non le moindre, le pouvoir judiciaire, mais non du MDN ou du système militaire lui-même.* »²⁰ [Nous traduisons].

Nous sommes convaincus que des réformes substantielles sont requises pour en arriver à un système de justice militaire canadien qui soit conforme aux normes et valeurs de la société canadienne, ainsi qu'aux tendances mondiales et évolutives des systèmes de justice militaire lesquelles révèlent une convergence des systèmes de justice militaire et civil et une plus grande adhésion aux normes des droits de l'Homme. Il s'agit là d'un énorme projet, mais d'un projet urgent néanmoins.

Nous croyons aussi que notre système de justice militaire devrait s'assurer de correspondre strictement aux besoins opérationnels militaires, sans faire entrave, comme il le fait présentement, à la compétence qui peut et doit être attribuée à la société civile et aux matières du ressort des tribunaux civils 'ordinaires'.²¹ Par ailleurs, une telle

²⁰ Gilles Létourneau and Michel W. Drapeau, *Behind the Times: Modernization of Canadian Military Criminal Justice*, (30 March 2017) [*Behind the Times*], à la p 17. À noter que l'auteur collaborateur, Me Joshua Juneau, a également contribué à la production du texte *Behind the Times*.

²¹ Ceci est conforme au *Projet de principes sur l'administration de la justice par les tribunaux militaires*, 62^e session, document de l'ONU E/CN.4/2006/58, 2006, principe 20 :

« *Les codes de justice militaire devraient faire périodiquement l'objet d'une révision systématique, de manière indépendante et transparente, afin de veiller à ce que les compétences des tribunaux militaires répondent à une stricte nécessité fonctionnelle, internationaux de droits de l'homme ont une claire*

convergence entre ces deux systèmes juridiques devrait être examinée sous l'angle et en tenant compte des caractéristiques d'une société civile moderne qui ne saurait être entravée ni par la branche exécutive, ni par la chaîne de commandement militaire.

PARTIE III A – PUBLICATIONS ANTÉRIEURES POUR LA RÉFORME

Nous aborderons maintenant plusieurs sujets que nous considérons être d'importantes facettes du droit militaire qui devraient être révisées, faire l'objet d'une réforme législative, et être prises en compte lors de la réforme de la *Loi sur la défense nationale*. Tel que discuté ci-bas, pendant les deux dernières décennies, certaines de ces suggestions ont déjà été proposées par les auteurs dans des publications antérieures à la présente. Lorsque pertinent, nous ferons référence à ces textes prédécesseurs. Par souci de commodité pour le lecteur, nous présenterons ces textes en ordre chronologique à la Partie III A. Ces domaines du droit militaires seront comblés par des sujets additionnels dans la Partie III B, où nous présenterons des recommandations supplémentaires pour la réforme du système de justice militaire.

REVUE DU BARREAU CANADIEN - 2003

Dans un article publié en 2003 dans la *Revue du Barreau canadien*,²² nous avons parlé de deux peines prévues à l'échelle des peines de l'art. 139 de la *LDN*:

a. La déchéance de l'ancienneté²³

Cet article aborde la futilité qui caractérise la peine de la « déchéance d'ancienneté » de l'échelle des peines de la *LDN* :

« Aujourd'hui, au pire la déchéance d'ancienneté peut avoir un impact minime sur un membre des FAC en retardant son entrée dans une zone de promotion. En

vocation abolitionniste, sans empiéter sur les compétences qui peuvent et doivent revenir aux juridictions civiles de droit commun. »

²² Michel W. Drapeau, "Canadian Military Law: Sentencing under the National Defence Act: Perspectives and Musings of a former soldier", (2003) 83: 1-3 *Revue du barreau canadien* 391.

²³ *Ibid*, aux pp 444-446.

de rares occasions, la séniorité peut entrer en jeu, disons pour des raisons de cérémonie ou de protocole. Autrement, c'est un concept dépourvu de signification réelle pour établir une position parmi les militaires d'un niveau de grade donné.
» [Nous traduisons].

Recommandation. Nous recommandons que la peine de « déchéance d'ancienneté » soit retirée de l'échelle des peines.

b. Le blâme et les réprimandes²⁴

Il n'existe aucune distinction dans la société moderne pour distinguer la peine de « réprimande » de la peine du « blâme », lesquels sont tous deux prévus à l'échelle des peines de la *LDN*. Autrefois, ces deux peines se distinguaient par le fait qu'un « blâme » impliquait la documentation de l'inconduite dans la feuille de conduite régimentaire de l'accusé, tandis qu'une simple « réprimande » était seulement inscrite dans la feuille de conduite de compagnie d'un individu. Une telle distinction n'existe plus aujourd'hui.

Recommandation. Compte tenu l'absence d'une véritable distinction entre les deux châtiments de nos jours, nous suggérons d'amender l'article 139 de la *LDN* afin d'éliminer l'une de ces deux peines.

LA JUSTICE MILITAIRE VERS L'AVANT – 2015

La deuxième édition du livre *Military Justice in Action* qui fut publiée en 2015 compte un chapitre qui porte spécifiquement sur la nécessité d'effectuer une réforme de la *Loi sur la défense nationale*. Ce chapitre propose de réviser plusieurs sujets et domaines – les plus importants étant résumés ci-après en faisant référence au chapitre 2 de *Military Justice in Action* lorsque cela est opportun.

²⁴ *Ibid*, à la p 447.

a. Des peines différentielles pour les mêmes infractions²⁵

De nombreuses infractions militaires (telles que la désertion, la mutinerie, les infractions séditieuses et l'espionnage) contenues au *Code de discipline militaire* sont en fait un dédoublement des infractions prévues au *Code criminel du Canada* [C. Cr.] Cependant, il existe des différences significatives quant au traitement de ces infractions en vertu de ces deux lois distinctes. Par exemple, considérons les infractions séditieuses. L'article 59 du C. cr. prévoit que la sédition est passible d'une peine maximale d'emprisonnement de 14 ans, tandis que la section 82 de la LDN prévoit que la peine maximale pour sédition pour un militaire est l'emprisonnement à perpétuité.

Recommandation. De telles différences au plan de la sévérité des sentences sont incompatibles avec le principe de justice égalitaire pour tous et devraient être éliminées.

b. La perte du droit constitutionnel au procès par jury²⁶

L'art. 11(f) de la *Charte Canadienne des droits et libertés* (*Charte*) nie à tout accusé le droit à un procès devant jury lorsque ce procès se déroule devant un tribunal militaire.²⁷ Au lieu du procès devant juge et jury, l'accusé a droit à une Cour martiale Générale devant un juge militaire et un comité de cinq (5) individus militaires.²⁸ La

²⁵ *Military Justice in Action*, supra note 1 aux pp 40-41.

²⁶ *Ibid*, aux pp 42-48.

²⁷ L'article 11(f) de la *Charte* se lit comme suit:

« **11.** Tout inculpé a le droit: [...] »

(f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave; [...] »

²⁸ L'Honorable Gilles Létourneau, *Initiation à la justice militaire : un tour d'horizon du système de justice pénale militaire et de son évolution au Canada*, (Montréal: Wilson & Lafleur, 2012) à la p 6 [*Initiation à la justice militaire*].

« Bien qu'il n'existe pas de recherches empiriques pour le démontrer, il n'est pas déraisonnable de penser, d'une part, qu'il est plus facile d'obtenir un verdict unanime de seulement cinq (5) plutôt que de douze (12) personnes et, d'autre part, que cette unanimité devrait s'obtenir plus facilement de ces

révocation du droit au jury dans ces circonstances a des conséquences majeures sur les droits de la personne.²⁹

Recommandation. Nous recommandons que les personnes poursuivies devant des tribunaux militaires pour une inconduite qui se qualifie d'infraction(s) au *Code criminel du Canada* ou de crimes contre l'humanité passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq (5) ans ou plus, ou d'une peine plus sévère, bénéficient du droit constitutionnel de choisir de subir un procès devant juge et jury en cour criminel civile, conformément à l'art. 11(f) de la *Charte*.

c. La perte des avantages propres aux infractions hybrides³⁰

Une vaste majorité des infractions prévues au *C. cr.* sont des infractions dites hybrides, c'est-à-dire que le Procureur de la Couronne peut opter de procéder par la mise en accusation par acte criminel, ou par procès par voie sommaire. Toutefois, les infractions hybrides du *C. cr.* perdent leur nature hybride dans le système de justice pénale militaire lorsque ces infractions deviennent de simples infractions d'ordre militaire.

Recommandation. Nous recommandons d'amender la *LDN* pour que celle-ci soit conforme, de façon formelle et non équivoque, à l'intention du législateur qui était motivée par le processus de promulgation des infractions hybrides du *C. cr.*

cinq personnes formées à la même école de pensée et possédant le même bagage institutionnel que de douze personnes issues de milieux sociaux différents, d'écoles de pensée différentes et sans bagage institutionnel commun. À ces données s'ajoutent, et la pression institutionnelle, et celle de la chaîne de commandement dont les membres du panel font partie et dépendent pour l'avancement de leur carrière. »

²⁹ Tel qu'énoncé par la Cour d'appel de la Cour martiale (CACM) dans *Leblanc c. Sa Majesté la Reine*, [1982] 1 RCS 344, un jury de douze (12) personnes qui sont membres de la société civile et choisies de concert par le Procureur de la Couronne et l'avocat de la Défense, garantie davantage la bonne administration de la justice qu'un comité de cinq (5) membres de la chaîne de commandement militaire.

³⁰ *Military Justice in Action*, supra note 1 aux pp 48-49.

d. La perte de l'enquête préliminaire³¹

En raison de la transformation d'infractions du *C. cr.* vers des infractions d'ordre militaire, un accusé devant un tribunal militaire se voit nier le droit à une enquête préliminaire.

Recommandation. Nous suggérons que la *LDN* soit amendée pour que celle-ci soit conforme, de façon formelle et non équivoque, à l'intention du législateur qui était motivée par le processus de promulgation des enquêtes préliminaires du *C. cr.*

e. Le droit d'appel³²

En vertu de l'article 230.1 de la *LDN*, le Procureur de la Couronne peut mener une affaire devant la Cour d'appel de la Cour martiale (CACM) pour contester la légalité d'un verdict de non-culpabilité. L'art. 228 de la *LDN* précise que les termes « légalité » ou « illégalité » réfèrent à une question de droit ou une question mixte de droit et de fait. En raison de la large portée de ces définitions, la poursuite militaire peut porter une cause en appel pour une question mixte de fait et de droit.

- i. Dans un procès criminel devant un tribunal civil, le Procureur de la Couronne n'a pas de tel pouvoir. Ainsi, en droit, la personne accusée devant les tribunaux civils d'avoir commis une infraction criminelle a un avantage dont sont injustement privés les accusés militaires.
- ii. Cependant, lors de procédures judiciaires devant un tribunal militaire, le Procureur de la Couronne a un avantage aux dépens de l'accusé.
- iii. Il appert que cette situation va à l'encontre du principe de la présomption d'innocence.

Recommandation. Nous recommandons que l'article 230.1 de la *LDN* soit abrogé pour respecter l'intention formelle du législateur, telle qu'exprimée par la promulgation du *C. cr.*

³¹ *Ibid*, à la p 49.

³² *Ibid*, aux pp 49-50.

f. Le pouvoir de révision et de substitution du verdict et de la peine imposée, ou de commuer et de remettre les peines³³

En vertu des articles 249, 249.11, 249.12, 249.13 et 249.15 de la *LDN*, un verdict de culpabilité et l'imposition d'une peine peuvent être révisés par des autorités externes à la hiérarchie judiciaire. Ces articles permettent au Gouverneur en conseil de modifier la décision de la Cour martiale quant à un verdict de culpabilité et/ou l'imposition d'une peine. Une telle révision peut être faite à la demande de l'accusé et/ou du CÉMD.

Recommandation. De telles dispositions sont contraires au principe de la séparation des pouvoirs et aux notions les plus fondamentales à la base du processus judiciaire au Canada et à l'indépendance judiciaire. L'exécutif ne devrait pas s'ingérer dans le processus judiciaire, et nous recommandons d'abroger ces dispositions.

g. L'échelle des peines³⁴

- i. Une personne accusée devant une Cour martiale n'a pas droit à plusieurs des options de détermination de la peine dont bénéficient les personnes accusées devant la chambre criminelle d'une cour supérieure de justice (civile). Entre autres, l'accusé militaire ne peut pas purger sa peine dans la communauté, ni au sein de son unité militaire.
- ii. De plus, le texte anglais de l'article 203.95 de la *LDN* affirme qu'une seule peine peut être imposée lorsqu'un accusé à la Cour martiale est trouvé coupable de plusieurs chefs d'accusations. [La version française de cette disposition octroi au juge militaire un pouvoir discrétionnaire en la matière.]

Recommandation. Nous proposons d'amender la *LDN* pour que celle-ci soit conforme à l'intention du législateur, telle qu'exprimée par le processus de promulgation d'une gamme de peines possibles dans le *C. cr.*

³³ *Ibid*, aux pp 50-52.

³⁴ *Ibid*, aux pp 52-53.

h. Un casier judiciaire pour une infraction disciplinaire³⁵

Au Canada, les décisions d'un conseil, comité administratif ou ordre professionnel, portant sur des infractions disciplinaires et/ou administratives, telles que la conduite préjudiciable à la profession, ne sauraient donner lieu à l'imposition de sanctions pénales ni à la création d'un casier judiciaire. Pourtant, l'article 249.27 de la *LDN* énumère un certain nombre d'infractions³⁶ qui peuvent donner lieu à un casier judiciaire si la peine prononcée est supérieure au « blâme », à une réprimande, à une peine mineure ou une amende supérieure à un mois de solde de base.

Recommandation. Normalement, un casier judiciaire est lié au verdict de culpabilité, ainsi qu'à la nature et la gravité objective d'une infraction, et non pas à la sévérité ou non de celle-ci ou à la nature de la peine infligée par le tribunal. Nous proposons d'abroger cette disposition.

EN RETARD: LA MODERNISATION DE LA JUSTICE MILITAIRE –2017

Le livre publié en 2017 intitulé "*Behind the Times: Modernization of the Canadian Military Criminal Justice*" propose une variété de réformes sous les titres qui suivent. Nous les résumons ci-bas.

a. La perte du droit constitutionnel à un procès avec jury³⁷

Se référer au paragraphe b, La justice militaire vers l'avant [*Military Justice in Action*], ci-haut.

³⁵ *Ibid*, aux pp 53-55.

³⁶ Des infractions au *Code de discipline militaire* telles que celles prévues à l'art. 85 – acte d'insubordination; l'art. 86 – querelles et désordres; l'art. 90 – absence sans permission; l'art. 91 – fausses déclarations concernant un congé; l'art. 97 – ivresse; l'art. 129 - conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline.

³⁷ *Behind the Times*, supra note 20 à la p 52.

b. Le manque d'indépendance de la Poursuite³⁸

L'article 7 de la *Charte* protège le droit constitutionnel d'un accusé d'être poursuivi par un Procureur indépendant, c'est-à-dire, le droit d'avoir un Procureur de la Couronne qui est capable d'agir de façon indépendante, à chaque étape du processus judiciaire, et qui appert être neutre et impartial lorsqu'il décide de la nature et de la portée des poursuites, et qui projette une apparence d'indépendance judiciaire. L'indépendance du Procureur de la Couronne est un principe constitutionnel de justice fondamentale reconnu par les Cours canadiennes.

Recommandation. Pour assurer l'indépendance et l'apparence de neutralité du Directeur des poursuites militaires (DPM), les procureurs ne devraient pas être sous la supervision du JAG, qui est également le supérieur hiérarchique de la chaîne de commandement de la branche judiciaire. Les procureurs devraient être du ressort du Procureur général du Canada ou du Directeur fédéral des poursuites pénales.

c. Le manque d'indépendance du Service d'avocats de la défense³⁹

Un système de justice qui est juste et indépendant nécessite l'indépendance de trois composantes essentielles : les juges militaires, le Directeur des poursuites militaires, et le Directeur du service d'avocats de la défense.

