Cour d'appel de la cour martiale du Canada

Court Martial Appeal Court of Canada

Date : 20230803

Dossier : CMAC-626

Référence : 2023 CACM 9

CORAM : LE JUGE EN CHEF BELL
LA JUGE HOEGG
LA JUGE CHARBONNEAU

ENTRE :

CAPORAL MOHAMMAD EL ZEIN

appelant

et

SA MAJESTÉ LE ROI

intimé

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 17 février 2023.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 3 août 2023.

MOTIFS DU JUGEMENT : LA JUGE HOEGG
LA JUGE CHARBONNEAU

Y A SOUSCRIT : LE JUGE EN CHEF BELL

Cour d'appel de la cour martiale du Canada

Court Martial Appeal Court of Canada

Date : 20230803

Dossier : CMAC-626

Référence : 2023 CACM 9

CORAM : LE JUGE EN CHEF BELL
LA JUGE HOEGG
LA JUGE CHARBONNEAU

ENTRE :

CAPORAL MOHAMMAD EL ZEIN

appelant

et

SA MAJESTÉ LE ROI

intimé

Ordonnance de restriction de la publication : l'ordonnance rendue par la cour martiale en vertu de l'article 179 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, le 1 novembre 2021 demeure en vigueur. Il est interdit de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'une personne décrite dans le cadre de la présente instance devant la Cour d'appel de la cour martiale du Canada comme étant un(e) plaignant(e).

MOTIFS DU JUGEMENT

LA JUGE HOEGG ET LA JUGE CHARBONNEAU

I. Introduction

[1] Le 1er décembre 2021, un juge militaire a reconnu l'appelant, le caporal El-Zein, coupable d'agression sexuelle, une infraction prévue à l'article 130 de *la Loi sur la défense*

nationale, (L.R.C. (1985), ch. N-5) [*Loi sur la défense nationale*], telle que visée à l'article 271 du *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46) [*Code criminel*]. Il interjette appel de sa déclaration de culpabilité ainsi que de la peine qui lui a été imposée par le juge militaire.

II. Mise en contexte

[2] Pour les fins du présent appel, il n'est pas nécessaire de faire un résumé complet de la preuve présentée au procès. Il suffit de résumer les faits saillants et pertinents pour la détermination des questions en litige.

[3] Les témoignages de D.F. (la victime) et de l'appelant concordent à plusieurs égards. Leurs versions des circonstances de leur rencontre, de leurs interactions avant le jour de l'incident, et même de certains aspects de ce qui s'est produit le jour de l'incident se ressemblent beaucoup.

[4] D.F. et l'appelant se sont rencontrés alors qu'ils étaient tous deux déployés dans le cadre d'une opération dont l'objectif était de porter assistance à la population par suite des inondations importantes qui avaient eu lieu dans la région montréalaise au printemps 2019.

[5] L'appelant et D.F. étaient en bons termes et apprenaient à se connaître. Le jour de l'incident, ils étaient allés faire de la course à pied ensemble, à la suggestion de l'appelant. C'est pendant cette activité que l'incident qui a mené aux accusations contre l'appelant s'est produit.

[6] Pendant la course, il a abordé avec elle la possibilité qu'ils aient des relations sexuelles. D.F. lui a répondu que, bien qu'ouverte à la possibilité, elle préférait attendre de mieux connaître quelqu'un avant d'avoir des rapports intimes. D.F. a affirmé avoir été mal à l'aise durant cette conversation et avoir essayé de changer de sujet, mais l'appelant a continué de lui poser des questions sur des sujets personnels. L'appelant, pour sa part, reconnaît que D.F. lui a dit qu'elle préférait mieux connaître quelqu'un avant d'avoir des rapports intimes, mais a dit ne pas avoir noté de malaise de sa part pendant leur conversation.

[7] Tous deux s'entendent sur le fait qu'après avoir couru un certain temps, il se sont arrêtés pour faire une pause et se sont assis sur une roche. L'appelant a alors embrassé D.F. Il s'est ensuite levé, l'a prise par la main et a marché en lui tenant la main jusqu'à l'intérieur d'un cercle d'arbres situé non loin de la roche où ils s'étaient assis. Une fois à l'écart, l'appelant a de nouveau embrassé D.F. Il lui a pris la main et l'a posée sur son pénis. Il lui a touché la vulve sous son sous-vêtement.

[8] Les deux témoignages divergent considérablement en ce qui concerne le comportement et les réactions de D.F. en réponse aux avances et gestes de l'appelant.

[9] D.F. a dit qu'elle ne voulait pas avoir de contacts intimes avec l'appelant à ce moment-là. Elle était mal à l'aise, figée et n'a pas répondu à ses baisers et caresses. Elle a même craint pour sa sécurité à un certain moment. Elle n'a rien dit ou fait pouvant indiquer qu'elle consentait à avoir un contact sexuel avec l'appelant.

[10] L’appelant affirme au contraire que D.F. semblait un peu gênée ou réticente au début, mais a fini par répondre à ses baisers et ses caresses, a pleinement participé à leur échange et manifesté par ses gestes et par des gémissements qu’elle éprouvait du plaisir et consentait pleinement à ce qui était en train de se passer.

[11] L’appelant a plaidé au procès que la Couronne n’avait pas prouvé l’absence de consentement de D.F. Subsidiairement, il a demandé au juge militaire de considérer la défense de croyance erronée mais sincère au consentement. Le juge militaire a conclu que cette défense n’était pas disponible parce que l’appelant n’avait pris aucune mesure raisonnable pour s’assurer du consentement de D.F. conformément au *Code criminel*, par. 265(4). La décision du juge militaire de ne pas considérer cette défense subsidiaire n’est pas contestée dans cet appel.

[12] Sur la question du consentement, le juge militaire a conclu que le témoignage de l’appelant n’était pas crédible quant aux détails de son interaction avec D.F. Il a accepté la version des faits de D.F. et a conclu, sur cette base, qu’elle n’avait pas consenti à l’activité sexuelle et que l’appelant le savait. Il a donc déclaré l’appelant coupable.