Recommandation. Le Directeur du service d'avocats de la défense, s'il doit y en avoir un, devrait être indépendant et être une entité juridique distincte sous la supervision du Procureur général, comme cela est le cas pour les avocats de la défense de l'aide juridique au Québec, en Ontario, et dans les autres provinces canadiennes.

³⁸ *Ibid*, à la p 61.

³⁹ *Ibid*, à la p 62.

d. La portée du pouvoir du Procureur de la Couronne et le droit d'appel de l'accusé⁴⁰

Le droit d'appel d'un accusé pour contester un verdict de culpabilité est plus restreint que le droit correspondant d'une personne condamnée dans le système civil de justice pénale. En effet, l'alinéa 675(1)(a)(ii) du *C. cr.* permet aux personnes jugées coupables par une Cour criminelle de contester un verdict de culpabilité en soulevant une question de fait, en obtenant l'autorisation de la Cour d'appel ou un certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d'appel. Un accusé jugé par un tribunal militaire n'a pas ce droit en vertu de la *LDN*. Ainsi, en droit, la personne accusée devant les tribunaux civils d'avoir commis une infraction criminelle a un avantage dont sont privés injustement les accusés militaires. Dans des procédures judiciaires devant un tribunal militaire, le Procureur de la Couronne a un avantage aux dépens de l'accusé. Il appert que cette situation va à l'encontre du principe de la présomption d'innocence.

Recommandation. Tout comme un civil accusé d'une infraction criminelle devant les tribunaux civils en vertu de l'art. 675(1)(a)(iii), la personne accusée devant les tribunaux militaires devrait avoir la possibilité de porter sa cause en appel, avec l'autorisation de la Cour, lorsqu'il s'agit d'une question de fait.

e. Le pouvoir du Ministre de la défense nationale de faire appel⁴¹

En vertu de l'article 230.1 de la *LDN*, le MDN ou le conseiller juridique avisant le Ministre peuvent interjeter appel devant la CACM de décisions de la Cour martiale. Dans de telles circonstances, on ne peut conclure que le MDN est un procureur indépendant qui peut agir de façon autonome et indépendante par rapport à la chaîne de commandement. De plus, il est très difficile de concilier l'octroi du pouvoir d'appel du ministre avec l'intention du législateur lors des réformes de 1999, lesquelles visaient à prévenir l'interférence de la chaîne de commandement dans le système de justice militaire. En effet, le principe de l'indépendance quant à la décision de poursuivre ou non une affaire requiert que ce pouvoir discrétionnaire soit

⁴⁰ *Ibid*, à la p 63.

⁴¹ *Ibid*, à la p 65.

également à l'abri de toute ingérence de la part de la chaîne de commandement. Lorsqu'un membre de la hiérarchie militaire, comme le Ministre, possède un tel pouvoir décisionnel, il en résulte de nombreux problèmes majeurs. Ainsi, tel qu'exprimé par la Cour d'appel de la Cour martiale dans *R. c. Gagnon*⁴², l'art. 230.1 de la *LDN* qui confère au Ministre de la défense nationale un droit d'appel ne satisfait pas au principe constitutionnel de l'indépendance du poursuivant. Cette disposition ne devrait avoir aucune force et aucun effet dans la mesure où le détenteur du pouvoir décisionnel n'est pas indépendant. Cette limite au principe constitutionnel ne saurait être justifiée en vertu de l'article 1 de la *Charte*.

Recommandation. Tel qu'établi récemment par la CACM dans *R c Gagnon*, et tel que proposé par le Très honorable Brian Dickson dans son deuxième rapport,⁸⁴ le droit d'appel pour contester un verdict de non-culpabilité rendu par une Cour martiale ou la CACM devrait être exercé par une autorité indépendante, sans interférence ni pression – réelle ou apparente – de la part de la chaîne de commandement. Le MDN fait partie de la chaîne de commandement et ne devrait pas avoir ce pouvoir discrétionnaire.

f. Le pouvoir de la chaîne de commandement d'émettre des mandats de fouilles, saisies et perquisitions⁴³

En général, pour qu'une fouille policière soit valide, la police aura besoin d'une autorisation judiciaire avant d'effectuer la fouille (par exemple, en obtenant un mandat de perquisition) et il faudra aussi qu'il existe des motifs raisonnables et probables qui la justifient. Une fois ces exigences satisfaites, l'intrusion de l'État dans la vie privée du citoyen serait justifiée. Ces normes s'appliquent lorsqu'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée et la protection prévue à l'article 8 de la *Charte* variera en fonction du contexte de la protection constitutionnelle quand la fouille du domicile d'une personne implique une atteinte à la vie privée par l'État. Toutefois, la portée de ces protections pourrait être limitée quand il s'agit de fouilles aux douanes. En vertu de l'art. 273.3 de la *LDN*, des mandats peuvent être émis pour

⁴² (2015) CACM 2.

⁴³ *Behind the Times*, supra note 20 à la p 67. À noter que nous employons le sens large des termes « fouille », « saisie » et « perquisition », et qu'ils sont utilisés de manière interchangeable dans le présent document.

la fouille de locaux et d'endroits sous le contrôle des Forces armées canadiennes ou qui seraient occupés à des fins résidentielles par toute personne assujettie au *Code de discipline militaire*. La fouille s'étend également à tout hangar ou entrepôt situé dans ces endroits. Les mandats peuvent être émis par un commandant qui est convaincu, en se fondant sur une information déclarée sous serment, qu'il y a dans ces endroits des preuves relatives à la perpétration d'une infraction à la *LDN*, ou des preuves de quoi que ce soit destinées à être utilisées dans ou pour la perpétration d'une infraction contre une personne susceptible d'être arrêtée sans mandat. Le Cmdt doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. En vertu de l'art. 273.5, toutes ces exigences et garanties prévues à l'art. 273.3 ne s'appliquent pas au Cmdt d'une unité de police militaire.

Recommandation. En vertu de l'article 8 de la *Charte Canadienne des droits et libertés*, lequel assure à toute personne une protection contre les fouilles, saisies et perquisitions, les mandats de fouille et perquisition devraient être émis seulement par les juges militaires et non pas par les commandants, ces derniers ayant une connaissance et compréhension inadéquates du droit et des lois applicables, et ne bénéficiant pas non plus de l'apparence d'impartialité et d'indépendance nécessaire pour autoriser une telle intrusion dans le domicile d'un individu. Cette indépendance est fondamentale pour assurer et maintenir la confiance du public dans la bonne administration de la justice pénale militaire.

g. La portée du pouvoir d'arrestation et le devoir de ne pas procéder à l'arrestation⁴⁴

En vertu des articles 154 et 155 de la *LDN*, les officiers des FAC et les militaires du rang ont le pouvoir et l'autorité nécessaires pour arrêter ou ordonner l'arrestation, sans mandat, de toute personne qui '*est accusée d'avoir commis ou qui est prise en flagrant délit à commettre une infraction d'ordre militaire, ou encore qui est soupçonnée, pour des motifs raisonnables, d'avoir commis une telle infraction*'. Dans l'amendement proposé en 2013 à l'art. 155(2.1) du projet de loi C-15,⁴⁵ certaines limites ont été imposées au pouvoir d'arrestation sans mandat. À moins qu'un officier

⁴⁴ *Ibid*, à la p 70.

⁴⁵ *Supra* note 11.

supérieur ne l'ordonne, un officier ou militaire du rang ne peut pas arrêter ni ordonner l'arrestation sans mandat d'une personne pour une infraction qui n'est pas grave si l'intérêt public peut être protégé sans procéder à une telle arrestation, ou s'il n'existe aucun motif raisonnable de croire que l'individu manquerait à son devoir de comparaître devant un tribunal militaire.⁴⁶

Recommandation. En vertu de l'article 7 de la *Charte*, lequel protège le droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne, ainsi que le droit de ne pas se voir priver de ses droits sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, une arrestation avec mandat réfère à une arrestation qui a été autorisée au préalable par un juge militaire ou, tel que décidé par la Cour martiale dans *R. c. Levi-Gould*⁴⁷, par des personnes capables d'exercer une fonction judiciaire, afin d'assurer et de préserver la confiance du public dans la bonne administration de la justice pénale militaire.

h. Le pouvoir de révision et de substitution du verdict et de la peine imposée dont bénéficie la chaîne de commandement⁴⁸

Se référer au paragraphe f, La justice militaire vers l'avant [*Military Justice in Action*], ci-haut.

i. L'indépendance de la police militaire⁴⁹

Le Grand Prévôt (GP) est un officier qui détient présentement le grade de brigadier-général et est responsable⁵⁰ de la police militaire (PM). L'indépendance de la police

⁴⁶ *Behind the Times*, supra note 20 à la p 71: il existe trois problèmes fondamentaux avec ces trois dispositions.

⁴⁷ 2016 CM 4002.

⁴⁸ *Behind the Times*, supra note 20 à la p 73.

⁴⁹ *Ibid*, à la p 73.

⁵⁰ *Loi sur la défense nationale*, arts. 18.3 et 18.4.

militaire est compromise par l'article 18.5(3) de la *LDN* qui permet au Vice-chef d'État-Major de la défense (VCÉMD) de donner des ordres, par écrit, par rapport à une enquête spécifique⁵¹. En vertu de ce pouvoir statutaire, le VCÉMD peut émettre

⁵¹ Le Service national des enquêtes des Forces canadiennes (SNE FC) est une division d'enquête de la police militaire des FAC qui a été instauré en 1997 dans l'objectif d'enquêter les affaires les plus graves et les plus délicates en lien avec le Ministère de la défense nationale (MDN) et les FAC. Le SNE FC exerce des fonctions semblables à celles du Groupe des crimes majeurs de la GRC, ou encore d'un service de police provincial ou d'un grand centre urbain. Le SNE FC a compétence dans les dossiers qui impliquent une personne assujettie au *Code de discipline militaire*. Les employés civils qui travaillent sur une base militaire ou qui sont déployés avec les FAC peuvent aussi être assujettis au *Code de discipline militaire*. Le SNE FC a également un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de déposer des mises en accusation de nature criminelle auprès des cours civiles lorsque ces civils enfreignent la loi en territoire militaire ou en lien avec des biens militaires.

Tous les membres du SNE FC sont des policiers militaires; des membres des FAC qui détiennent un grade militaire. Un grade militaire n'est pas nécessaire au travail des policiers militaires, et le port de l'uniforme militaire et d'autres symboles des FAC ne l'est pas non plus. En fait, ceci pourrait constituer une distraction ou inhibition, ou une apparence des deux, à l'accomplissement des tâches policières de façon indépendante. Le personnel du SNE est quotidiennement assujéti aux ordres des PM supérieurs, lesquels se fient sur le système hiérarchique des FAC et le *Code de discipline militaire* donner et exécuter leurs ordres et directives.

Le Commandant du SNE FC doit rendre compte directement au Grand Prévôt; ce dernier étant nommé par le CÉMD et devant rendre compte au VCÉMD. Voir l'art. 18.2 de la *LDN*. Le quartier général du SNE FC est à Ottawa. Voir aussi Bureau du Grand Prévôt des Forces canadiennes et Quartier général du Groupe de la Police militaire, *Grand Prévôt des Forces canadiennes – Rapport annuel 2019-2020*, Ministère de la défense nationale, au lien suivant : <https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/documents/reports/2019/rapport-du-grand-prevot-des-forces-canadiennes-annee-financiere-2019-20.pdf>

Les policiers militaires ne peuvent pas y échapper, car en tant que membres des FAC, le personnel du SNE est absolument obligé d'obéir aux ordres licites émanant de leurs supérieurs hiérarchiques. Toutefois, de manière très peu convaincante, plusieurs personnes ayant dû faire affaire au SNE ont témoigné que, lorsque le SNE mène ses enquêtes, ce qui requiert une interaction avec des membres haut-placés des Forces, ils sont capables de briser ou de modifier leurs habitudes d'obéissance absolue et de respect des grades, sans pour autant être intimidés ou que l'enquête ne soit gênée par la hiérarchie des personnes enquêtées.

En plus de la présence d'un service de police militaire pour chaque branche des forces armées britanniques, au Royaume-Uni il y a une unité hautement spécialisée, la Force policière du Ministère de la défense (FPMD), constituée de policiers et d'employés civils. La FPMD a le mandat de prévenir et identifier le crime, d'enquêter des crimes graves commis dans un établissement militaire (par exemple, la fraude ou les décès), d'assurer la sécurité physique des établissements de la défense, de l'institut de recherche de la défense, d'infrastructures nationales critiques, ainsi que d'assurer la sécurité des biens appartenant à la Couronne. Les

des ordres et prendre des instructions dans des cas spécifiques, ce qui inclut présumément la décision d'enquêter ou de ne pas enquêter une personne ou une affaire en particulier. Ceci est problématique car cela prive la PM de son pouvoir de mener une enquête indépendante et libre d'ingérence par le pouvoir exécutif du gouvernement. Il est difficile de comprendre la raison d'être de ce pouvoir dont jouit le VCÉMD, et de comprendre pourquoi ce dernier devrait garder un tel pouvoir. De plus, il n'y a aucune exigence que les ordres du VCÉMD à la PM soient accessibles au public, ce qui soulève des préoccupations quant à la transparence du système.

Les policiers militaires occupent deux rôles à la fois. D'une part, ils agissent comme agents de la paix, tel que défini à l'art. 2 du *Code criminel*, et la police militaire constitue une organisation distincte au sein des forces militaires qui effectue de tâches très précises dans les opérations militaires, telles que (a) le contrôle de la circulation sur le champ de bataille; (b) la détention et le transport de prisonniers de guerre. D'autre part, les policiers militaires sont des membres des FAC qui sont assujettis à une chaîne de commandement et qui ont l'obligation d'exécuter les ordres légitimes que leur imposent les officiers supérieurs.

Recommandation. La PM devrait être capable de mener une enquête sans ingérence ou interférence des officiers supérieurs de la chaîne de commandement qui ne font pas partie de la police militaire, notamment le VCÉMD. Même si la chaîne de commandement peut jouer un rôle dans la mise en accusation en vertu du *Code de discipline militaire*, les membres de la chaîne de commandement qui ne sont pas policiers militaires ne devraient pas pouvoir ordonner (ou non) la tenue d'une enquête policière dans un dossier spécifique. L'article 18.5(3) de la *LDN* devrait alors être abrogé.

infractions commises par des civils relativement aux forces armées ou aux militaires sont du ressort du FPMD, tandis que les infractions d'ordre militaire (disciplinaires et administratives) sont du ressort de la police militaire.

j. Les commissions d'enquêtes des FAC/ du MDN et les enquêtes du coroner⁵².

Lorsqu'un membre des FAC décède d'une mort subite, les forces ordonnent généralement la tenue d'une commission d'enquête (CE), à huis clos, en vertu de l'art. 45 de la *LDN*. Le but de la CE découle de l'ordonnance qui la convoque, laquelle indique habituellement ce qui suit : « d'enquêter les causes et les facteurs qui peuvent avoir contribué au décès du membre, et d'identifier les mesures préventives applicables, le cas échéant. » De coutume, un président et plusieurs membres des FAC, dont un agent des affaires publiques, siègent sur le banc de la Commission d'enquête. À la conclusion de l'enquête, le président publie un rapport de la CE, lequel est soumis à l'approbation de l'unité (du bataillon ou régiment), et est ensuite révisé et approuvé par le CÉMD. Le rapport n'est pas rendu public, et est uniquement divulgué aux membres de la famille du défunt si ceux-ci soumettent une demande d'accès en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*⁵³.