[13] Lors de l’audience de détermination de la peine, les parties ont présenté une recommandation conjointe suggérant une peine de 30 jours de détention, une rétrogradation au grade de soldat et une amende de 5000 $.

[14] Le juge militaire a imposé une peine de 30 jours d'emprisonnement, une rétrogradation et une amende de 5000 $. Pour les fins du système de justice militaire, l'emprisonnement est une peine plus sévère que la détention (*Loi sur la défense nationale*, article 139).

[15] L'appelant affirme que le juge militaire aurait dû suivre la recommandation conjointe des parties ou, à tout le moins, les aviser de façon non équivoque qu'il songeait à imposer une peine plus sévère et leur donner la possibilité de présenter des observations supplémentaires.

[16] L'intimé concède l'appel de la peine et se joint à l'appelant pour demander que la peine d'emprisonnement de 30 jours soit remplacée par une peine de détention de 30 jours. Les parties invitent également la Cour à déclarer que la procédure établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S 204 [*Anthony-Cook*] s'applique aux recommandations conjointes présentées à la suite d'un procès.

III. L'appel de la déclaration de culpabilité

A. *L'erreur alléguée*

[17] L'avis d'appel allègue que le juge militaire a commis une erreur de droit en fournissant des motifs insuffisants et déraisonnables concernant la crédibilité de l'appelant. L'appelant prétend que le juge militaire a rejeté sa version des faits pour des motifs illogiques, ce qui entache le caractère raisonnable de son verdict.

[18] Le juge militaire a donné des motifs détaillés lorsqu'il a reconnu l'appelant coupable (*R. c. El-Zein*, 2021 CM 3012 [*El-Zein*]).

[19] Dans un premier temps, aux paragraphes 7 à 42, il revient sur le témoignage de D.F. et celui de l'appelant. Dans un deuxième temps, aux paragraphes 43 à 64, il fait état des principes juridiques applicables. Enfin, aux paragraphes 65 à 109, il analyse la preuve à la lumière de ces principes. Il explique ses conclusions quant à la crédibilité des témoins et conclut que l'appelant n'est pas crédible quant à sa description des contacts sexuels avec D.F. Il accepte la version des faits de D.F. et conclut que la poursuite s'est acquittée de son fardeau de preuve.

[20] L'appelant concède que le juge militaire n'a pas fait d'erreur dans son résumé de la preuve, ni dans son énoncé des principes juridiques applicables, notamment concernant le fardeau de preuve et l'application de la règle du doute raisonnable dans l'appréciation de la crédibilité des témoins. Il affirme cependant que l'analyse du juge militaire concernant la crédibilité est viciée par un illogisme fondamental qui rend la conclusion déraisonnable. Il se fonde sur l'extrait suivant des motifs :

> Sur cet aspect spécifique de la preuve offert [sic] par le caporal El-Zein, la Cour doute de la sincérité de celle-ci, et par le fait même, de sa véracité.
>
> D'abord, l'accusé n'a jamais caché son grand désir d'avoir des activités sexuelles avec la plaignante suite à la réponse de cette dernière au message texte qu'il lui a envoyé. Il a confirmé son empressement à ce que cela se produise le plus rapidement possible, ayant interprété que c'était quelque chose qu'elle désirait. Son témoignage reflète essentiellement celui de la plaignante, c'est-à-dire que ce n'était plus une question de savoir si elle voulait que cela se produise, car cet aspect était déjà réglé dans son esprit, mais plutôt quand. Il a affirmé devant la Cour qu'il était surtout attentif aux réponses non verbales de D.F. suite aux gestes de nature sexuelle qu'il a posés sur elle. Ainsi, la Cour peut conclure que c'est sur la base de l'absence de refus exprimé par la plaignante que l'accusé a déterminé qu'il pouvait aller plus avant, ce qui rend les quelques observations qu'il a rapportées concernant certains gestes et paroles de la plaignante peu véridiques dans les circonstances.

> De plus, la plaignante lui a clairement exprimé qu'elle n'était pas intéressée par des activités sexuelles tant qu'elle ne connaissait suffisamment, et à sa propre satisfaction, la personne avec qui cela pouvait se produire, ce qui a été confirmé par le Caporal El-Zein lui-même. Ce fait en soi, combiné à l'empressement démontré par l'accusé, soulève un doute quant à la véracité des faits qu'il aurait observé [sic] quant au consentement qu'aurait fourni la plaignante.
>
> [*El-Zein*, par. 88 à 90].

[21] L'appelant nous demande d'interpréter cet extrait comme signifiant que la conclusion du juge militaire, qui a rejeté son témoignage, était fondée sur trois facteurs qui n'ont en fait rien à voir avec la crédibilité d'un témoin :

(1) son empressement à avoir des activités sexuelles;

(2) le fait qu'il se soit fié à l'absence de refus exprimé par D.F. pour conclure qu'il pouvait aller de l'avant avec le contact sexuel;

(3) le fait que D.F. ait dit vouloir mieux connaître quelqu'un avant d'avoir un contact sexuel.

L'appelant plaide qu'à cet égard le raisonnement du juge militaire est illogique, ce qui rend ses conclusions concernant sa crédibilité, et par le fait même son verdict, déraisonnables.

B. *La norme de contrôle*

[22] Le critère pour décider si un verdict est déraisonnable est de savoir si ce verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit de manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre (*R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, 1987 CanLII 17).

[23] Un verdict peut également être déraisonnable, même s'il est étayé par la preuve, si le juge du procès y est arrivé d'une façon illogique ou irrationnelle, comme la Cour suprême du Canada l'a récemment expliqué :

> Cela peut se produire si le juge du procès tire une inférence ou une conclusion de fait essentielle au verdict qui est clairement contredite par la preuve qu'il invoque à l'appui de cette inférence ou conclusion, ou dont on peut démontrer qu'elle est incompatible avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès.
>
> [*R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, 457 DLR (4th) 553 [*C.P.*], par. 29].

[24] L'appelant affirme que c'est cette voie d'examen qui s'applique en l'espèce. Il affirme par ailleurs que, dans cette situation, la déférence aux conclusions tirées par le juge du procès n'a pas sa place.