Ce processus s'écarte grandement de son équivalent dans le système civil lorsqu'il y a des morts soudaines. Quand un civil subit une mort soudaine et inattendue ou qu'il décède dans des circonstances suspectes au Canada, il peut y avoir une enquête du coroner, laquelle est publique. En Ontario, les enquêtes du coroner visent à 'offrir un service aux survivants en effectuant des enquêtes et des commissions d'enquête de qualité supérieure par rapport aux décès afin d'assurer qu'aucun décès ne soit ignoré, négligé ou camouflé'. Après la fin de l'enquête du coroner, les conclusions peuvent servir dans la rédaction de recommandations pour améliorer la sécurité publique et prévenir que d'autres tragédies semblables ne se manifestent.

Recommandation. Tous les décès inattendus des membres des FAC qui ne sont pas reliés au combat devraient faire l'objet d'une enquête du coroner pour accroître la célérité et l'efficacité du processus, pour permettre et assurer la vérification et l'inspection par le public, pour que ces morts soient enquêtées par un tribunal indépendant, et pour que les familles des défunts soient impliquées dans le processus.

⁵² *Behind the Times*, supra note 20 à la p 82.

⁵³ L.R.C., 1985, ch. A-1.

Au Royaume-Uni, tous les résultats des enquêtes de service militaire publiées sont accessibles sur Internet, tout comme le sont plusieurs rapports de Commissions d'enquêtes, d'examen internes, et les résumés d'accidents aériens militaires.

k. Le droit de porter grief⁵⁴

Au moment où nous écrivons le présente texte, il y a plus de 1000 griefs inscrits dans le système d'enregistrement des griefs des FAC. Cela équivaut à 1 grief par 60 membres des FAC. Un nombre si élevé de griefs / plaintes constitue 'du jamais vu' même dans un milieu de travail syndiqué, et est plutôt troublant. Parmi ces 1000 griefs, plus de 700 griefs se situent à l'échelon de l'autorité de dernière instance (ADI) et sont dans l'attente d'une décision finale. Considérant qu'il y a à peine 60 000 militaires dans la Force régulière, ce nombre de griefs accumulés dans le système frappe l'imaginaire, et dépeint soit un manque flagrant de leadership, soit une crise de leadership, ou les deux.

De plus, au cours des quelques dernières années, le CÉMD et les généraux seniors se sont débarrassés de l'un des outils les plus importants à la fonction de général : le fait d'être immédiatement, directement et personnellement impliqué dans la gestion ou correction de situations d'abus et/ou de lacunes systémiques portées à leur attention par des soldats qui déposent un grief par rapport aux actes ou omissions de commandants subordonnés. Le système actuel de gestion des griefs des FAC ne remplit pas son mandat. Afin de "réparer le processus" et ainsi éliminer les arriérés de griefs, des changements de structure organisationnelle devraient être envisagés.⁵⁵

⁵⁴ *Behind the Times*, supra note 20 à la p 88.

⁵⁵ Pour éliminer les arriérés de travaux au sein du système de griefs, les changements suivants devraient être pris en compte :

1. *La rémunération et les avantages sociaux.* Parmi les 1000 griefs et plus qui sont présentement inscrits dans le système, environ 40% d'entre autres sont en lien avec la rémunération et/ou des avantages sociaux et indemnités (R&A). Afin de limiter les arriérés, les Ordonnances et règlements royaux des Forces canadiennes (ORFC) pourraient être modifiés pour faire en sorte que les décisions en lien avec les R&A ne soient susceptibles d'un grief; dorénavant, de tels conflits, plaintes, contestations ou problèmes seraient du ressort exclusif du Directeur des R&A; expert en la matière. La question de savoir si un membre est en droit de recevoir un R&A ou non est, par sa nature-même, une règle de droit immuable. Le membre est soit en droit de recevoir un R&A, ou il ne l'est pas. Les décisions du Directeur des R&A pourraient faire l'objet d'une révision judiciaire selon la norme de la décision 'correcte', tel que prévu à l'art. 2 de la *Loi sur les cours fédérale*.
2. *Les rapports annuels d'appréciation du personnel.* La problématique est que plusieurs – énormément – de griefs sont soumis par des membres qui sont en désaccord avec l'évaluation de leur rendement tel qu'exprimé par leur supérieur dans un Rapport d'appréciation du personnel (RAP). Après la décision de

Malgré une large administration qui s'étend sur plusieurs niveaux de la chaîne de commandement, le système de griefs ne remplit pas son mandat et ne peut pas rencontrer ses devoirs statutaires envers les hommes et les femmes qui effectuent leur service militaire. Par exemple, il n'est pas inhabituel pour que le Cabinet juridique Michel Drapeau doive attendre entre 3 et 6 ans, ou encore plus longtemps, avant de recevoir une décision de l'Autorité de dernière instance.⁵⁶

L'autorité initiale (AI), le système de grief requiert que ces griefs soient envoyés au CÉMD pour qu'il les révise, malgré le fait que plusieurs des plaignants sont des membres juniors des FAC ou des militaires du rang. L'autorité de dernière instance (ADI) n'est pas disposée à substituer son opinion à celle de l'officier qui a produit le rapport, car il n'a généralement aucune connaissance personnelle des tâches quotidiennes du plaignant, de la qualité de son travail et de son rendement, de ses aptitudes de leadership, ou sa capacité à bénéficier d'une promotion. En ce qui concerne quasiment tous les griefs de RAP, le CÉMD ne serait pas même en mesure d'identifier les plaignants de par leur nom et/ou visage, encore moins évaluer leur rendement. Il est absurde que l'ADI perde du temps à réviser des griefs de RAP pour des membres dont le grade est inférieur au sien par 8 échelons ou plus. Une solution possible pourrait être d'exclure les questions en lien avec les RAP du système de griefs des FAC. Plutôt que de soumettre un grief, un membre aurait le droit d'annoter son RAP, et pourrait ainsi exprimer son désaccord avec l'évaluation et s'expliquer à même le dossier personnel du membre. La chaîne de commandement et le comité d'examen du mérite pourraient alors prendre connaissance des annotations et commentaires du membre et, le cas échéant, en tenir compte.

⁵⁶ Au Royaume-Uni (R-U), depuis 2015, il existe un Ombudsman des plaintes par rapport au service militaire qui jouit d'un pouvoir de surveillance et d'enquête indépendantes pour appuyer les forces armées britanniques dans la gestion du système de griefs. L'Ombudsman fait une évaluation annuelle pour déterminer si le système de gestion des plaintes de service est fonctionnel, efficace et juste.

La durée cible actuelle pour résoudre une plainte de service est de 24 semaines. Cependant, en 2019, seulement 46% des plaintes de services étaient résolues à l'intérieur de ce délai de 24 semaines. Le service naval a toutefois réussi à résoudre 74% de ses plaintes de service en moins de 24 semaines. Voir Royaume-Uni, *Rapport annuel 2019*, Ombudsman des plaintes de services pour les Forces armées, à <https://www.scoaf.org.uk/download/4386/> qui indique que les griefs [appelées "Service Complaints", ou plaintes quant au service militaire, « *plaintes de service* »] doivent être résolues dans une période raisonnable et sans délai indu pour éviter d'affecter négativement le bien-être des membres. En 2019, il fallait en Moyenne 36 semaines pour résoudre une plainte de service.

En Australie, il y a un Inspecteur général qui est indépendant et a un pouvoir de surveillance, de révision et de coordination des plaintes déposées au système de griefs. Lorsqu'une plainte ne peut pas être résolue au sein de la chaîne de commandement, les membres peuvent loger une plainte appelée Réparation d'une injustice (RDI) (« *Redress of Grievance (ROG)* ») ou une plainte auprès de l'Inspecteur général des forces de la défense australienne (IGDFA) Le Bureau de l'IGDFA vise à offrir un mécanisme de vérification et de révision du système de justice militaire par une entité entièrement indépendante de la chaîne de

Recommandation. Idéalement, les procédures applicables en matière de griefs seraient efficaces et aideraient la chaîne de commandement à identifier et corriger des problèmes avant que ceux-ci ne dégénèrent et créent encore plus de tension dans le milieu de travail. En 2003, feu monsieur le juge en chef Lamer a « recommandé de nouvelles mesures pour mettre fin aux délais excessifs et inacceptables... » et a suggéré que, dorénavant, les décisions quant aux griefs soient prises et transmises à l'intérieur d'une période de douze mois. Aussi, en 2003, l'ancien juge en chef a proposé que le CÉMD « ait l'obligation d'émettre un compte rendu annuel sur la révision des griefs ». Cette suggestion n'a toujours pas été mise en œuvre. Toutes ces recommandations mentionnées ci-haut devraient maintenant être formellement incluses et mises en vigueur dans la *LDN*.

I. La compétence des FAC en matière d'agressions sexuelles⁵⁷

Au cours des deux dernières décennies, plusieurs signes précurseurs d'une crise d'inconduite sexuelle dans les forces militaires ont été ignorés. Quelques mois après la publication en 1997 du rapport intitulé « Un héritage déshonoré »⁵⁸ faisant état des leçons à tirer de la commission d'enquête sur la Somalie et abordant entre autres les thèmes d'échecs en matière de leadership, de défaillance disciplinaire, de camouflage d'incidents par la chaîne de commandement, et du manque de responsabilité, les médias ont dénoncé au public la toxicité de l'affaire. La revue *MacLean's Magazine* a publié quatre articles en 1998 sous les titres tels que « Viol dans les forces militaires » [« *Rape in the Military* »], « Le viol et la justice » [« *Of Rape and Justice* »], et « Dénoncer » [« *Speaking Out* »]. Étonnement, en réponse à cette crise

commandement. L'IGDFA peut initier et mener à terme des enquêtes émanant des systèmes administratif et disciplinaire. Le rôle de l'IGDFA est d'identifier les causes systémiques d'injustice au sein du système de justice militaire, plutôt que de supplanter les options de recours dont disposent les militaires. L'IGDFA n'a pas l'autorité d'instaurer des mesures qui découlent de ses enquêtes. L'IGDFA peut seulement émettre des recommandations aux entités qui peuvent réparer les injustices dont il est question. Voir Australie, Ministère de la défense, « Inspecteur général », à <https://www.defence.gov.au/mjs/igadf.asp>

⁵⁷ En 1998, l'article 70 de la *LDN* fut amendé pour donner compétence aux autorités militaires en matière d'agression sexuelle'. Voir *Behind the Times*, supra note 20 à la p 96.

⁵⁸ Canada, Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie, *Un héritage déshonoré : les leçons de l'affaire somalienne - rapport de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*, 1997 (CP32-65/1997). [*Un héritage déshonoré*].

qui affectait non seulement la sécurité et l'intégrité des soldats mais aussi la réputation de l'organisation, en 1998, le Cabinet a octroyé au FAC le pouvoir d'enquêter et de poursuivre des agressions sexuelles pour « permettre aux forces de réagir rapidement à de tels incidents par souci pour la cohésion au sein de l'unité ». ⁵⁹ En d'autres mots, ceci signifiait que la 'cohésion de l'unité' – un euphémisme pour le contrôle militaire – a pris préséance par rapport à la sécurité, l'intégrité et la dignité des soldats et soldates.

D'autres avertissements ont suivi. Par exemple, les agressions sexuelles hautement médiatisées commises par le Colonel Russell Williams a mis en évidence le problème. En avril 2014, *MacLean's* a publié un autre article appelé « *La honte de nos forces armées* » [« *Our Military's Disgrace* »]. En 2015, le *Globe and Mail* a fait un reportage sur la culture sexualisée au Collège royal militaire (CRM). En février 2016, la *Société Radio Canada* a diffusé « *Femmes au combat* » par lequel cinq femmes soldats dénonçaient l'inaction des forces en réponse à leurs allégations d'agression sexuelle par leurs contemporains. Suite à cette diffusion, en 2015, une panoplie de couvertures médiatiques ont porté sur des inconduites sexuelles au CRM à Kingston. Cependant, à l'exception d'un commentaire occasionnellement dit au passage à la Chambre des communes, les parlementaires semblaient être satisfaits de laisser les FAC « gérer » le problème!

Par ailleurs, en 2015, l'Honorable Marie Deschamps, anciennement juge de la Cour suprême du Canada, a mené un examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les FAC. Il n'était pas surprenant que cette dernière détermine qu'un large pourcentage des incidents d'inconduite sexuelle n'étaient ni déclarés ni dénoncés. En effet, les victimes avaient un sérieux manque de confiance face au fait que les FAC ne prenaient pas leurs plaintes au sérieux et que l'inconduite était habituellement ignorée, ou même entérinée, par la chaîne de commandement. Plusieurs victimes craignaient d'avoir des représailles ou autres répercussions négatives sur leur carrière, ou encore avaient peur de ne pas être crues, avaient peur d'être perçues comme étant faibles ou des « *fauteuses de trouble* », et/ou d'être diagnostiquées comme 'inaptes au service'. Me Deschamps a aussi conclu que la

⁵⁹ À l'époque, les autorités militaires n'avaient aucune expérience dans l'enquête ni la poursuite de tels crimes. L'article 70 de la *LDN* a été amendé.

police militaire n'avait pas la formation appropriée ni les compétences nécessaires pour gérer des victimes d'agressions sexuelles.⁶⁰

À la lumière de ce rapport, le CÉMD a instauré l'Opération Honneur et a ouvert un centre de dénonciation **à l'interne**. D'emblée, nous avons dénoncé le fait que les MDN/FAC ont ignoré sept (7) des dix (10) recommandations faites par l'Honorable Marie Deschamps dans son rapport du 27 mars 2015 sur son *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*⁶¹ par lequel elle a insisté sur la nécessité de créer un centre INDÉPENDANT, externe aux FAC, pour la prise de responsabilité pour les agressions sexuelles et le harcèlement sexuel.⁶² En ce qui concerne l'indépendance d'un centre séparé et distinct des FAC, l'Honorable Me Deschamps et les victimes d'agression ou de harcèlement

⁶⁰ Le *Rapport final de 2015 concernant l'audience d'intérêt public « Fynes »* produit par la Commission d'examen des plaintes contre la police militaire (CPPM), voir le lien : <https://mpcc-cppm.gc.ca/documents/enquetes-audiences-dinteret-public-interest-investigations-hearings/final-reports-rapports-finals/hearing-audience-2011-004-rapport-final-report-fra.pdf>, identifie de sérieuses lacunes dans la formation et les connaissances de policiers militaires effectuant des enquêtes d'ordre criminel.

« [29]. *Plusieurs autres recommandations et conclusions sur lesquelles la Police militaire n'a fourni aucune réponse touchent aussi à des domaines où, de l'avis de la Commission, les lacunes observées étaient sérieuses, évidentes et inexcusables. La Commission a noté clairement des manquements souvent graves dans les interactions de la Police militaire avec le Fynes tout au long des enquêtes examinées, notamment : l'omission répétée de leur fournir de l'information et des réponses substantielles à leurs questions légitimes; l'omission de donner suite aux engagements pris à leur égard; l'omission de présenter des excuses et des explications appropriées lorsque l'omission de divulguer la note de suicide a été découverte; et l'omission de prendre des mesures pour retourner les pièces parce qu'il n'y avait aucun processus en place pour gérer cet aspect.* » [Nous soulignons]

⁶¹ Me Marie Deschamps, Responsable de l'examen externe (27 mars 2015), *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes – Recommandations* : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/rapports-publications/inconduite-sexuelle/examen-externe-sexuelle-hd-2015/recommandations.html>

⁶² La Recommandation 3 de son rapport est la suivante:

« *Créer un centre **indépendant** de responsabilisation en matière de harcèlement sexuel et d'agression sexuelle à l'extérieur des FAC qui aura la responsabilité de **recevoir les signalements de comportements sexuels inappropriés**, de mener les activités de prévention, de coordonner et de surveiller la formation, de faire de la recherche, de fournir le soutien aux victimes, de faire le suivi de la responsabilisation, et d'agir comme autorité centrale pour la collecte de données.* » [Nous soulignons]

sexuels n'envisageaient certainement pas que le Centre de d'intervention sur l'inconduite sexuelle (CIIS) soit contrôlé par le MDN au QGDN. Au QGDN, les organisations du MDN et des FAC sont fusionnés et marchent essentiellement main dans la main.⁶³

Puis, en novembre 2016, Statistiques Canada a publié les résultats d'un sondage sur l'inconduite sexuelle. Les réponses fournies par plus de 43 000 membres n'ont rien révélé de rassurant. Toutefois, le sondage a confirmé avec *'certitude'* l'étendue et la gravité du problème. Envisagez ce qui suit: a) parmi les membres de la Force régulière, 27,3% des femmes et 3,8% des hommes ont affirmé avoir été victimes d'agression sexuelle au moins une fois depuis leur enrôlement; b) environ 960 membres ont dit avoir été victimes d'agression sexuelle au cours des 12 mois précédents le sondage; et c) 49% des femmes qui ont été victimes d'agression sexuelle ont dit avoir été agressées sexuellement par leur superviseur ou un membre de rang supérieur au leur. De toute évidence, depuis la création d'Opération Honneur, plusieurs membres ont désobéi aux ordres du Général Vance.⁶⁴

Néanmoins, le taux de condamnation par les cours martiales pour des infractions d'agressions sexuelles est considérablement moins élevé que le taux des tribunaux pénaux civils du Canada pour des infractions semblables.

« Depuis les débuts d'Opération Honneur en 2015, un seul soldat a été trouvé coupable par le système canadien de justice militaire d'avoir commis une agression sexuelle envers une femme membre des Forces armées canadiennes. (...) En plus, des ententes relatives au plaidoyer par lesquelles [pour éviter un dossier criminel] les inculpés plaidaient coupables à des infractions d'ordre militaires disciplinaires comme l'ivresse, conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, et conduite déshonorante, ont été utilisés dans des dossiers

⁶³ Ce sujet fut discuté lors d'une rencontre du Comité permanent de la défense nationale, Chambre des Communes, 43e législature, 2e session, réunion 16, (22 février 2021).

⁶⁴ Il importe de noter que l'ancien Chef d'État-Major de la Défense, le Général Jonathan Vance, fait présentement l'objet d'une enquête suite à des allégations d'inconduite sexuelle pendant son service militaire qui ont été déposées contre lui, et que son successeur, l'Amiral Arthur McDonald, est suspendu de ses fonctions de nouveau CÉMD pendant l'enquête à la suite d'allégations d'inconduite sexuelle. Il va sans dire que ces allégations – dont la véracité n'a pas encore été déterminée – ont miné la confiance de plusieurs membres de FAC envers la chaîne de commandement et l'efficacité de l'Opération Honneur.

mettant en cause des agressions sexuelles violentes. Les peines pour ces graves attaques sexuelles étaient des amendes et des réprimandes. »⁶⁵ [Nous traduisons]

En novembre 2020, les FAC ont introduit « *La voie vers la dignité et le respect* » pour remplacer le plan de match qui avait été établi en avril 2015.

Recommandations. Le CIIS doit être soustrait du contrôle du MDN au QGDN. Sur une base prioritaire, les changements législatifs qui ont reçu la sanction royale et furent apportés par le projet de loi C-77 en juin 2019 doivent être mis en application immédiatement pour assurer que les victimes de crimes bénéficient sur-le-champ des mêmes droits dont jouissent n'importe quel autre individu au Canada – citoyen canadien ou non – en vertu de la *Charte canadienne des droits des victimes*.

En second lieu, la *Loi sur la défense nationale* doit être modifiée pour redonner compétence aux cours criminelles civiles en matière d'agressions sexuelles. (Voir art. 70 de la *LDN*).

Enfin, et possiblement plus important encore, il est temps de nommer une personne civile en tant qu'Inspecteur général des Forces armées canadiennes, qui conseillerait le Ministre et le Parlement pour gérer la problématique, laissant ainsi le CÉMD se concentrer sur l'accomplissement de ses missions et tâches militaires.

m. La liberté d'association.⁶⁶

En 2010, le Conseil de l'Europe a accepté et mis en application une recommandation portant sur les 'Droits de l'Homme des membres des Forces armées' qui énonce que « *les membres des forces armées ont droit à la liberté de réunion pacifique et à la*

⁶⁵ Elaine Craig, "An Examination of How the Canadian Military's Legal System Responds to Sexual Assault", (2020) 43:1 Dal LJ 63.

⁶⁶ *Behind the Times*, supra note 20 à la p. 102.

liberté d'association avec d'autres (...) [Ils] devraient bénéficier du droit d'adhérer à des instances indépendantes défendant leurs intérêts... »⁶⁷

Par conséquent, il existe présentement des discussions bien étoffées en Autriche, en Belgique, en Bulgarie, au Danemark, en Finlande, en Hongrie, en Irlande, en Norvège, en Roumanie, en Suisse, et au Pays-Bas, à propos de la liberté d'association des militaires par rapport à celle des citoyens. La question au centre de ces débats sociaux est celle de comment respecter les droits à la liberté d'association et à la liberté de réunion du personnel militaire, tout en comblant les besoins et préoccupations légitimes de l'organisation, compte tenu de ses fonctions uniques.

Recommandation. Les membres des FAC devrait bénéficier pleinement du droit de mettre sur pied une association professionnelle en mesure de protéger leurs intérêts professionnels, dans le contexte d'une société démocratique. Sans aucune association professionnelle pour représenter l'intérêt collectif des membres, les soldats doivent se tourner vers des entités telles que la Commission d'enquête des plaintes concernant la police militaire (CPPM), l'Ombudsman des MDN/FAC, la Chambre des communes (en particulier, le Comité permanent sur la défense nationale), ou le système de griefs des FAC, pour faire valoir leurs arguments pour corriger une injustice. Mais ceci n'est clairement pas assez.

⁶⁷ Conseil de l'Europe, Comité des Ministres au États membres, *Droits de l'Homme des membres des Forces armées*, Recommandation CM/RC(2010)4, adoptée lors de la 1077^e réunion (24 février 2010).

PARTIE III B: RECOMMANDATIONS CONTEMPORAINES POUR LA RÉFORME DU DROIT MILITAIRE

LE CABINET DU JAG⁶⁸

L'une des sphères du système de justice militaire qui doit être examinée sur une base prioritaire est le statut du JAG; son manque d'indépendance face à la chaîne de commandement; et la large portée des pouvoirs dont jouit son Cabinet et la nature conflictuelle de ceux-ci.

⁶⁸ La nomination d'un officier spécial pour gérer les cours martiales au combat remonte jusqu'en 1587 pendant le règne d'Élisabeth I, alors qu'un juge martial accompagnait l'armée du comte de Leicester. À l'époque, le juge martial était indépendamment responsable de la discipline militaire. Au début d'une bataille, agissant sous les conseils du juge martial, le souverain produisait une liste de règles et ordonnances de guerre.

Dans les années 1630, le terme « juge-avocat », ou des variantes de celui-ci, a commencé à être utilisé couramment. En 1639, par exemple, un juge-avocat servait au sein de l'armée du roi Charles I. Le 7 juin 1645, une *ordonnance pour la constitution de Commissionnaires et d'un Conseil de guerre pour les procès de tous...* a nommé le juge-avocat et le Grand Prévôt. L'Ordonnance autorisait et permettait au juge-avocat de revoir toutes les « ...accusations, articles, plaintes, et mises en accusations, contre tout et n'importe quel contrevenant... » D'ici 1659, le Cabinet du JAG avait été créé pour superviser les 'cours martiales'.

Avant 1893, au Royaume-Uni (R-U), le JAG était un Conseiller privé, un ministre junior au gouvernement, normalement un membre du Parlement, et un porte-parole pour le Commandant en chef au Parlement. À l'époque, le poste était vu comme un bureau politique et le JAG avait un accès direct au Souverain pour toutes les matières qui relevaient de son Cabinet. Cependant, en 1893, le juge-avocat a cessé d'être un ministre. Dès lors, le Cabinet du JAG occupait des fonctions judiciaires et de conseiller. Ceci a changé en 1948 quand le Parlement du R-U a décidé de nommer comme JAG un *civil* qui était membre de la magistrature, à qui fut confié le rôle exclusif de magistrat en chef du système de justice pénale militaire, lequel rendait compte non pas à la chaîne de commandement militaire, ais plutôt au Lord grand chancelier.

Pendant ce temps, en 1911, le Canada nommait son premier juge-avocat général. À l'époque, on s'attendait à ce qu'un avocat plaideur *civil* soit nommé JAG par le gouverneur en conseil, mais le premier ministre a plutôt opté de nommer un de ses amis qui se trouvait également à être un réserviste. Depuis ce temps, le JAG canadien a été un officier militaire. En 1997, suite à la commission d'enquête sur la Somalie qui a clairement indiqué qu'une réforme fondamentale du système de justice militaire pénale était nécessaire, le JAG a maintenu ses fonctions en tant que poursuivant et en tant qu'avocat de la défense; un sujet qui fait l'objet de débats perpétuels mettant en cause une crainte raisonnable quant à l'indépendance, les conflits d'intérêts, et l'apparence d'impartialité des bureaux du DSAD, du DPM, et du JAG en général. Le JAG a eu le droit de continuer de se servir de l'appellation de "juge"; un titre qui n'a rien à voir avec le rôle véritable et factuel du JAG, et qui, par ailleurs, porte à confusion puisque le JAG, en raison de son titre, est perçu par la société canadienne civile comme étant le dirigeant de l'appareil judiciaire militaire, ce qui n'est pas le cas.

- a. **Appellation qui porte à confusion.** La fonction du JAG est haussée davantage par son titre qui porte à confusion, Juge-avocat général, car on pourrait raisonnablement conclure que le JAG est un juge; ce qui n'est pas le cas! Cela fait maintenant plusieurs décennies que le JAG n'occupe plus de fonctions à la magistrature.⁶⁹
- b. **Le mandat plénipotentiaire du JAG.** Au fil des décennies, le JAG s'est vu conféré un mandat d'une portée extrêmement vaste quant à l'administration du système de justice militaire pénale et disciplinaire.⁷⁰
- 1) Premièrement, le JAG est chargé de la surintendance de l'administration de la justice militaire dans les Forces canadiennes. Le JAG a un monopole en ce qui concerne le pouvoir de donner des conseils juridiques à tous les acteurs

⁶⁹ Au Royaume-Uni, le JAG est un juge de la Haute Cour et ne fait plus partie du ministère britannique de la Défense depuis 1948. Le JAG britannique n'a pas de grade militaire. Il fait partie du Groupe des cours de justice royales du Service des tribunaux de Sa Majesté. En tant que juge civil, le JAG britannique est indépendant du pouvoir exécutif et n'a pas de compte à rendre au gouvernement. Il en va de même pour l'équipe de juges-avocats du JAG britannique, qui sont des juges civils qui siègent en tant que juges de première instance dans les cours martiales.

⁷⁰ Le Cabinet du conseiller juridique auprès du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes (CJ MDN/FC) est une unité ministérielle des services juridiques créée par le ministère de la Justice et qui est, en ce sens, distincte du Cabinet du JAG. Le Cabinet du CJ MDN/FC a été spécialement créé pour agir à titre de conseiller juridique des FAC dans les affaires pour lesquelles le JAG n'a pas compétence. Le Cabinet du CJ MDN/FC comprend des avocats civils du ministère de la Justice, du personnel administratif et des avocats militaires affectés par le JAG. Le CJ MDN/FC est un avocat général senior du ministère de la Justice qui relève du sous-procureur général adjoint (ADAG) du portefeuille de la Sécurité publique, de la Défense et de l'Immigration (SPDI), tout en étant responsable devant le ministre de la Défense nationale.

« Le CCJ MDN/FC fait partie du Portefeuille de la sécurité publique, de la défense et de l'immigration (SPDI) du ministère de la Justice. Un(e) avocat(e) général(e) principal(e) et conseiller(-ère) juridique gère le CCJ MDN/FC et rend des comptes au sous-ministre du MDN en ce qui a trait à la bonne gestion des ressources humaines et financières que le MDN met à la disposition du CCJ MDN/FC. L'avocat(e) général(e) principal(e) et conseiller(-ère) juridique relève directement du sous-procureur général adjoint (SPGA) du PSPDI et rend des comptes au SPGA en ce qui concerne la bonne gestion des ressources humaines et financières que le ministère de la Justice met à la disposition du CCJ MDN/FC, et la qualité des services juridiques fournis par le CCJ MDN/FC »

Voir Canada, ministère de la Justice, « Publications générales », Cabinet de la conseillère juridique auprès du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes, août 2010, à l'adresse: <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/pm-cp/ver-aud/2010/dnfc-ndcf/03.html>.

du système de justice militaire par rapport aux pratiques, développements et réformes. Cet élément sera discuté davantage ci-bas.

- 2) Deuxièmement, le JAG supervise à la fois le Directeur du service d'avocats de la défense (DSAD) et le Directeur des poursuites militaires (DPM); deux entités nommées par le Ministre de la défense nationale⁷¹ pour effectuer des rôles ayant des tâches et intérêts opposés.⁷²
 - a. Le JAG peut établir des lignes directrices ou donner des instructions par écrit par rapport aux poursuites militaires en général, ou en ce qui concerne une poursuite en particulier.⁷³ Ceci peut engendrer de sérieuses préoccupations quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant.⁷⁴
 - b. Le JAG peut aussi établir des lignes directrices ou donner des instructions par écrit au service d'avocats de la défense.⁷⁵ Le système de justice militaire est sans doute le seul système au Canada où les Procureurs de la Couronne et les avocats de la défense sont sous la direction du même supérieur immédiat.
- 3) Troisièmement, le JAG agit à titre de conseiller juridique⁷⁶ du Ministère de la défense nationale, du Ministre de la défense nationale, du gouverneur

⁷¹ *Loi sur la défense nationale*, arts. 249.18(1) et 165.1(1).

⁷² *Loi sur la défense nationale*, arts. 249.2(1) et 165.17(1).

⁷³ *Loi sur la défense nationale*, art. 165.17(2)-(3).

⁷⁴ *R. c. Cawthorne*, [2016] 1 R.C.S. 983, au para 34.

⁷⁵ *Loi sur la défense nationale*, art. 249.2(2). Le JAG ne peut pas donner d'instructions au DSAD quant à un dossier de l'avocat de la défense en particulier.

⁷⁶ Le juge-avocat général est directement responsable de fournir des conseils sur le droit international (y compris la Convention de Genève, le droit des conflits armés, ainsi que le droit opérationnel), le droit pénal et les politiques de justice militaire, la formation et l'éducation militaires, les règles de procédure, les règles d'engagement du combat, les griefs, les commissions d'enquête et enquêtes sommaires, la loi électorale, la rémunération et les avantages sociaux, le droit du personnel militaire et organisation, et le commandement et le contrôle des Forces armées canadiennes.

général⁷⁷ et des Forces armées canadiennes pour les questions relatives au droit militaire.⁷⁸

- 4) Quatrièmement, le JAG procède, ou fait procéder, périodiquement à l'examen de l'administration de la justice militaire.⁷⁹
- 5) Cinquièmement, faisant partie du 'pouvoir exécutif', le JAG propose des changements à la *Loi sur la défense nationale* et ses règlements et, lorsque nécessaire, s'oppose à de telles réformes. La Direction de la justice militaire du JAG est aussi responsable de la rédaction des règlements et ordonnances royales.
- 6) Sixièmement, le JAG exerce le commandement auprès de tous les officiers et les militaires du rang affectés à un poste établi au tableau de l'effectif du Cabinet du JAG, ce qui inclut le DSAD et le DPM.⁸⁰
- 7) Septièmement, le JAG supervise la Branche des services juridiques des Forces Canadiennes,⁸¹ ce qui lui donne le pouvoir de gérer la carrière de tous

⁷⁷ *Loi sur la défense nationale*, art. 9.1.