[25] Selon nous, il est plus exact d'affirmer qu'une conclusion illogique ou irrationnelle ne saurait survivre à un examen en appel, même si l'on applique une norme de contrôle caractérisée par la déférence. Ceci dit, il demeure qu'une cour d'appel doit, de manière générale, faire preuve de retenue et de déférence quand elle est appelée à réviser une décision qui concerne l'appréciation de la crédibilité des témoins. La Cour suprême a d'ailleurs pris le soin de le préciser dans *C.P.* :

> L'analyse des conclusions ou inférences illogiques ou irrationnelles [...] ne saurait permettre aux juges siégeant en révision de substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge du procès. [...] Elle ne permet pas non plus de modifier de manière injustifiée les appréciations de la crédibilité par le juge du procès. Une cour d'appel qui contrôle les appréciations de la crédibilité pour déterminer si le verdict est raisonnable ne peut écarter ces appréciations que si elles ne peuvent pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable que ce soit de la preuve.
>
> [*C.P.*, par. 30].

C. Analyse

[26] L’appelant fonde sa prétention sur trois paragraphes de la décision du juge militaire qu’il isole du reste de la décision. Selon nous, cette façon d’aborder la question, et les prétentions qui en découlent, vont à l’encontre de principes bien établis par la jurisprudence.

[27] Premièrement, les motifs d’une décision doivent être examinés de façon globale, et dans le contexte du dossier, des questions en litige et des observations des avocats au procès (*R c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 37, 54 et 55).

[28] Deuxièmement, l’exigence d’examiner les motifs dans leur ensemble, en tenant compte du contexte, est particulièrement importante quand l’évaluation de la crédibilité est au cœur de la décision :

> Notre Cour a sans cesse exhorté les juges de première instance à expliquer leurs conclusions sur la crédibilité et le doute raisonnable de manière à permettre un examen convenable par un tribunal d’appel. Après avoir encouragé la rédaction de motifs détaillés, il serait contraire au but recherché de scruter ceux-ci à la loupe en sapant le rôle du juge du procès dans l’appréciation de l’ensemble de la preuve. Les propos du juge de première instance doivent être examinés non seulement avec soin, mais aussi dans leur contexte. Les termes employés se prêtent la plupart du temps à de multiples interprétations et qualifications. Cependant, l’examen en appel ne commande pas l’analyse de chaque mot, mais bien que l’on détermine si une erreur justifiant l’annulation se dégage des motifs dans leur ensemble. Il s’agit de déterminer le sens général et ordinaire de ceux-ci, et non de se livrer à l’analyse de leurs composantes linguistiques individuelles.
>
> [*R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17 [*Gagnon*], par. 19].

[29] D'ailleurs, dans le même arrêt, la Cour soulignait les défis que pose parfois la rédaction de motifs portant sur la crédibilité des témoins:

> Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits.
>
> [*Gagnon*, par. 20].

[30] Troisièmement, lorsque le caractère raisonnable d'un verdict est remis en cause, c'est la conclusion qui est à l'examen, et non le processus suivi pour y arriver (*R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190, 2007 CSC 5, par. 58; *R. c. Sinclair*, 2011 CSC 40, [2011] 3 R.C.S. 3, par. 81). Ainsi, un verdict n'est pas nécessairement déraisonnable du fait qu'une partie du raisonnement qui y a mené est entaché d'une erreur.

[31] L'appelant a raison de dire que, selon l'interprétation qu'il propose de l'extrait précité des motifs du juge militaire aux paragraphes 88 à 90, le raisonnement du juge militaire ne serait pas logique. Il est évident, par exemple, qu'il n'y a aucun lien direct entre la crédibilité d'un témoin et son empressement à avoir des relations sexuelles. Cependant, nous ne sommes pas d'accord sur cette interprétation.

[32] Le juge militaire aurait peut-être pu s'exprimer plus clairement, mais nous estimons, tenant compte du contexte et de l'ensemble de la décision, qu'il cherchait simplement à expliquer sa conclusion selon laquelle certains aspects de la version des faits de l'appelant étaient invraisemblables, compte tenu du reste de la preuve.

[33] Soulignons que le juge militaire a également expliqué en détail pourquoi il jugeait le témoignage de D.F. crédible et convaincant. L'acceptation, motivation à l'appui, de preuve qui contredit la version de l'accusé peut faire partie des motifs qui peuvent justifier le rejet de cette version (*R. v. J.J.R.D.*, [2006] O.J. No. 4749, par. 53; *R. v. R.D.*, 2016 ONCA 574).

[34] La question centrale au procès était de savoir si la poursuite avait prouvé hors de tout doute raisonnable que D.F. n'avait pas consenti au contact sexuel avec l'appelant. La détermination de cette question dépendait entièrement de l'appréciation par le juge militaire de la crédibilité des deux témoins. Le juge militaire était au fait des principes juridiques applicables et de la preuve présentée et a expliqué ses conclusions de manière détaillée et exhaustive. La Cour doit, dans son examen de ces conclusions, faire preuve de retenue. Il n'y a pas ici de motif pour intervenir.

IV. L'appel de la peine

A. *L'autorisation d'interjeter appel de la peine*

[35] Pour interjeter appel de la peine, il faut présenter une demande d'autorisation, que l'appelant soit la Couronne ou le contrevenant (voir les al. 230a) et 230.1a) de la *Loi sur la défense nationale*, de même que les al. 676(1)d) et 675(1)b) du *Code criminel*). La demande d'autorisation de l'appelant en l'espèce et l'appel ont été instruits en même temps.

B. *L'audience*

[36] L'audience sur la détermination de la peine de l'appelant a débuté le 3 mai 2022. Les avocats de la Couronne et de la défense ont informé la cour martiale que la totalité de la preuve

était déposée sur consentement et que les parties présentaient une recommandation conjointe relative à la peine.

[37] La victime, D.F., a lu sa déclaration de la victime à la cour martiale. Elle y a décrit en détail les nombreuses répercussions qu'a eues l'agression sexuelle sur sa vie, notamment l'anxiété et l'insomnie, les effets secondaires des médicaments prescrits pour traiter ces problèmes, la fatigue chronique qui restreint ses occasions d'emploi et l'hypervigilance qui a érodé sa confiance envers les civils et les militaires qu'elle ne connaît pas. Elle a également souligné qu'elle avait l'impression que les forces armées avaient davantage soutenu l'appelant qu'elle-même. Une copie écrite de sa déclaration a été versée au dossier de la Cour.