Cependant, le ministre de la Justice est aussi le conseiller juridique officiel du gouverneur général et le juriconsulte du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada pour toutes questions relevant de l'administration de la justice au Canada et ne relève pas de la compétence des gouvernements provinciaux. Voir art. 4(b) de la *Loi sur le ministère de la Justice*.

Le ministre de la Justice et le JAG ont donc une compétence et des fonctions concurrentes de conseiller juridique auprès du gouverneur général pour les questions relatives au droit militaire.

⁷⁸ *Loi sur la défense nationale*, art. 9.1.

⁷⁹ *Loi sur la défense nationale*, art. 9.2(2).

⁸⁰ En vertu de l'article 4.081(1) des ORFC, tout avocat militaire qui doit donner des services juridiques au Forces canadiennes doit être affecté à un poste au sein du Cabinet du juge-avocat general. Ceci signifie que chaque avocat au sein du JAG est redevable au juge-avocat general dans l'exercice adéquate et efficace de ses fonctions. (Voir article 4.01 des ORFC). Ceci veut aussi dire que les tâches des avocats militaires assignés à un poste au sein du Cabinet du JAG sont déterminées et déléguées par le JAG et que, en ce qui concerne l'accomplissement de ces tâches, un avocat militaire n'est pas assujéti aux ordres d'un officier qui n'est pas un avocat militaire. (Voir l'article 4.081(4) des ORFC).

⁸¹ Tous les avocats militaires sont membres de la Branche des services juridiques des FAC.

les avocats militaires, y compris leurs affectations, leurs mutations, leurs sélections pour effectuer des études supérieures, et l'évaluation de leur rendement.

En somme, les fonctions du JAG exigent que le JAG soit totalement loyal et partisan envers les intérêts des forces armées en tant qu'institution, ainsi qu'à l'égard de la chaîne de commandement militaire. Ceci laisse au JAG peu de pouvoir pour réformer le système de justice militaire d'une manière qui serait perçue par la chaîne de commandement comme contraire à ses intérêts ou contraire aux intérêts de l'organisation des FAC. Par conséquent, seules les réformes mineures compatibles avec l'esprit militaire et acceptables selon les points de vue de la chaîne de commandement peuvent vraisemblablement résulter de l'examen interne du système de justice militaire initié par l'institution elle-même.

Recommandations.

- Le poste actuel de JAG devrait être renommé Conseiller juridique militaire, qui rend compte au CÉMD et fournit des conseils juridiques, au besoin, au Commandant en chef du Canada, au Ministre de la défense nationale et aux FAC sur les questions relatives au droit militaire.
- Le JAG devrait être destitué de sa fonction de surintendance vis-à-vis du système de justice militaire. Ces fonctions appartiennent à juste titre au Ministre de la justice. Cela sera discuté sous peu.
- Le JAG doit se départir de toutes ses responsabilités de surveillance, supervision et direction à l'égard du Directeur des poursuites militaires et du Directeur du services des avocats de la défense.
 - Un avocat civil devrait être nommé DPM et il devrait relever du Procureur général du Canada.
 - Il faudrait sérieusement envisager d'éliminer le poste et le bureau du Directeur du services des avocats de la défense.
- Le JAG devrait perdre le pouvoir et le devoir de procéder, ou de faire procéder, à l'examen périodique de l'administration de la justice militaire. Cette fonction appartient à juste titre au Ministre de la justice.

- Le titre de juge-avocat général revient au chef de la justice militaire, sans égard au fait que cette personne soit civile ou militaire.

ATTEINTES AU DROIT À L'AVOCAT

Malgré tout ce qui précède, alors que les FAC ont le droit d'être représentées par le JAG ou les conseillers juridiques des MDN/FAC, les membres des FAC se voient régulièrement refuser le droit d'agir par l'entremise d'un conseiller juridique dans les affaires administratives et des questions de droit, y compris les procédures de révision administrative, les plaintes et griefs, les procédures de libération du service militaire, et de nombreuses questions disciplinaires.

Le droit administratif militaire vise à protéger les droits des soldats, des marins et des aviateurs des FAC en veillant à ce que les pratiques des FAC soient non seulement régies de façon conforme à la loi et aux règlements, mais aussi aux principes de justice fondamentale ; c'est-à-dire les principes de base qui sous-tendent la Common Law, y compris l'équité procédurale, l'égalité et la justice naturelle.

Tous les Canadiens, à l'exception des militaires, ont le droit présumé découlant de la Common Law d'agir par l'entremise d'un avocat devant un tribunal administratif et/ou pour tout processus administratif qui peut avoir une incidence directe sur leurs droits, privilèges ou intérêts. Curieusement, l'autorité de dernière instance dans le processus de règlement des griefs des FAC est un tribunal administratif, tel que défini par la *Loi sur les Cours fédérales*, mais les FAC ne reconnaissent pas le droit d'un membre d'agir par l'intermédiaire d'un avocat, même devant l'autorité de dernière instance.⁸²

Comme l'ont déclaré Lord Denning et la Cour d'appel fédérale du Canada, lorsque la réputation ou le gagne-pain d'une personne est en jeu,⁸³ cette personne a le droit à un avocat et le droit d'agir par l'entremise d'un avocat:

⁸² DOAD 2017-1, *Processus du grief militaire* (publiée le 23 février 2012 et mise à jour le 26 novembre 2015).

⁸³ Dans les FAC, la réputation est liée de façon intrinsèque à la progression de carrière et au gagne-pain.

« Nous le voyons à tous les jours. Un magistrat dit à un homme: "Vous pouvez poser toutes les questions que vous voulez"; après quoi l'homme commence immédiatement à faire un discours. Si justice doit être rendue, l'homme doit avoir l'aide de quelqu'un pour parler à sa place. Et qui de mieux qu'un avocat ayant reçu une formation pour compléter cette tâche? J'aurais dû penser, par conséquent, que lorsque la réputation ou le gagne-pain d'un homme est en jeu, il n'a pas seulement le droit de s'exprimer personnellement. Il a également le droit de parler par l'entremise d'un avocat ou conseiller juridique. »⁸⁴ [Nous traduisons.]

Aucun tribunal administratif au Canada ne porte activement atteinte au droit d'une personne à un avocat comme le font les FAC. Les règlements des FAC, en particulier les directives et ordonnances administratives de la défense (DOAD) 2017-1, article 12.2, ont déformé l'esprit et l'intention de la Cour suprême du Canada dans *Honda c. Keays*⁸⁵ qui préserve le droit à un avocat dans tous les lieux de travail au Canada.

LA SURINTENDANCE DU SYSTÈME DE JUSTICE MILITAIRE⁸⁶

L'article 4 de la *Loi sur le ministère de la Justice*⁸⁷ énonce que le Ministre de la justice est le conseiller juridique officiel du gouverneur général et est le jurisconsulte du Conseil privé de la Reine pour le Canada. L'article 4(b) dicte que le Ministre de la justice « exerce son autorité sur tout ce qui touche à l'administration de la justice au Canada et ne relève pas de la compétence des gouvernements provinciaux » [en anglais, « a la surintendance »].

⁸⁴ *Pett c. Greyhound Racing Association (No.1)*, (1969) 1 Q.B. 125, Lord Denning à la p. 132; voir *Canada c. A.C.C.T.A.*, 1984 CarswellNat 49, Cour fédérale du Canada – Division des appels; voir également *Howard c. Stony Mountain Institution*, 1985 CarswellNat 2, Cour fédérale du Canada – Division des appels.

⁸⁵ [2008] 2 R.C.S. 362.

⁸⁶ L'armée est parmi les institutions les moins démocratiques de l'expérience humaine; les coutumes et procédures martiales se heurtent par nature à la liberté individuelle et à la liberté civile, lesquelles sont les valeurs les plus élevées des sociétés démocratiques. Le contrôle civil permet à une nation de fonder ses valeurs et ses objectifs, ses institutions et ses pratiques sur la volonté populaire plutôt que sur les choix des chefs militaires, dont la vision par définition se concentre sur le besoin d'établir l'ordre interne et la sécurité externe.

⁸⁷ L.R.C. 1985, ch. J-2.

Par ailleurs, les articles 9.1 et 9.2 de la *LDN*, dont les énoncés apparaissent ci-dessous, confèrent au JAG un rôle quasi-identique vis-à-vis du droit militaire. Cependant, cela peut prêter à confusion, car le ministre de la Justice est clairement responsable de la surveillance de toutes les questions liées à l'administration de la justice au Canada qui ne relèvent pas de la compétence des gouvernements provinciaux.⁸⁸

- a. Art. 9 de la *LDN*. « *Le juge-avocat général agit à titre de conseiller juridique du gouverneur général, du ministre, du ministère et des Forces canadiennes pour les questions de droit militaire.* »⁸⁹
- b. Art. 9.2(1) de la *LDN*. « *Le juge-avocat général exerce son autorité sur tout ce qui touche à l'administration de la justice militaire au sein des Forces canadiennes.* »

Lues ensemble, les dispositions ci-dessus pourraient être interprétées comme signifiant qu'au Canada, l'armée a obtenu un statut d'exclusion ainsi qu'une indépendance de décision et d'action dans un large éventail de compétences sur un aspect important de la souveraineté du Canada. Cela pourrait également être interprété comme disant que dans la démocratie canadienne, l'armée a obtenu une autonomie presque totale sur le système de justice militaire, presque comme si elle fonctionnait comme un État dans l'État.

Recommandations.

- a. Tel qu'indiqué ci-haut, le JAG devrait être destitué de sa fonction de surintendance vis-à-vis du système de justice militaire. Ces fonctions appartiennent à juste titre au Ministre de la justice.

⁸⁸ La surintendance du ministre de la Justice en ce qui concerne les questions liées à l'administration de la justice militaire au Canada ne peut donc pas avoir été accordée au JAG par la *Loi sur la défense nationale*. La surintendance du système de justice militaire canadien du JAG ne peut s'étendre qu'aux questions d'administration de la justice militaire à l'extérieur du Canada.

⁸⁹ Le terme « loi militaire » est défini à l'article 2 du *Code criminel du Canada* comme incluant « toutes les lois, règlements ou ordonnances sur les Forces canadiennes. » En général, le JAG donne une définition plus large au « droit militaire »; un domaine comprenant le droit relatif au système constitutionnellement distinct de justice militaire ainsi que la gouvernance, l'administration et les activités des Forces armées canadiennes.

- b. Subsidiatement, la surintendance du système de justice militaire pourrait être du ressort de l'Inspecteur général des Forces canadiennes.

CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DE LA JUSTICE MILITAIRE

Le Parlement canadien a rarement joué un rôle important en assurant une surveillance civile (non judiciaire) de l'armée canadienne. L'une des recommandations du juge Gilles Letourneau, président de la Commission d'enquête sur le déploiement du Régiment aéroporté du Canada en Somalie,⁹⁰ était de nommer un inspecteur général,⁹¹ faisant rapport au Parlement. Malheureusement, cette recommandation n'a pas été prise en compte.

Le Parlement s'est plutôt appuyé sur la création et le fonctionnement de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire (CPPM),⁹² du Comité

⁹⁰ Établi par le Décret-en-conseil PC 1995-44 le 20 mars 1995.

⁹¹ Voir *Un héritage déshonoré*, volume 2, supra note 58, aux pp 397-409.

Selon le Président de la Commission d'enquête, un Inspecteur général civil se rapportant directement au Parlement est un élément essentiel du mécanisme que les Canadiens utiliseraient pour surveiller et contrôler les FAC et les établissements de la défense. L'inspecteur général serait nommé par le gouverneur en conseil et aurait des comptes à rendre au Parlement, et il bénéficierait d'un large pouvoir d'enquête, d'inspection et d'examen pour tous les aspects de la défense nationale et des forces armées. Le Bureau de l'inspecteur général combinerait à la fois les rôles d'inspecteur militaire et d'ombudsman des MDN/FAC. L'inspecteur général conduirait des examens/inspections axés sur les problèmes systémiques qui sont présents au sein de la chaîne de commandement et du système de justice militaire, et il enquêterait les plaintes d'inconduite contre des individus, peu importe leur grade ou leur poste. Il serait également chargé de superviser le système de justice militaire. En sa qualité d'ombudsman, il fournirait une aide axée sur la médiation des conflits entre les individus et les FAC et aiderait à réparer les injustices infligées aux individus. Tout membre des FAC et tout fonctionnaire du MDN serait autorisé à s'adresser **directement** à l'inspecteur général pour quelque raison que ce soit et sans demander au préalable l'approbation d'un membre des FAC ou du MDN.

⁹² Récemment, le Royaume-Uni a instauré un organe de surveillance de la police militaire britannique (appelée la police du service) par l'adoption du *Armed Forces Bill 2021*, suite aux recommandations du rapport du Ministère de la défense (R-U) à l'échue de la révision du système de justice du service militaire (publié le 27 février 2021) – aussi appelé le Rapport Lyons – dans l'optique d'offrir une surveillance civile, robuste mais la bienvenue.

externe d'examen des griefs militaires (CEEGM)⁹³ et du bureau de l'ombudsman du MDN et des FAC,⁹⁴ lesquels relèvent tous non pas du Parlement, mais bien du ministre de la Défense nationale.

Les parlementaires ont le devoir d'interroger et de demander des comptes aux gouvernements et aux ministres qui exercent un contrôle sur les officiers et les fonctionnaires des FAC qui ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer comment les Forces canadiennes sont formées, préparées et déployées et comment les officiers autorisent le recours à une force mortelle. Ce sont des sujets qui comptent et qui devraient préoccuper (même si cela est peu souvent le cas) les parlementaires chargés de la surveillance de la défense nationale du Canada.

Recommandation.

Parmi les divers outils dont dispose le Parlement, les comités de défense nationale du Sénat et de la Chambre des communes semblent les mieux placés pour assurer une surveillance parlementaire efficace de la Défense nationale et des Forces armées canadiennes. Ces comités pourraient cependant ne pas atteindre leur plein potentiel tel qu'ils sont actuellement conçus et structurés. Au premier rang des réformes nécessaires, nous soulignons l'importance d'examiner en détail les estimations annuelles; accroître l'expérience et les connaissances des membres des comités, peut-être en réglementant leurs périodes de nomination aux comités; et fournir des équipes d'experts et d'autres formes de soutien aux travaux des comités.

⁹³ La militarisation des organisations de contrôle. Curieusement, cet important organe de surveillance qui se veut 'indépendant' et 'externe' est en fait constitué majoritairement d'officiers supérieurs des FAC récemment retraités, ce qui va à l'encontre de l'objectif d'une véritable surveillance « civile » dans ce domaine critique affectant les droits des soldats. À l'heure actuelle, deux vice-présidents ainsi que le directeur général des opérations et l'avocat général sont tous des officiers supérieurs des FAC à la retraite qui ont récemment servi dans la Force régulière au grade de colonel.

⁹⁴ Un organe externe et indépendant tel qu'un inspecteur général devrait être nommé pour examiner les rapports préparés par ces organes et faire rapport au Parlement. Les États-Unis, l'Australie et l'Allemagne ont un tel système.

LE MANQUE D'INDÉPENDANCE DES JUGES MILITAIRES

Il y a présentement quatre juges militaires à plein temps. Ces juges sont membres des Forces armées canadiennes et sont assujettis au *Code de discipline militaire*, et doivent appliquer la *LDN* et ses règlements, ainsi que tout autre règlement, règle, ordonnances, et instructions. Comme tout autre officier des FAC, ils sont subordonnés à la chaîne de commandement.⁹⁵

Récemment, l'ancien CÉMD a délégué le contrôle du Bureau du juge en chef militaire au VCÉMD pour toutes matières disciplinaires.

Charge de travail légère

En 2019, le pouvoir judiciaire militaire n'a entendu que 44 accusés au niveau du procès. Parmi ces procès, environ la moitié comportait des plaidoyers de culpabilité et l'autre moitié concernait en grande partie des infractions disciplinaires mineures.