[38] Les documents déposés par les avocats comprenaient un rapport psychologique de 13 pages sur l'appelant rédigé par le D^r^ Jean-Philippe Vaillancourt. On y apprend que, selon l'évaluation effectuée au moyen de l'instrument actuariel désigné « Statique-99R », le risque de récidive de l'appelant a été jugé moyen, mais le D^r^ Vaillancourt le considérait personnellement comme assez faible.

[39] L'avocat de la défense a présenté un exposé conjoint des faits qui renferme des comptes rendus ou des déclarations de Marc-Antoine Pitre, ami de l'appelant depuis 2014; du caporal-chef Amal Sebti, supérieur immédiat de l'appelant au sein des Royal Canadian Hussars en 2018-2019; de l'adjudant J.M.C.S. Poirier, supérieur immédiat de l'appelant au cours du printemps 2020; d'Anastasiya R. Kharlamova, amie et conseillère de l'appelant depuis (presque)

trois ans; et de Geneviève DeClerq, superviseure de l'appelant dans le cadre de son emploi chez Systèmes Danfreight Inc.

[40] Chacun de ces témoins, que leur relation avec l'appelant soit fondée sur des liens d'amitié, le service militaire, un emploi en dehors des forces armées ou du counseling professionnel, s'est montré très élogieux en ce qui concerne l'éthique de travail de l'appelant, son honnêteté, sa loyauté envers les forces armées ou envers ses amis et sa famille de même que son intégrité personnelle. Ils ont également mentionné l'anxiété et les regrets qu'éprouve l'appelant pour avoir causé du mal à D.F. Les avocats ont mentionné les comptes rendus et déclarations en question dans leurs observations devant la cour martiale puis les ont déposés.

[41] Les avocats de la Couronne ont rappelé les circonstances aggravantes et atténuantes entourant l'infraction commise par l'appelant. Ils ont présenté comme circonstances particulièrement aggravantes le fait que la victime de l'appelant soit aussi membre des forces armées et le fait que l'infraction a été perpétrée dans le théâtre d'opérations militaires. Ils se sont également reportés aux principes de la détermination de la peine applicables à l'infraction d'agression sexuelle visée au *Code criminel*.

[42] Les avocats de la Couronne ont vigoureusement insisté sur la nécessité d'infliger une peine privant l'appelant de sa liberté afin de dénoncer la nature et la gravité de l'infraction qu'il a commise et de dissuader de tels comportements. Ils ont également passé en revue la jurisprudence dans laquelle une période d'incarcération a été ordonnée pour le même genre d'agression sexuelle qu'en l'espèce.

[43] Le juge militaire s'est intéressé tout particulièrement à l'observation des avocats au sujet de la nécessité d'assortir la peine de l'appelant d'une période de privation de liberté. Il a discuté avec les avocats de la Couronne de la distinction entre la détention et l'emprisonnement à la Caserne de détention et prison militaire des Forces canadiennes (la CDPMFC) d'Edmonton, en Alberta. Selon la Couronne, la détention était préférable à l'emprisonnement parce qu'elle permettrait à l'appelant, s'il purgeait une peine de détention à la CDPMFC, de recevoir un meilleur soutien pour sa réadaptation et sa réinsertion dans la vie militaire et la société que s'il était condamné à la prison.

[44] L'avocat de la défense souscrivait aux arguments de la Couronne. Il a expliqué également que l'évaluation faite par le D^{r} Vaillancourt du risque de récidive présenté par l'appelant, qui a été jugé « moyen », se fondait sur des facteurs de risque statistique échappant au contrôle de l'appelant. Il a souligné que, selon l'opinion du D^{r} Vaillancourt, le risque de récidive était minime. L'avocat de la défense s'est reporté à des précédents préconisant la privation de liberté sous forme d'une détention et non d'un emprisonnement pour des infractions de nature et d'importance comparables à celle commise par l'appelant.

[45] Comme il est mentionné plus haut, les avocats ont présenté une recommandation conjointe suivant laquelle l'appelant serait condamné à 30 jours de détention à la CDPMFC, rétrogradé du grade de caporal à celui de simple soldat, tenu de verser une amende de 5 000 $ en dix mensualités de 500 $ et soumis aux ordonnances accessoires imposées par la loi, c'est-à-dire l'obligation de fournir un échantillon d'ADN et l'inscription au registre des délinquants sexuels.

[46] Les avocats ont cité l'arrêt *Anthony-Cook* à l'appui de leur argument selon lequel leur recommandation conjointe devait être acceptée par le juge militaire.

[47] Le juge militaire a levé l'audience sur la détermination de la peine pour réfléchir à la peine convenable.

C. *La décision du juge militaire sur la peine*

[48] L'audience sur la détermination de la peine de l'appelant a repris le 15 juin 2022.

[49] Le juge militaire a accepté la recommandation conjointe relative à la peine sur tous les points à une exception près : il a infligé à l'appelant une peine d'emprisonnement de 30 jours et non une peine de détention comme le proposaient les avocats. Il a établi une distinction entre l'arrêt *Anthony-Cook* et l'affaire dont il était saisi (dossier d'appel, vol. III, p. 547) et a refusé d'accorder aux parties une deuxième possibilité de présenter des observations sur la peine parce qu'elles avaient déjà traité de la différence entre la détention et l'emprisonnement à l'audience sur la détermination de la peine (dossier d'appel, vol. III, p. 547).

[50] L'appelant a ensuite été libéré sous caution en attendant son appel.

D. *L'appel interjeté de la peine*

[51] La Couronne et l'appelant interjettent conjointement appel de la peine prononcée par le juge militaire. Ils font valoir que ce dernier aurait dû les informer qu'il envisageait d'écarter leur recommandation conjointe en infligeant une peine d'emprisonnement puis leur donner une

deuxième possibilité de présenter des observations en réponse à ses réserves sur leur recommandation conjointe. Ils continuent d'invoquer l'arrêt *Anthony-Cook* à l'appui de leurs prétentions.

E. *La demande d'autorisation d'appel*

[52] Une cour d'appel peut autoriser une partie à interjeter appel si cette dernière établit l'existence de raisons valables d'intervenir ou que l'appel soulève une question importante, en droit ou en pratique (*R. c. Hoekstra*, 2017 CACM 5, 8 CACM 212). En l'espèce, l'appel soulève des questions pertinentes quant à la portée des règles de droit énoncées dans les arrêts *Anthony-Cook* et *R. c. Nahanee*, 2022 CSC 37 [*Nahanee*]. Les parties dans l'appel soulèvent des questions importantes sur les plans du droit ou de la pratique, ce qui justifie l'autorisation de l'appel interjeté contre la peine. Par conséquent, l'autorisation est accordée.

F. *Les arrêts Anthony-Cook et Nahanee ainsi que les observations conjointes relatives à la peine*

[53] Dans l'arrêt *Anthony-Cook*, la Cour suprême du Canada affirme que le juge chargé de la détermination de la peine ne devrait pas rejeter trop facilement une recommandation conjointe sur la peine. La Cour suprême souligne qu'accepter une recommandation conjointe relative à la peine sert fort bien l'intérêt public en raison des avantages de cette recommandation pour la Couronne, l'accusé et l'administration de la justice. Elle décrit ces avantages et explique qu'ils existent puisque l'accusé accepte de plaider coupable, ce qui garantit une déclaration de culpabilité pour la Couronne qui convient en échange de recommander une peine plus clémente.

[54] Une entente semblable négociée par la Couronne et l'accusé qui est ensuite acceptée par le juge responsable de la détermination de la peine apporte une solution définitive à l'instance, les parties et la victime peuvent alors tourner la page et les pressions sur le système de justice sont grandement atténuées. Cette issue positive ne peut se concrétiser que si les parties sont très sûres que le tribunal acceptera la recommandation conjointe sur la peine.

[55] La Cour suprême établit ensuite le critère juridique que le juge responsable de la détermination de la peine doit appliquer et le cadre d'analyse qu'il doit suivre s'il envisage de rejeter une recommandation conjointe. Ainsi, elle adopte le critère de l'intérêt public, selon lequel le juge chargé de déterminer la peine doit accepter la recommandation conjointe sauf si la peine proposée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ou n'est pas par ailleurs dans l'intérêt public (par. 29). La Cour suprême précise ce qui suit :

> [34] […] Le rejet dénote une recommandation à ce point dissociée des circonstances de l'infraction et de la situation du contrevenant que son acceptation amènerait les personnes renseignées et raisonnables, au fait de toutes les circonstances pertinentes, y compris l'importance de favoriser la certitude dans les discussions en vue d'un règlement, à croire que le système de justice avait cessé de bien fonctionner […]

[56] D'après le cadre d'analyse de la Cour suprême, le juge chargé de la détermination de la peine, lorsqu'il doit décider s'il rejettera ou non la recommandation conjointe sur la peine, doit informer les parties de ses réserves sur cette recommandation conjointe puis les inviter à y répondre en présentant des observations supplémentaires.

[57] La Cour suprême énonce très clairement dans l'arrêt *Anthony-Cook* que l'accusé, en contrepartie, doit avoir plaidé coupable. Cela étant dit, elle s'exprime en ces termes au paragraphe 36 de l'arrêt *Anthony-Cook* :

> [36] Les personnes accusées tirent un avantage à plaider coupable en échange d'une recommandation conjointe relative à la peine (voir D. Layton et M. Proulx, *Ethics and Criminal Law* (2e éd. 2015), p. 436). L'avantage le plus évident est le fait que le ministère public accepte de recommander une peine que l'accusé est disposé à accepter. Cette recommandation est susceptible d'être plus clémente que ce à quoi l'accusé pourrait s'attendre à l'issue d'un procès ou d'une audience de détermination de la peine contestée. Les personnes accusées qui plaident coupables rapidement sont en mesure de minimiser le stress et les frais liés aux procès. De plus, pour ceux qui éprouvent des remords sincères, un plaidoyer de culpabilité offre une occasion de commencer à reconnaître leurs torts. Pour de nombreux accusés, il est crucial de favoriser au plus haut point la certitude quant au résultat — et une recommandation conjointe, même si elle n'est pas inviolable, offre à cet égard une assurance considérable.
>
> [Nous soulignons].

[58] Si l'on donne à la conjonction « ou » un sens disjonctif, on pourrait croire que, selon la Cour suprême, le tribunal chargé de déterminer la peine devrait aviser les parties des questions que soulève leur recommandation conjointe et leur donner une autre possibilité d'y répondre même si cette recommandation conjointe est présentée à l'issue d'un procès complet.

[59] Les seuls avantages qui découleraient de la tenue, après un procès complet, d'une audience sur la détermination d'une peine non contestée seraient la célérité, car l'audience est plus longue lorsque la peine est contestée, ce qui se traduirait par des économies de temps et d'argent pour les parties et le système de justice, et l'impossibilité d'un appel contre la peine infligée. La seule contribution demandée au contrevenant serait de sacrifier son droit à débattre

pour obtenir une peine moins sévère. Dans ce cas, la transaction (ou *quid pro quo*) est qualitativement différente et s'assortit d'avantages limités et bien moindres pour la Couronne et l'administration de la justice que ceux qui sont décrits par le juge Moldaver dans l'arrêt *Anthony-Cook*. Qui plus est, la peine proposée par la Couronne après un procès complet est susceptible de ne pas être aussi clémente pour le contrevenant que celle qui aurait pu lui être infligée s'il avait plaidé coupable.