Dans un rapport, au printemps 2018, le vérificateur général a ouvertement critiqué la justice militaire comme étant inefficace, entachée de retards et en proie à des « faiblesses systémiques ».⁹⁶ En décembre 2018, le Comité permanent des comptes publics a constaté que les FAC n'avaient pas administré efficacement le système de justice militaire, comme en témoignent les retards excessifs tout au long du processus.⁹⁷

⁹⁵ Voir l'art. 60 de la *LDN* et les articles 4.02 et 19.015 des ORFC. Voir les paras 15, 91 et 171 de *Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Cabinet du juge militaire en chef)* 2020 CF 330.

⁹⁶ Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport 3 – L'administration de la justice dans les Forces armées canadiennes*, Printemps 2018 : Rapports du vérificateur général du Canada au Parlement du Canada, voir le rapport au lien suivant: https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_201805_03_f_43035.html [*Rapport 3 – Printemps 2018*]

⁹⁷ Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport 3 – La force aérienne de combat du Canada – Défense nationale*, Automne 2018 : Rapports du vérificateur général du Canada au Parlement du Canada, voir le rapport au lien suivant: https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_201811_03_f_43201.html [*Rapport 3 – Automne 2018*]

Aucune indépendance

Trois des quatre juges de la Cour martiale ont déclaré récemment manquer d'indépendance ou d'impartialité; dans son état actuel, les Cours martiales ont été jugées anticonstitutionnelles⁹⁸ parce que les juges sont assujettis à l'autorité disciplinaire du VCÉMD et au *Code de discipline militaire*.⁹⁹ Les juges militaires sont redevables au gouvernement exécutif, et ceci est inapproprié puisque ça viole la doctrine de la séparation des pouvoirs.¹⁰⁰

Les juges ne devraient pas avoir de grades militaires et ne devraient pas être soumis aux ordres et directives de la chaîne de commandement militaire. Ceci pourrait être atteint en modifiant la *Loi sur la défense nationale* pour que, à leur nomination, les juges militaires se voient retiré leur grade et qu'ils assument le poste de 'Juge', s'éloignant ainsi à la fois de la chaîne de commandement et de l'application du *Code de discipline militaire*. Ils resteraient assujettis au Comité d'enquête sur les juges militaires (lequel existe déjà) nommé par le juge en chef de la CMAC.

Recommandation.

Il n'est pas nécessaire de mettre en place un système parallèle de justice militaire puisque la magistrature civile pourrait à juste titre englober le très petit nombre de cours martiales qui se déroulent actuellement au Canada. Telle est l'approche adoptée par plusieurs de nos alliés européens. La compétence des cours martiales pourrait être assumée par une division militaire ajoutée à la Cour fédérale du Canada. La fusion du Bureau du juge militaire en chef (21 personnes au total) avec la Cour fédérale du Canada et la création d'une « division militaire » à la Cour fédérale réglerait cette problématique. En plus de réaliser des économies substantielles en matière de personnel embauché et en ressources opérationnelles en ayant, par exemple, un seul greffe et le même personnel de soutien technique, financier et administratif, pour la Cour fédérale et

⁹⁸ *R v. Crépeau*, 2009 CM 4014 (D'Auteuil J); *R v. Pett*, 2020 CM 4002 (Juge Pelletier); *R v. D'Amico*, 2020 CM 2002 (Juge Suksdorf).

⁹⁹ *Loi sur la défense nationale*, art. 60.

¹⁰⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*.

sa division martiale, une division militaire¹⁰¹ à la Cour fédérale donnerait accès à un bassin de juges de la Cour fédérale qualifiés qui sont déjà bien expérimenté dans tous les aspects du droit fédéral, y compris la *LDN*, puisque bon nombre d'entre eux siègent déjà régulièrement à la Cour d'appel de la cour martiale.¹⁰²

¹⁰¹ Le chef de cette division devrait porter le titre de juge-avocat général. Cette division militaire tiendrait des « cours martiales » (les cours martiales permanentes ou générales, conformément aux art. 166 et 173 de la *Loi sur la défense nationale*). Les procès en cour martiale pourraient se tenir dans les locaux actuels de la Cour fédérale au Canada.

- Cela a déjà été fait au Royaume-Uni (Royaume-Uni) et en Australie. [Voir l'article 196 (6) (a) et (b) de la loi australienne *Defence Force Discipline Act 1982*.]
- En Australie, une personne ne doit PAS être nommée juge-avocat général à moins qu'elle ne soit ou ait été juge de la Cour fédérale ou d'une Cour suprême d'un État ou d'un territoire. Voir l'article 180 de la loi australienne *Defence Force Discipline Act 1982*.
- En Nouvelle-Zélande, le JAG est également le juge en chef de la Cour martiale. Voir l'article 203 de la loi de Nouvelle-Zélande *Armed Forces Discipline Act 1971*.
- En outre, l'article 15 de la loi irlandaise *Irish Defence Act, 1954* précise que le juge-avocat général doit être un avocat en exercice depuis au moins dix ans mais ne doit PAS être membre des forces de défense. Il doit être nommé par le président et occuper ses fonctions au gré de ce dernier.

¹⁰² Beaucoup insisteront probablement sur le fait qu'un juge d'une cour martiale doit absolument avoir une « expérience militaire ». Selon cette école de pensée, les juges siégeant à la Cour d'appel de la cour martiale ou à la Cour suprême du Canada devraient alors eux aussi nécessairement avoir une « expérience militaire » pour entendre un appel.

Pourtant, un crime est un crime, qu'il soit commis par une personne en uniforme, un avocat, un médecin, un comptable, un diplomate ou un joueur de hockey. De plus, toute circonstance atténuante et particulière, ou le contexte d'un crime donné, peut être pris en compte par toute condamnation, sentence, ou par un juge de révision, si elle est dûment plaidée par l'avocat de la défense.

Les juges de la Cour fédérale sont formés dans un premier temps lorsqu'ils sont nouvellement nommés et de manière continue au cours de leur carrière dans tous les domaines du droit fédéral, pénal ou civil. De plus, les juges de la Cour fédérale siègent déjà dans des affaires portant sur une gamme de questions de droit administratif militaire. Par ailleurs, plusieurs de ces juges civils siègent déjà à titre de juges d'appel à la Cour d'appel de la cour martiale, elle-même présidée par un juge civil de la Cour fédérale du Canada.

LES COURS MARTIALES¹⁰³

- a. RAPPORT BRONSON (DPM) DE 2008.¹⁰⁴ En 2008, un examen externe de l'organisation du DPM a fait l'objet d'un rapport Bronson qui concluait, entre autres, qu'en moyenne, les procureurs du DPM avaient chacun 2,25 ans d'expérience en tant que procureur de la Couronne. Le rapport recommandait que les procureurs restent en fonction pendant au moins cinq ans. Un examen effectué par le vérificateur général en 2018 a révélé que la durée de l'expérience des poursuites militaires n'avait pas augmenté depuis 2008.
- b. RAPPORT BRONSON (DSAD) DE 2009.¹⁰⁵ En 2009, un examen externe de l'organisation du DSAD a fait l'objet d'un rapport Bronson qui compare, entre autres, le volume d'affaires menées à procès chaque année par le service des avocats de la défense militaire (environ 10 à 12) au volume d'affaires traitées à chaque année par les avocats civils de la défense pénale (environ 70 à 100), et a conclu que le nombre de dossiers traités par le DSAD était très faible. Le rapport a en outre observé que « *malgré le volume de travail apparemment faible, les avocats du DSAD semblaient parfois assez fatigués et, dans certains cas, même dépassés par le travail.* » Le rapport notait également que « *bon nombre des nouveaux avocats manquent d'expérience et partent juste au moment où ils développent une expertise en matière de litige* », recommandant une augmentation du niveau d'expérience dans le système, de sorte

¹⁰³ Il existe deux types de cours martiales:

- c. La Cour martiale générale, qui peut juger toute personne accusée d'une infraction d'ordre militaire. Elle est composée d'un comité de cinq officiers militaires et est présidée par un juge militaire.
- d. La Cour martiale permanente, qui peut juger toute personne accusée d'une infraction d'ordre militaire. Elle est présidée par un juge militaire.

¹⁰⁴ Juge-avocat général, *Révision globale de la cour martiale*, Rapport provisoire (21 juillet 2017) Voir le lien suivant : https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/jag/revision-globale-cour-martiale-rapport-provisoire-21juillet2017.pdf [*Révision globale de la cour martiale*].

¹⁰⁵ *Ibid.* Andrejs Berzins et Malcolm Lindsay, *External Review of the Canadian Military Prosecution Service*, Ottawa, Bronson Consulting Group, 2008 [Rapport Bronson (DPM) de 2008].

que « *la qualité de la représentation devant les cours martiales augmenterait et aurait un effet positif sur le système de justice militaire.* »

- c. RÉVISION GLOBALE DE LA COUR MARTIALE DE 2017.¹⁰⁶ En 2017, le JAG a publié sous forme d'ébauche son rapport provisoire intitulé *Révision globale de la Cour martiale*, dont le but était de mener une analyse juridique et politique du système de la cour martiale des FAC. Le rapport propose une analyse et une discussion du système fondées sur des politiques ainsi qu'une gamme d'options représentatives pour l'améliorer. Conformément aux instructions du juge-avocat général, l'examen s'est concentré sur l'évaluation de l'efficacité, de la productivité, et de la légitimité du système actuel et des options pour améliorer le système. Il fournit également une analyse comparative des systèmes de cours martiales (ou équivalents) de dix pays qui ont été visités par l'équipe d'examen complet - certains de la tradition anglo-américaine de justice militaire, dont le Canada fait partie (les États-Unis; l'Irlande; le Royaume-Uni; l'Australie; et, la Nouvelle-Zélande), et d'autres de la tradition de droit civil de la justice militaire dont l'orientation opérationnelle rejoint celle du Canada (la Norvège, le Danemark, la Finlande, la France et les Pays-Bas).¹⁰⁷ Le 17 janvier 2018, le JAG a décidé de ne pas prendre de mesures supplémentaires sur le contenu de ce rapport, car il ne représente pas le point de vue du Cabinet du JAG. Le JAG s'en remettrait plutôt « aux résultats de la prochaine révision indépendante... conformément à l'article 273.601 de *la Loi sur la défense nationale* ».
- d. RAPPORT (AUTOMNNE 2018) DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL.¹⁰⁸ À l'automne 2018, le vérificateur général du Canada a publié un rapport qui arrivait aux conclusions suivantes :
- i. Le JAG ne disposait pas des informations nécessaires pour superviser le système de justice militaire. De plus, divers intervenants, notamment la police militaire, le DPM, le DSAD et le Cabinet du JAG, disposaient de leurs propres systèmes de suivi des cas qui ne saisissent pas toutes les informations nécessaires.

¹⁰⁶ *Révision globale de la cour martiale*, supra note 104. Andrejs Berzins et Malcolm Lindsay, *External Review of Defence Counsel Services*, Ottawa, Bronson Consulting Group, 2009 [Rapport Bronson (DSAD) de 2009].

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Rapport 3 – Automne 2018*, supra note 97.

- ii. Plusieurs des recommandations formulées par l'ancien examen indépendant (par le juge Lesage) n'avaient pas encore été mises en œuvre.
- iii. Le JAG n'a ni révisé ni étudié les processus des procès sommaires au cours des dix dernières années.
- iv. Le DPM n'a pas élaboré de processus clairs et définis pour s'assurer qu'il puisse mettre en œuvre une politique de poursuite qui déterminerait si les décisions de poursuivre en Cour martiale sont bien fondées, prises par les bonnes personnes et correctement documentées.
- v. Le JAG n'a pas conclu d'entente officielle avec le DPM et le DSAD pour définir comment la supervision globale peut être exercée sans compromettre leur capacité à s'acquitter de leurs fonctions de manière indépendante.
- vi. Le JAG n'a pas évalué si les pratiques et processus actuels affectent l'indépendance dont les deux directeurs (DPM et DSAD) ont besoin pour s'acquitter de leurs rôles distincts dans le système de justice militaire.
- vii. Les FAC n'ont pas administré efficacement le système de justice militaire. Il y a eu des retards dans les divers processus, tant pour les procès sommaires que pour les affaires de la cour martiale. De plus, des faiblesses systémiques, notamment le manque de délais et une mauvaise communication, ont compromis le règlement rapide et efficace d'affaires relevant de la justice militaire.
- viii. Le Cabinet du juge-avocat général n'assurait pas une surveillance efficace du système de justice militaire et ne disposait pas des informations nécessaires pour superviser adéquatement le système de justice militaire.

Recommandation. Le système actuel de la cour martiale n'a pas l'indépendance inhérente requise et manque de cohésion et d'efficacité organisationnelles de base attendues d'une cour d'archives canadienne. Comme indiqué précédemment, la compétence des cours martiales pourrait et devrait être assumée par une division militaire ajoutée à la Cour fédérale du Canada.

LA JUSTICE MILITAIRE ET LES INFRACTIONS AU *CODE CRIMINEL* ¹⁰⁹

L'article 130 du *Code de discipline militaire* incorpore l'ensemble du *Code criminel* et d'autres lois fédérales telles que la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et la *Loi sur les armes à feu* dans la *Loi sur la défense nationale*, transformant ainsi ces infractions en « *infractions d'ordre militaire* » lorsqu'elles sont commises par une personne assujettie au *Code de discipline militaire*. Cependant, les particularités inhérentes aux infractions dites hybrides prévues aux *C. cr.*, ainsi que la distinction entre les actes criminels et les infractions sommaires, ne sont pas prises en compte lors de l'incorporation du *C. cr.* dans la *LDN*.

La police militaire et le pouvoir d'arrestation sans mandat

L'art. 495 (1) du *C. cr.* permet aux agents de la paix d'arrêter une personne sans mandat, et ce pouvoir est limité aux infractions graves, à savoir, aux actes criminels, ou aux situations où l'individu est surpris en train de commettre une infraction au *C. cr.*. Pour plus de clarté, l'art. 450 (2) du *C. cr.* énonce qu'un agent civil de la paix ne peut pas arrêter sans mandat une personne qui commet une infraction au *C. cr.* passible d'une déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou une infraction hybride, à moins que cette personne ne soit prise en flagrant délit par l'agent de la paix.¹¹⁰

Les articles 154 à 156 de la *LDN* prévoient qu'un agent de la paix peut arrêter, sans mandat, toute personne – laquelle pourrait être soumise ou non au *Code de discipline militaire* – dans des circonstances similaires. Néanmoins, le pouvoir de la police militaire d'arrêter une personne assujettie au *Code de discipline militaire* est plus large que celui des agents civils de la paix. En effet, la police militaire peut arrêter un individu sans mandat tant que la police militaire estime que cette personne a commis ou est sur le point de commettre une infraction d'ordre militaire, qui comprend des infractions administratives et disciplinaires passibles d'audiences sommaires (anciennement appelées procès sommaires).

¹⁰⁹ *Military Justice in Action*, supra note 1 aux pp 355-357. Voir aussi *R. c. Ellis*, 2010 CAMC 3.

¹¹⁰ *R. v. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, aux paras 29 et 35. Voir aussi *R. v. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241.

Commentaire. En bref, le pouvoir de la police militaire d'arrêter des personnes sans mandat est trop large et dépouille les militaires et les civils de leurs garanties fondamentales en vertu de l'art. 9 de la *Charte*, laissant place à l'abus de pouvoir et à des arrestations ou détentions arbitraires.

Dédoubllement d'infractions et de peines

Il importe de souligner que le *Code de discipline militaire* contient un mélange d'infractions disciplinaires militaires qui font double emploi avec certaines infractions du *C. cr.*¹¹¹ Le *Code criminel* contient des dispositions telles que, mais sans s'y limiter, la mutinerie, les voies de fait et les coups et blessures, les agressions sexuelles, la profération de menaces, les infractions de conduite criminelle et la trahison qui peuvent être poursuivies, jugées et punies par les tribunaux pénaux civils.