[60] Les faits dans l'arrêt *Anthony-Cook* sont substantiellement différents de ceux qui nous occupent en l'espèce. Le contrevenant avait plaidé coupable à une infraction grave, en contrepartie d'une peine probablement plus clémente que la Couronne a convenu de recommander. Dans la présente affaire, l'appelant n'a pas plaidé coupable : il n'a pas épargné à D.F. le coût, sur le plan émotionnel, d'un procès, la Couronne n'a pas évité les risques, les délais et les frais liés à un procès, et l'administration de la justice n'a pas économisé le temps et les ressources consacrés à la tenue du procès. Qui plus est, l'appelant n'a pas accepté sa responsabilité à l'égard de l'infraction ni saisi l'occasion de reconnaître ses torts envers D.F. en plaidant coupable. Le fait qu'il ait été reconnu coupable après un procès complet annule en fin de compte les avantages importants pour la Couronne et l'administration de la justice que le juge Moldaver a décrits dans l'arrêt *Anthony-Cook*. L'appelant a seulement renoncé à plaider en faveur d'une peine moins sévère que la recommandation conjointe et n'a pas fourni la contrepartie dont il est question dans l'arrêt *Anthony-Cook*. En outre, l'appel interjeté par l'appelant contre sa condamnation, appel qui est normalement évité lorsqu'une recommandation conjointe suit un plaidoyer de culpabilité, met en lumière un élément qui distingue les deux

affaires, soit l'absence, en l'espèce, des économies et du caractère définitif de la décision qui sont soulignés à grands traits dans le raisonnement sous-tendant l'arrêt *Anthony-Cook*.

[61] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tiré une conclusion semblable dans *R. v. Dunkers*, 2018 BCCA 363. Dans cette affaire, la défense était d'accord quant à la peine proposée par la Couronne à l'issue d'un procès complet. La Cour a jugé que l'entente des parties au sujet de la peine, qui était le fruit d'une coïncidence révélée à l'audience sur la détermination de la peine, ne constituait pas une recommandation conjointe. En statuant ainsi, la Cour s'est appuyée fortement sur le fait que le contrevenant n'avait pas plaidé coupable et qu'il n'y avait donc eu aucune transaction, ce qui justifiait l'intervention de la cour d'appel.

[62] À notre avis, pour les motifs précités, on ne peut pas affirmer que les principes établis dans l'arrêt *Anthony-Cook* s'appliquent à l'espèce, comme le juge militaire l'a déclaré. Qui plus est, la Cour suprême indique expressément dans l'arrêt *Nahanee* que les règles de droit énoncées dans l'arrêt *Anthony-Cook* doivent demeurer restreintes aux recommandations conjointes qui offrent une contrepartie en échange du plaidoyer de culpabilité de l'accusé (par. 29-42). Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[63] Dans l'arrêt *Nahanee*, la Cour suprême se prononce sur un argument semblable à celui qui a été présenté dans l'affaire *Anthony-Cook*. Dans cette affaire, l'accusé a plaidé coupable à deux infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Aucune recommandation conjointe sur la peine n'a été présentée. Au contraire, la Couronne recommandait entre quatre et six années d'emprisonnement, tandis que M. Nahanee souhaitait recevoir une peine de trois à trois ans et

demi d'emprisonnement (par. 15). Après l'audience sur la détermination de la peine, la juge a condamné le contrevenant à huit années d'emprisonnement (par. 16). Elle n'a pas informé les parties qu'elle envisageait d'infliger une peine supérieure à ce qu'avait proposé la Couronne et ne leur a pas donné non plus la possibilité de présenter des observations supplémentaires à l'appui de leurs positions respectives.

[64] En appel, M. Nahanee a plaidé qu'il aurait dû avoir une autre occasion de s'exprimer sur la peine, étant donné que l'emprisonnement ordonné par la juge était plus long que ce qu'avait proposé la Couronne. Il a invoqué l'arrêt *Anthony-Cook* à l'appui de sa position.

[65] Même si le contrevenant avait choisi de plaider coupable pour ses propres raisons, qui n'avaient rien à voir avec aucune transaction, la Cour suprême du Canada a conclu que la juge avait commis une erreur de principe en infligeant une peine supérieure à celle que recommandait la Couronne sans avoir donné au contrevenant la possibilité de répondre aux réserves du tribunal au sujet de la peine proposée.

[66] Selon la Cour suprême, cette nouvelle possibilité donnée aux parties d'expliquer leurs positions vise à fournir au juge qui détermine la peine des renseignements additionnels qui pourraient avoir une incidence sur la peine. Elle cerne trois cas qui justifient l'intervention d'une cour d'appel lorsque le juge inflige une peine plus lourde que celle qui était recommandée par la Couronne : 1) des renseignements qui auraient eu une incidence sur la peine n'avaient pas été fournis à la première audience sur la peine, 2) le juge de la peine n'a pas exposé de motifs, ou a exposé des motifs vagues ou insuffisants, au soutien de sa décision d'infliger la peine plus sévère

ou 3) le juge de la peine s'est fondé sur un raisonnement erroné ou indéfendable (*Nahanee*, par. 59).

[67] Dans cette affaire, la Cour suprême conclut que le contrevenant n'a pas démontré qu'il disposait de renseignements qu'il aurait pu présenter à une deuxième audience et qui auraient eu une incidence sur la peine infligée par la juge. Par conséquent, l'intervention d'une cour d'appel n'était pas justifiée. En outre, la Cour suprême précise que les motifs de la juge chargée de la détermination de la peine ne révélaient aucune erreur et que la peine n'était pas non indiquée.

[68] À cet égard, il y lieu de souligner que la Cour suprême n'a pas appliqué dans l'arrêt *Nahanee* le critère strict de l'intérêt public ni le cadre d'analyse qu'elle avait décrits dans l'arrêt *Anthony-Cook*. Elle a conclu que la juge de la peine avait commis une erreur en excédant la peine proposée par la Couronne et a appliqué le cadre d'analyse décrit dans les arrêts *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, et *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, [2020] 1 R.C.S. 424.

[69] Dans l'affaire *Nahanee*, le contrevenant avait plaidé coupable, mais ses plaidoyers de culpabilité n'étaient pas offerts en échange d'une contrepartie. En l'espèce, l'appelant n'a pas plaidé coupable. Bien que l'absence de plaidoyer de culpabilité fasse manifestement obstacle à l'application des principes de l'arrêt *Anthony-Cook* à la présente affaire, elle ne fait pas forcément obstacle à l'application du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Nahanee*. Par conséquent, il faut se demander si l'application des règles de droit énoncées dans l'arrêt *Nahanee* dépend du plaidoyer d'un contrevenant.

[70] Dans l'arrêt *Nahanee*, la Cour suprême mentionne les plaidoyers de culpabilité enregistrés par le contrevenant dans son analyse servant à déterminer si la juge avait commis des erreurs (par. 24 à 47, 62 à 65). Toutefois, elle ne dit pas que ces plaidoyers de culpabilité étaient déterminants ou avaient joué dans sa conclusion suivant laquelle la juge avait commis une erreur de principe en excédant la peine proposée par la Couronne.

[71] Un plaidoyer de culpabilité influera toujours sur la peine recommandée par la Couronne. De fait, les plaidoyers de culpabilité auront toujours une incidence également sur les observations de la défense au sujet de la peine, parce qu'ils font toujours partie des facteurs atténuants dont il faut tenir compte. Un plaidoyer de culpabilité n'élimine pas la possibilité que la peine recommandée par la Couronne soit rejetée. Bien que la Couronne soit censée représenter l'intérêt public dans notre système de justice, par opposition aux intérêts des victimes d'actes criminels, les observations des avocats de la Couronne ne sont pas toujours conformes au droit. Autrement dit, la Couronne n'a pas toujours raison.

[72] L'arrêt *Nahanee* de la Cour suprême n'établit aucune distinction rationnelle entre le cas où un juge excède la peine recommandée par la Couronne à l'endroit d'un contrevenant qui a plaidé coupable et celui où il excède la peine recommandée par la Couronne lorsque le contrevenant, ayant plaidé non coupable, est déclaré coupable à l'issue d'un procès complet. Sous cet angle, nous ne percevons pas de distinction rationnelle entre les deux cas. Il nous semble que la conclusion tirée par la Cour suprême, soit qu'un juge commet une erreur quand il inflige une peine excédant la recommandation de la Couronne, s'applique aux deux situations. Qui plus est, si un juge commet une erreur quand il excède la recommandation de la Couronne

sur la peine, il aura assurément tort d'excéder la recommandation conjointe qui a procuré certains avantages au processus judiciaire. À notre avis, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer le cadre juridique établi dans l'arrêt *Nahanee* au cas de l'appelant en l'espèce.

G. *L'application des principes à la présente affaire*

[73] En l'espèce, le juge militaire a infligé une peine supérieure à celle recommandée par la Couronne. Même si cette peine faisait partie d'une recommandation conjointe, cela ne change rien au fait que le juge militaire a ordonné une peine plus lourde que celle proposée par la Couronne.

[74] Dans le cas présent, conformément à une entente intervenue avec l'appelant, la Couronne a recommandé la détention au lieu de l'emprisonnement. Le juge militaire n'a pas informé les parties qu'il envisageait d'excéder la recommandation de la Couronne en imposant l'emprisonnement plutôt que la détention, et il ne leur a pas donné non plus une deuxième occasion de plaider en faveur de leur recommandation conjointe. Selon le juge militaire, ce n'était pas nécessaire puisque les parties avaient déjà eu la possibilité de s'exprimer au sujet de la différence entre leur recommandation conjointe (la détention) et la peine qu'il envisageait d'infliger (l'emprisonnement).

[75] Certes, les parties ont discuté généralement de la différence entre la détention et l'emprisonnement lors de l'audience sur la détermination de la peine, la teneur de la discussion n'est pas la même quand les parties savent que le juge de la peine envisage d'écarter la recommandation de la Couronne (ou, en l'espèce, la recommandation conjointe), soit la

détention, en faveur de l'emprisonnement. Des faits supplémentaires et précisions peuvent être portés à l'attention de la Cour après que les parties sont informées des réserves du juge et de la possibilité que ce dernier inflige une peine excédant celle que proposait la Couronne. Le juge militaire, en aucun temps durant sa discussion avec les avocats, n'a fait savoir qu'il envisageait de rejeter leur recommandation conjointe favorisant la détention plutôt que l'emprisonnement. Par conséquent, il a commis une erreur de principe en omettant d'aviser les parties qu'il allait infliger une peine supérieure à ce que les avocats de la Couronne ou, en fait, les deux parties, avaient recommandé, puis en n'accordant pas aux avocats la possibilité de présenter des observations supplémentaires à la cour martiale par la suite.

[76] La question est celle de savoir si les renseignements supplémentaires qui auraient alors pu être présentés par les parties à la cour martiale auraient eu une incidence sur la peine.

[77] À l'audience relative à l'appel, les avocats ont décrit plus en détail à quel point l'emprisonnement aurait des conséquences beaucoup plus graves sur l'appelant que la détention et mettrait un terme, pratiquement, à sa carrière militaire. Ils ont décrit l'opprobre associé à la prison, la gravité des crimes commis par les détenus emprisonnés et l'absence de services de réadaptation à la vie militaire offerts en prison, ce qui fait en sorte que la vaste majorité des contrevenants qui sont envoyés en prison ne retournent jamais dans les forces armées. Par contre, la CDPMFC favorise la réadaptation à l'environnement militaire et offre le soutien nécessaire pour permettre aux contrevenants comme l'appelant de poursuivre leur carrière militaire et de réussir leur réinsertion sociale.

[78] La CDPMFC offre une aile de détention fermée pour les militaires canadiens déclarés coupables d'infractions militaires et de certaines infractions prévues au *Code criminel*. Lors de l'audience relative à l'appel, le tribunal a cru comprendre qu'il s'agissait d'un véritable centre de détention, dans le sens où les détenus n'avaient pas la liberté d'aller et de venir à leur guise. L'aile de détention de la CDPMFC est conçue pour pénaliser les contrevenants et, en même temps, pour leur offrir l'occasion de se réadapter en vue de leur retour dans les forces armées.

[79] Les membres du personnel militaire détenus à la CDPMFC ont été formés et entraînés dans une culture militaire, et le Canada a investi des ressources importantes dans leur formation. Dans les cas où la conduite ou le crime d'un militaire n'est pas assez grave pour que l'objectif de dissuasion nécessite absolument l'emprisonnement et où la personne présente un bon potentiel de réadaptation à l'intérieur des forces armées, il est logique qu'elle puisse purger sa peine dans un endroit et suivant des modalités qui favorise cette réadaptation.