Ces infractions peuvent également être poursuivies et jugées devant les tribunaux militaires conformément à l'art. 130 de la *LDN*. En vertu de l'article 129 de la *LDN*, les contrevenants peuvent être jugés et punis par les tribunaux militaires pour les mêmes infractions poursuivies devant les tribunaux pénaux civils, créant ainsi une situation injuste contraire au principe d' « autrefois acquit, autrefois convict ».

Recommandation. Lorsque les infractions ont été traitées par les tribunaux pénaux civils, cela devrait être la fin de la poursuite et l'armée devrait alors prendre les mesures administratives appropriées requises dans les circonstances. En d'autres termes, il ne devrait y avoir aucune duplication des procès et des peines.

LA PROMOTION ET NOMINATION DES GÉNÉRAUX / AMIRAUX

a. Nominations par le gouverneur en conseil

Le chef d'État-Major de la défense (CÉMD) est nommé par le gouverneur en conseil sur l'avis du premier ministre.¹¹²

Le juge-avocat général (JAG) est également nommé par le gouverneur en conseil sur

¹¹¹ *Initiation à la justice militaire*, supra note 28, à la p 27.

¹¹² Voir l'art. 18 de la *LDN*.

l'avis du premier ministre.¹¹³

b. Nominations au haut commandement par le CÉMD

De plus, à l'heure actuelle, le CÉMD sélectionne et nomme le Vice-chef d'État-Major de la Défense (VCÉMD) ainsi que tous les chefs des trois composantes (Marine royale canadienne, Armée canadienne, Aviation royale canadienne), les commandants supérieurs tels que Commandement des opérations interarmées du Canada, Commandement des Forces d'opérations spéciales du Canada, Commandement du renseignement des Forces canadiennes, Commandement du personnel et Commandant adjoint du Commandement de la défense aérospatiale de l'Amérique du Nord.

c. Promotions et nominations des généraux et amiraux

La promotion aux rangs de brigadier-général et de commodore est compétitive.

La promotion aux grades de major-général [contre-amiral] et de lieutenant-général [vice-amiral] se fait par sélection par le CÉMD et l'approbation par le ministre de la Défense nationale.

	1994	2004	2013	2015	2018	2020
Taille estimée de la Force régulière	72 364	61 715	65 500	67 500	66 000	65 000
Nombre de généraux et amiraux	94	72	100	116	136	143

Malgré le fait que la taille relative de la Force régulière soit restée relativement stable à environ 66 000 au cours des deux dernières décennies, le nombre de généraux / amiraux a augmenté de façon exponentielle, comme indiqué ci-dessus.¹¹⁴ Cette structure très lourde appelée « *fluage en laiton* » [« *brasscreep* » en anglais] a atteint un niveau record sous la direction du général Vance. Le Parlement ne devrait-il pas fixer un plafond au nombre de généraux que le CÉMD est autorisé à nommer?¹¹⁵

¹¹³ Voir l'art. 9 de la *LDN*.

d. Commentaire.

Les Forces ont tendance à être une institution insulaire, en partie à cause de son désir de préserver les caractéristiques qu'elles perçoivent souvent comme essentielles à leur efficacité et à leur disponibilité; comme l'esprit de corps et les valeurs sociales conservatrices. En conséquence, il n'est pas surprenant de constater que la composition culturelle, éthique et de genre des FAC diffère souvent de celle de la société dans son ensemble. Un tel écart peut conduire à une certaine forme d'isolement par rapport à la société civile. Pour éviter cela, il est important que les dirigeants civils exercent une certaine forme d'examen et de contrôle sur la promotion et la nomination¹¹⁶ des hauts dirigeants militaires. Pourtant, au Canada, la sélection, la

¹¹⁴ Aux États-Unis, il y a 900 officiers généraux / amiraux pour diriger 1,3 millions de soldats. Ceci représente un (1) général pour 1 400 soldats. La Marine américaine (*US Marines*), qui compte 178 477 troupes, ont 83 généraux.

L'armée britannique compte 81,000 troupes et 85 généraux, ce qui correspond à un (1) général pour 2 400 soldats.

Les FAC compte présentement 65 000 troupes et 143 généraux / amiraux. Au Canada, il y a un (1) général pour 450 soldats. Les FAC ont actuellement au moins trois fois plus de généraux / amiraux qu'elles devraient.

¹¹⁵ Ceci se distingue de la situation aux États-Unis, comme le montre la note de bas de page 114. Les chiffres parlent d'eux-mêmes.

¹¹⁶ Par exemple, pendant le mandat du général Vance qui s'est prolongé de 2015 à 2020 inclusivement, ce dernier a nommé en rapide succession six (6) officiers au poste clé de vice-chef d'état-major de la défense; une rotation d'officiers avec célérité inédite. Le VCÉMD joue un rôle central dans le contrôle et l'administration des Forces canadiennes. Les principales responsabilités du VCÉMD sont: la mise en œuvre du programme des services de défense; agir à titre de chef d'état-major du QGDN; et, agir en tant que CMED en cas d'absence ou d'incapacité de ce dernier. [arts. 18.1 et 18.2 de la *LDN*].

Lors de la nomination du général Vance comme CÉMD, le Lgal Thibeault agissait comme VCÉMD. Ce dernier quitta son poste le 5 août 2016. Depuis lors six officiers se sont succédé comme VCÉMD: le Vice amiral (Vam) Norman: (2016-2017); le Vam Lloyd (2017); le Lieutenant-General (LGen) Parent: (2017-2018); le Lgal Wynnyk: (2018-2019), le Lgal Lanthier: (2019-2020); le Lgal Rouleau (Jul 2020-). Les experts et les profanes reconnaissent l'importance cruciale d'un leadership stable et constant pour le succès de toute organisation. Compte tenu de leur courte durée, aucun de ces six VCÉMD n'a servi assez longtemps pour pouvoir définir leur propre ensemble d'idées, de valeurs ou d'objectifs jusqu'à leur réalisation. Une telle turbulence causée par la nomination de sept VCÉMD en cinq ans ne peut donc que d'être néfaste pour une organisation telle les FAC. Avec un tel roulement, les subordonnés et les égaux du VCÉMD e sont nécessairement et progressivement désengagés du titulaire de cette charge. L'un des résultats les plus dommageables est probablement la croyance cynique que la « raison d'être » pour un VCÉMD n'a plus d'importance.

La sélection et la nomination du titulaire pour le poste de VCÉMD ne devraient plus être laissées à la seule et unique discrétion du CÉMD.

promotion et la nomination des plus hauts dirigeants militaires sont laissées à la seule et entière discrétion de la personne occupant le poste du CEMD. La nation ne joue aucun rôle dans le processus de promotion et de sélection de ses hauts dirigeants.¹¹⁷

Même si nous acceptons le fait que les forces ont besoin de pouvoirs, d'autonomie et de contrôles importants sur les questions militaires techniques, y compris celles qui traitent de la doctrine, du développement professionnel de ses membres, de la discipline, de la politique du personnel militaire et de l'organisation interne des unités et autres entités, il y a néanmoins un besoin flagrant pour la société civile de garder le contrôle et d'exercer une influence sur l'organisation, notamment à des fins de planification de la relève et pour veiller à ce que les hauts dirigeants militaires soient sélectionnés en raison de leur savoir-faire et de leur expérience militaires ainsi que pour leur capacité à intégrer les valeurs et les facteurs politiques, sociaux, économiques, fiscaux, technologiques et culturels qui prévalent dans la société canadienne. Ce travail difficile ne doit pas être confié au jugement d'un seul individu. Le Parlement devrait jouer un rôle de premier plan dans la nomination des hauts commandants.

¹¹⁷ Étant donné que chaque officier des forces armées est nommé par le président, aux États-Unis, les promotions au-deçà du grade de capitaine dans l'armée et l'armée de l'air, et du grade de lieutenant dans la marine, doivent être approuvées par le Sénat. Un Sénat vigilant examine les recommandations relatives à la nomination et à la promotion des officiers généraux et des officiers du pavillon pour s'assurer que les candidats qu'ils nomment rencontrent les exigences et satisfont aux normes de responsabilité les plus élevées. Les actes du personnel qui impliquent des officiers généraux et des officiers de pavillon et qui nécessitent l'approbation du Sénat comprennent, notamment, les nominations, les mutations, les affectations et réaffectations, les promotions, les assignations et réassignations, les prolongations, et la retraite.

Library of Congress, Congressional Research Service, *Generals and Flag Officers: Senior Military Officer Confirmations*, "CRS Report for Congress" (janvier 2004), voir le lien: <https://www.everycrsreport.com/reports/RS21714.html>

LA LIBÉRATION DÉSHONORANTE

L'article 15 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)* énumère cinq motifs de libération :

- Les motifs 1 (Inconduite) et 2 (Service insatisfaisant) constituent une libération déshonorante;
- Les motifs 3 (raisons de santé), 4 (volontaire) et 5 (service terminé) sont considérés comme des éléments de libération « honorable ».

La stigmatisation associée à une libération déshonorante des FAC est évidente. Non seulement y a-t-il la honte perpétuelle d'avoir été déclaré « déshonorant », mais également le fait d'être libéré en vertu des motifs 1 ou 2 élimine également toute capacité d'obtenir un emploi futur dans la fonction publique ou d'obtenir une habilitation de sécurité gouvernementale.

Normalement, une libération déshonorante des FAC se fait suite à une condamnation criminelle par un tribunal. Par exemple, un militaire reconnu coupable de meurtre serait alors libéré administrativement de l'armée en vertu du premier motif. Les condamnations criminelles moins graves, par exemple les voies de fait ou le voyeurisme, peuvent aussi mener à une libération obligatoire et déshonorante des FAC.

Il s'agit du libellé du motif 2 b) qui prévoit qu'un membre peut être libéré pour « *rendement non satisfaisant* » dans les circonstances suivantes : « *qui est capable de s'améliorer, mais continue de faire preuve d'un manque d'application ou d'effort dans l'exécution de ses fonctions.* »

À notre avis, bien qu'un membre qui affiche les attributs ci-dessus ne soit pas apte au service militaire, il ne mérite pas une libération « *déshonorante* ». De plus, il peut y avoir d'autres problèmes sous-jacents qui ont contribué à leur manque de motivation, comme les difficultés conjugales, les problèmes de santé mentale ou un décès dans la famille.

Il n'y a aucune raison de procéder à la libération déshonorante d'un membre qui manque de motivation. Elle n'est pas, en soi, une conduite déshonorante, et un motif de libération plus approprié dans ces circonstances serait en vertu du motif 5, qui permet la libération des membres qui ne se sont « pas adaptés au service militaire » (motif 5(f)).

Recommandation: Nous proposons d'abroger l'alinéa b de l'article 15.01 des *ORFC*.

LES PROFESSIONNELS (Spécialistes) AVEC UN GRADE MILITAIRE

Le fait d'avoir des juges, des avocats, des médecins, des dentistes, des padres, des juges et des policiers, tous ayant un grade militaire, interfère directement avec leur indépendance et leur autonomie. Chacun de ces rôles a des obligations éthiques envers sa profession spécifique, et ne doit pas être considéré comme étant au service de la Couronne. Cependant, en raison de son grade militaire, chacun de ces rôles a d'abord et avant tout un devoir de loyauté envers le chef d'état-major de la Défense et envers le MDN ainsi que les Forces armées canadiennes, et, en raison de leur grade, ils sont *de facto* membres de la chaîne de commandement.¹¹⁸

- a. Les médecins militaires et les avocats sont confrontés à des conflits éthiques lorsqu'ils doivent décider entre la loyauté envers leurs clients et la loyauté envers les FAC. Par exemple, notre cabinet d'avocats représente un demandeur dont le médecin traitant, un médecin militaire, a refusé de fournir une expertise médicale parce que cela irait à l'encontre de l'intérêt de son employeur, le défendeur de la Couronne. Ceci est contraire à l'obligation professionnelle des médecins d'agir dans le meilleur intérêt de leurs patients.
- b. L'indépendance judiciaire est un principe constitutionnel.¹¹⁹ Néanmoins, les juges militaires sont des « soldats d'abord et avant tout » et sont assujettis au *Code de discipline militaire* et soumis à l'autorité disciplinaire du VCÉMD. Ils sont légalement tenus d'observer une litanie de directives et d'ordres de la chaîne de commandement militaire concernant un large éventail de sujets.¹²⁰
- c. L'indépendance de la police en ce qui concerne les décisions d'application de la loi en matière d'enquêtes criminelles et du dépôt d'accusations a été reconnue par la Cour

¹¹⁸ Directives et ordonnances administratives de la Défense (DOAD) 7023-0, *Éthique de la défense* (publiée le 26 juin 2001, modifiée le 17 février 2015).

¹¹⁹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3.

¹²⁰ *Loi sur la défense nationale*, art. 60.

suprême à l'unanimité dans l'affaire *R. c. Campbell*¹²¹ en 1999 comme un principe constitutionnel.

Les spécialistes militaires ne devraient pas être soumis à la chaîne de commandement ou détenir un grade, car cela n'a aucun but opérationnel et cela interfère avec leur indépendance. Il n'est pas réaliste de penser qu'un juge militaire, un avocat, un médecin ou un padre pourrait donner des ordres exécutoires ou détenir les compétences requises pour commander une brigade de soldats sur le champ de bataille; pourtant, à l'heure actuelle, les padres, avocats et médecins les plus hauts-gradés sont tous des major-généraux - le juge militaire en chef est un colonel. C'est problématique.

Recommandations

1. Les spécialistes militaires devraient porter le titre de leurs homologues civils et ne porter des uniformes que lors d'un déploiement ou au combat. Les juges militaires n'auraient pas de rang; ils porteraient le titre de « juge ». Les avocats assumeraient des titres tels que « Associé junior », « Associé senior » et « Avocat directeur de la gestion ». Les médecins seraient simplement appelés « Docteur ». Les Padres seraient appelés « Prêtre » / « Aumônier » / « Rabbi » / « Imam », selon le cas, etc.
2. L'article 60 de la *Loi sur la défense nationale* ne devrait pas s'appliquer aux spécialistes.

DÉLAIS QUANT À LA MISE EN ŒUVRE DES LOIS

Pour des raisons inconnues, les MDN/FAC prennent un temps excessif pour mettre en vigueur les changements législatifs. Considérez les deux exemples récents suivants:

- 1) ***Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada***, L.C. 2013, ch. 24, adoptée le 19 juin 2013, 41^e législature, 1^{ère} session.
 - i. Le 7 octobre 2011, le projet de loi C-15 a été présenté au Parlement. Comme pour tous les projets de loi, le projet de loi C-15 a fait l'objet de consultations

¹²¹ [1999] 1 RCS 565.

approfondies, y compris des débats de plusieurs jours devant le Comité permanent de la défense nationale, le Comité sénatorial de la défense nationale, des audiences parlementaires, de multiples présentations écrites de hauts fonctionnaires, d'universitaires et experts en droit militaire - nationaux et internationaux. Tout au long du processus, le juge-avocat général (de l'époque) a été directement impliqué avec son personnel pour superviser le développement parlementaire du projet de loi.