[80] Par conséquent, nous sommes d'avis que les renseignements supplémentaires relatifs à la détention et à l'emprisonnement qui ont été fournis à l'audience relative à l'appel, y compris l'information au sujet des répercussions d'un emprisonnement sur la possibilité pour l'appelant de poursuivre sa carrière militaire, auraient eu une incidence sur la peine infligée par le juge militaire.

[81] En outre, une preuve considérable et non controversée a été présentée sur consentement à l'audience sur la détermination de la peine; elle démontre sans équivoque que l'appelant serait en mesure de poursuivre sa carrière militaire et présente des perspectives favorables de

réadaptation. Cette preuve permet de croire raisonnablement que ces objectifs pourraient être atteints plus facilement si l'appelant purgeait sa peine en détention plutôt qu'en prison. Le refus de donner à l'appelant la possibilité de poursuivre sa carrière militaire serait une sanction trop sévère dans les circonstances de l'espèce.

[82] La présente décision ne signifie pas que les contrevenants qui sont membres des forces armées et commettent des actes répréhensibles devraient être excusés du simple fait qu'ils servent notre pays. Elle indique plutôt que les contrevenants dont la conduite justifie une certaine privation de liberté, mais qui présentent un solide potentiel de réadaptation et qui ont posé des gestes dont la gravité ne justifie pas qu'il soit mis fin à leur carrière militaire peuvent être détenus dans un établissement qui leur offre des outils aux fins de leur réadaptation à la culture militaire de manière à ce qu'ils puissent rester dans les forces armées.

[83] La présente décision ne cherche pas non plus à minimiser la nature et la gravité du crime de l'appelant ou de ses effets sur D.F. Pour déterminer la peine, le juge militaire s'est fondé principalement sur la nature de l'infraction de l'appelant et la nécessité d'envoyer le message que l'agression sexuelle ne sera pas tolérée dans les forces armées. Son raisonnement à ce sujet est irréprochable. En outre, comme le juge militaire l'a souligné, D.F. est aussi membre des forces armées et doit, elle également, recevoir un soutien afin de poursuivre sa carrière militaire.

[84] Les forces armées ont investi des ressources considérables dans la formation de D.F. et de l'appelant. D.F. a affirmé dans son témoignage qu'elle se sent désormais soutenue émotivement et professionnellement par les forces armées. Il est difficile d'exagérer l'importance d'un tel

soutien, car il serait absurde de consacrer des efforts et des ressources aux seuls contrevenants, étant donné les répercussions négatives persistantes des agressions sexuelles sur les victimes. Le mauvais message serait alors envoyé non seulement aux militaires, mais aussi à l'ensemble des Canadiennes et des Canadiens. Il y a lieu de souligner par ailleurs l'importance de l'investissement des forces armées dans la formation de D.F., car elle était militaire depuis près de deux ans, alors que l'appelant l'était depuis relativement peu de temps.

H. *Dispositif*

[85] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis d'autoriser l'appel interjeté à l'encontre de la peine, d'accueillir l'appel de la peine et de modifier la peine infligée par le juge miliaire pour que les 30 jours d'emprisonnement soient remplacés par 30 jours de détention à l'aile de détention de la CDPMFC. Toutes les autres ordonnances relatives à la détermination de la peine restent 'inchangées.

V. Avis d'appel modifié

[86] Lors de l'audition, l'appelant nous a demandé la permission de déposer un avis d'appel modifié pour ajouter un motif d'appel remettant en question l'impartialité des juges militaires. Ce motif d'appel a été rejeté par cette Cour dans *R. c. Edwards; R. c. Crépeau; R. c. Fontaine; R. c. Iredale* 2021 CACM 2, *R. c. Proulx; R. c. Cloutier* 2021 CACM 3, *R. c. Christmas* 2021 CACM 7, *R. c. Brown* 2021 CACM 8 et *R. c. Remington* 2023 CACM 3. Voir aussi *R. c. Edwards*; *R. c. Crépeau*; *R. c. Fontaine*; *R. c. Iredale*, 2021 CACM 2, autorisation de pourvoi à la CSC accordée, 39 820 (2 février 2023).

[87] L’appelant ne nous a pas demandé de plaider ce motif dans le présent appel. Il demandait simplement d’ajouter la question au dossier pour pouvoir bénéficier, le cas échéant, d’un résultat favorable lorsque la Cour suprême du Canada l’aura tranchée. Lors de l’audience, nous avons accordé à l’appelant la permission de déposer un avis d’appel modifié.

[88] Ce motif d’appel n’ayant pas été plaidé, il est rejeté.

VI. Conclusion

[89] L’appel de la condamnation est rejeté. L’appel de la peine est accueilli et modifié conformément au paragraphe 85 ci-dessus.

« Lois R. Hoegg »
j.c.a.

« Louise A. Charbonneau »
j.c.a.

« Je suis d’accord.
B. Richard Bell, j.e.c.»

COUR D'APPEL DE LA COUR MARTIALE DU CANADA

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER :	CMAC-626
INTITULÉ :	CAPORAL MOHAMMAD EL ZEIN c. SA MAJESTÉ LE ROI
LIEU DE L'AUDIENCE :	OTTAWA (ONTARIO)
DATE DE L'AUDIENCE :	LE 17 FÉVRIER 2023
MOTIFS DU JUGEMENT :	LA JUGE HOEGG LA JUGE CHARBONNEAU
Y A SOUSCRIT :	LE JUGE EN CHEF BELL
DATE DES MOTIFS :	LE 3 AOÛT 2023

COMPARUTIONS :

Capitaine de corvette Patrice Desbiens Capitaine de frégate Mark Letourneau	POUR L'APPELANT
Major Patrice Germain Lieutenant-Colonel Karl Lacharité	POUR L'INTIMÉ

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Service des avocats de la défense Gatineau (Québec)	POUR L'APPELANT
Service canadien des poursuites militaires Ottawa (Ontario)	POUR L'INTIMÉ