- ii. Le 19 juin 2013, le projet de loi C-15 a reçu l'approbation de Sa Majesté et l'année suivante, plusieurs officiers du JAG ont reçu des Médailles du service méritoire (division militaire) du gouverneur général pour leur travail sur le projet de loi C-15. À l'époque, il était largement reconnu comme important et révolutionnaire du système de justice.
- iii. Pour des raisons inconnues, malgré le passage de plus de 7 ans depuis la sanction royale, certaines des modifications importantes proposées par le projet de loi C-15 ne sont pas encore entrées en vigueur. Plusieurs de ces modifications impliquent le renforcement du système de justice militaire. Par exemple, le projet de loi C-15 visait à améliorer le processus de règlement des griefs des Forces canadiennes, en donnant au chef d'état-major de la Défense le pouvoir de corriger un tort s'il faut « réintégrer » un membre à titre de réparation en justice disponible à l'issue du processus des griefs. Cela permettrait au CÉMD de placer un plaignant lésé dans la situation où il se serait trouvé si l'injustice en question n'avait pas été commise - ce qui s'apparente à un recours en responsabilité délictuelle. Cette amélioration n'a pas encore été mise en vigueur. Il s'agit d'une sorte de résistance passive à l'entrée en vigueur d'un système conforme à la volonté du législateur.
- iv. Lorsqu'il s'agit d'une législation qui entre en vigueur, les délais sont importants. En vertu des articles 2 à 3 de la *Loi sur l'abrogation des lois*,¹²² S.C. 2008, toute partie d'une loi qui n'est pas entrée en vigueur après neuf (9) ans sera abrogée. De cette façon, si les Forces canadiennes attendent assez longtemps, elles peuvent saper la volonté du Parlement. À notre avis, c'est exactement ce qui s'est passé concernant le projet de loi C-15, et cela pourrait représenter une contestation non dissimulée de la démocratie et de la suprématie du Parlement.

¹²² L.C. 2008, ch. 20.

- 2) *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, L.C. 2019, ch. 15., adoptée le 21 juin 2019, 42^e législature, 1^{ère} session.
- i. Cette autre réforme législative pour le système de justice militaire était censée être la bienvenue. Comptant des réformes importantes du système de justice militaire, ce projet de loi visait à accorder des droits aux membres de l'armée qui étaient victimes d'actes criminels, et abolissait le processus archaïque et injuste des procès sommaires.
 - ii. Malheureusement, au cours de l'année qui a suivi la sanction royale, aucun de ces projets de loi n'est entré en vigueur. Aucun. La raison: les agents du JAG sont occupés à élaborer des règlements de soutien. Cela signifie que, dans l'intervalle, les membres des Forces canadiennes doivent toujours faire face à des procès sommaires archaïques et anticonstitutionnels, où leur droit à un avocat et leur droit à un procès équitable n'existent pas, tout en faisant face à la possibilité de sanctions pénales véritables, y compris une perte de liberté et la création d'un casier judiciaire.
 - iii. Le fait de ne pas donner suite à cette importante mesure législative donne l'impression que les Forces canadiennes en général, et le système de justice militaire spécifiquement, ne se soucient pas d'appliquer l'intention du Législateur, d'accomplir la volonté du Parlement de manière significative ou de donner suite à des améliorations cruciales au bien-être de nos soldats.

Recommandation. Avec au moins 200 avocats militaires à plein temps embauchés par les Forces armées canadiennes et assignés au JAG, ce ne devrait pas être une tâche aussi ardue pour le Cabinet du juge-avocat général de mettre en place des règlements à l'appui de l'application de ces lois. Pourtant, les retards continuent d'être excessifs, de sorte que la volonté du Parlement d'agir avec célérité joue un rôle secondaire. C'est une raison de plus pour laquelle le JAG ne devrait plus être responsable de la surveillance du système de justice militaire. Les soldats, marins et aviateurs canadiens méritent d'avoir un système de justice militaire de classe mondiale, et ce n'est pas le cas présentement. Loin de là.

CONCLUSION

Au fil des années, les tentatives de moderniser la *Loi sur la défense nationale (LDN)* afin que celle-ci s'ajuste aux tendances internationales des systèmes de justice militaire, ou encore qu'elle soit conforme à notre propre système civil de justice pénale au Canada, ont fait l'objet de résistances par l'institution militaire juridique canadienne. Plusieurs réformes ont été effectuées en réponse à des pressions provenant de sources externes aux FAC, notamment par la branche judiciaire, mais pas au sein du MDN ni des FAC en soi.

Les ministres de la Défense nationale se fient beaucoup aux conseils du CÉMD et du sous-ministre de la Défense nationale lorsqu'il s'agit de rédiger des politiques et de prendre des décisions. Actuellement, le Parlement est dépendant des conseils provenant de ces deux entités, lesquelles ne rencontrent pas toujours, selon les études occasionnelles, ses besoins. Ceci nuit à l'habileté du Parlement de superviser les affaires militaires parce que le Parlement n'a pas facilement accès aux analyses critiques de matières relevant de la Défense nationale.

Il semble que les Canadiens et les parlementaires désirent un processus de révision de l'administration de la justice militaire qui soit clair, transparent, et indépendant. À notre avis, la création d'un poste d'inspecteur général, lequel serait appuyé par le Parlement, est un élément clef pour instaurer un mécanisme de supervision et de contrôle des FAC et de l'organisation de la Défense. L'inspecteur général des FAC devrait être nommé par le Gouverneur en conseil et devrait rendre compte au Parlement de l'exercice de ses fonctions.

Finalement, à l'heure actuelle, le système de justice pénale militaire du Canada mine le droit à l'égalité et à une application égalitaire et équitable de la loi pour tous les citoyens canadiens, ainsi que le droit aux garanties judiciaires et les protections, prévus à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le système de justice militaire doit incorporer les concepts et principes juridiques canadiens contemporains afin de prévenir d'être davantage déficient par rapport aux systèmes militaires d'autres pays, mais aussi pour assurer que tous les membres des FAC bénéficient des droits et libertés fondamentales qu'ils se sont engagés à protéger. Le Parlement devrait effectuer une révision complète de la *Loi sur la Défense nationale*, laquelle viserait à évaluer et moderniser la loi, en assurant aussi que celle-ci soit conforme aux lois du Canada. Une telle réforme du système de justice militaire aurait un impact non seulement dans la vie des militaires, mais assurerait également que les FAC aient leur place dans la société canadienne.

A	
Appels	
Accusé	B, C, 19
Cour d'appel de la Cour martiale	46
Pouvoir du Ministre	C, 19-20
Procureur de la Couronne	B, 15
Arrestation	
Obligation de ne pas arrêter	21-22
Portée du pouvoir	21-22
Sans mandat	B, 50-51
Autorité initiale	
Voir « Griefs »	
Autorité de dernière instance	
Voir « Griefs »	
Avocat, droit à l'	39-40, 59
Ancienneté	11
Association, liberté d'	32
C	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	
Art. 2(d) – Liberté d'association	E, 32-33
Art. 7 – Indépendance judiciaire	D, 18
Art. 7 – Vie, liberté et sécurité	22
Art. 8 – Fouilles et saisies	C, 20-21
Art. 9 – Arrestation et détention	51
Art. 11(f) – Procès devant jury	B, 4, 8, 13-14, 17
Art. 15 - Égalité	60
Commissions d'enquête	A, 3, 7, 25, 28, 30, 33-34, 36, 42
Royaume-Uni	25
Indépendance	A, 25
Commission d'enquête "Fynes"	6, 30
Cour fédérale du Canada	E, 45-46, 49
Chef d'État-Major de la Défense (CÉMD)	9, 16, 23, 25-28, 30-32, 38, 44, 51-54, 56, 58, 60
Nominations par CÉMD	51-54
Commission d'enquêtes	25
Griefs	26-28, 58
Juges militaires	44, 56
Opération HONNEUR	30-31
Révisions de verdicts et sentences	16
Code de discipline militaire	
Voir « <i>Loi sur la défense nationale</i> »	
Conclusion	60
Conseiller juridique aux FAC/MDN	E, 19, 35, 36
Ministre de la Justice et JAG	37-40
Cours martiales	
Appels et revisions	B, C, 15, 19-20, 46
Australie	46
Cour fédérale du Canada	E, 45-46, 49
Contexte et histoire	34-35
Procès avec jury	B, 4, 8, 13-14, 17
Juges militaires	C-E, 1-2, 9, 21, 44-46, 56
Nouvelle-Zélande	46
Rapports	47-48
Types	47
Royaume-Uni	34-35, 46
<i>Code criminel (C. cr.</i>	
Infractions au <i>C. cr.</i> et la justice militaire	50
Infractions hybrides	E, 5, 14, 50
Dédoublément d'infractions et de peines par la <i>LDN</i>	51
Casier judiciaire	C, 17, 59
D	
Déchéance de l'ancienneté	11
Définitions	
Agents de la paix	24
Contrôle civil	40
Droit militaire	2, 41
Légalité et illégalité	15
Tribunaux administratifs	39
Délais dans l'entrée en vigueur des lois	57
Directeur du Service des avocats de la défense (DSAD)	
Rapport du vérificateur général	48-49
Rapport Bronson	47-48
Indépendance	18, 34, 36-37
Directeur des poursuites militaires (DPM)	
Appels	B, 15
Rapport du vérificateur général	48-49
Rapport Bronson	47
Infractions hybrides	E, 5, 14, 50
Indépendance	C-D, 18-20, 34, 36-38, 49
Droit à l'avocat	39-40, 59
E	
Échelle des peines	B, 11-12, 16

Enquêtes du coroner			
Voir « Commissions d'enquête »			
Examen au préalable et enquêtes préliminaires	15		
En retard: la modernisation de la justice militaire	17		
G			
Généraux et amiraux			
États-Unis	51-52		
Promotion et nomination	51-52		
Statistiques	51-52		
Grade militaire			
JAG au Royaume-Uni	34		
Professionnels (spécialistes)	D, 56-57		
Griefs			
Australie	27		
Autorité de dernière instance	A, 26, 27, 39		
Autorité initiale	27		
Comité externe d'examen des griefs militaires (CEEGM)	43		
Droit de porter grief	26-27		
Indépendance	27		
Inspecteur général	27		
Prescription	A, 26, 27, 39		
Projet de loi C-15	4, 21, 57-58		
Rapport d'appréciation du personnel	26-27		
Rémunération et avantages sociaux	26, 36		
Réparations en justice	27, 58		
Royaume-Uni	25, 27		
I			
Indépendance			
Cour martiale	E, 10, 16, 30, 33, 48, 57, 60		
Dentistes	D, 57		
Docteurs	D, 57		
Judiciaire	56		
Avocats de la défense	D, 18, 49		
Juges	D, 44-45, 56		
Avocats	D, 30, 34, 57		
Procureur de la Couronne	C, D, 18-20, 34, 36-38, 49		
Ministre de la défense nationale	19		
Ombudsman / Inspecteur général	D, 42, 60		
Aumôniers	D, 57		
Police			
Voir "Police militaire"			
Surintendance du système de justice militaire	A, 35, 38, 40-41, 43		
Infractions disciplinaires			
Voir aussi « <i>Loi sur la défense nationale</i> »			
Casier judiciaire	C, 17, 59		
Infractions d'ordre militaire			
Voir « Infractions disciplinaires » et « <i>Loi sur la défense nationale</i> »			
Infractions hybrides			
Voir « <i>Code criminel</i> »			
Inspecteur général			
Australie	27-28, 43		
Civil	D, 42, 60		
Allemagne	43		
Surintendance	42		
États-Unis	43		
J			
Juge-avocat général (JAG)			
Australie	46		
Contexte et histoire	34-35		
Cour martiale	42		
Mandat	35-39		
Nouvelle-Zélande	46		
Cabinet du JAG	34-35, 39, 58-59		
Promotion	51		
Surintendance du système de justice militaire	A, 35, 38, 40-41, 47-49		
PAS un juge	E		
Appellation du poste	35		
Indépendance	D, 2, 18, 34-35, 41		
Royaume-Uni	34-35, 42, 46		
Juges militaires	D, 44-45, 56-57		
Justice militaire vers l'avant	12-17		
L			
Libération déshonorante	3, 39, 55		
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>	3, 45		
<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>			
Voir « <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> »			
<i>Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois</i>	4, 6, 8, 32		
<i>Loi sur la défense nationale</i>			
Dédoublage d'infractions et de peines du C. cr.	51		

JAG: arts. 9, 9.1 et 9.2	A, 37, 41	Service national des enquêtes des FC	23
CÉMD: arts. 18, 18.1 et 18.2	23, 51, 53	Compétence et enquêtes	A, 3, 8, 21-24, 30, 50-51
Grand Prévôt des FC: arts. 18.3, 18.4 et 18.5	A, 22-24	Infractions au <i>Code criminel</i>	50-51
Griefs: art. 29.11	A	Indépendance	D, 3, 20-24, 48
Commission d'enquête: art. 45	A, 25	Commission d'enquête des plaintes contre la police militaire	30, 33, 42
Jurisdiction disciplinaire et <i>Code de discipline militaire</i> : art. 60	D, 44-45, 56-57	Grand Prévôt	22-23, 34
Limites quant à certaines infractions: art. 70	A, 28-29, 32	Grade	D, 56-57
Infractions d'ordre militaire: arts. 82, 85, 86, 90, 91, 97, 129, 130, et 139.	A, 11-12, 17, 50-51	Fouilles, saisies, perquisitions	C, 20-21
Arrestation et détention avant procès: arts. 154, 155 et 156	B, 21, 50	Royaume-Uni	23, 42
Cour martiale: art. 167	C	Vice-chef d'État-Major de la défense	A, 23-24
Sentence: art. 203.95	B, 16	Professionnels (spécialistes)	56-57
Appels: arts. 228, 230, et 230.1	B, 15	Promotion	
Révision: arts. 249, 249.11, 249.12, 249.13, et 249.15	C, 16	Généraux et amiraux	27, 51-52
Service des avocats de la défense: arts. 249.18 et 249.2	36	R	
Casier judiciaire: art. 249.27	C, 17	Revue du barreau canadien	11
Directeur des poursuites militaires: arts. 165.1 et 165.17	36	Rémunération et avantages sociaux	26-27, 36
Fouilles: arts. 273.3 et 273.5	C, 20-21	Réformes	
Examen indépendant: art. 273.601	48	Appel aux réformes	4
<i>Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada</i>	4, 21 57-58	Publications antérieures	11
M		Réprimandes	B, 12, 17, 32
Mandat de fouilles, saisies et perquisitions	C, 20-21	Révision de décisions et peines	16, 22, 26-28, 46
Modernisation de la justice militaire	8	S	
En retard	17	Service national des enquêtes de Forces canadiennes	
O		Voir "Police militaire"	
Ombudsman		Sentence	
FAC/MDN	33, 43	<i>Code criminel</i>	32, 46, 51
Inspecteur général	42	Casier judiciaire	17
Royaume-Uni	27	Différentes peines pour la même infraction	13
Opération HONNEUR	30-31	Échelle des peines	16
P		Révision et substitution	16, 22
Procès devant jury	B, 4, 8, 13-14, 17	Agressions et inconduites sexuelles	
Peines		Juridiction des FAC	A, 28-32
Voir "Sentence"		Taux de condamnation	31-32
Police militaire		Rapport Deschamps	29-30
Arrestation sans mandat	B, 50-51	Opération HONNEUR	30-31
		Collège militaire royal	3, 29
		Centre d'intervention sur l'inconduite sexuelle (CHIS) et Équipe d'intervention en matière d'inconduites sexuelles (ÉIIS)	D, 31-32
		Somalie	7, 28, 34, 42
		Surintendance du système de justice militaire	
		JAG	A, 35, 38, 40-41

Ministre de la Justice	40, 41
Surveillance civile	
Allemagne	43
Australie	27-28, 43, 46
Comité externe d'examen des griefs militaires (CEEGM)	43
Commission d'enquête des plaintes contre la police militaire	30, 33, 42
Cour fédérale et Cour d'appel de la Cour martiale	D- E, 44-46, 49
États-Unis	43
Inspecteur général	D, 42, 60
Parlementaire	42
Royaume-Uni	25, 27, 34-35, 42, 46
Surintendance du système de justice militaire	A, 35, 38, 40-41, 47-49

V

Vice-chef d'État-Major de la Défense (VCÉMD)	
Nomination	52-53
Indépendance	44-45, 56
Police militaire	A, 23-24
Victimes d'actes criminels	4, 8, 29-32, 59