

R. v. Wehmeier, 2014 CMAC 5

CMAC 553

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

P. Wehmeier

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, November 22, 2013.

Judgment: Ottawa, Ontario, April 15, 2014.

Present: Blanchard, C.J. and Pelletier and Trudel JJ.A.

On appeal from the decision of the Chief Military Judge (2012 CM 1007) ordering proceedings against the respondent be terminated, on June 10, 2012.

Jurisdiction of Code of Service Discipline over civilians — Application to civilians limited to instances where absolutely necessary or in the best interests of the civilians.

The respondent is a former member of the Canadian Forces charged with offences committed in Germany while working as a peer-educator on a short-term contract. The incidents leading to the charges occurred at a local festival, and the victims were three Canadian Forces Members. The Chief Military Judge found the refusal of the Director of Military Prosecutions' to provide any explanation for continuing the proceedings despite the respondent's applications to have it dealt with in civilian court constituted a breach of procedural fairness.

Held: Appeal dismissed, proceedings terminated without adjudication.

The Chief Military Judge erred in requiring the Director of Military Prosecutions to justify its decision as it falls within prosecutorial discretion over whether and what to prosecute. However, the respondent's section 11 argument was improperly subsumed by the analysis on prosecutorial discretion. The intent of Parliament when extending jurisdiction of the Code of Service Discipline to civilians was to limit it to instances of absolute necessity or the best interests of the civilians. The respondent was returned to Canada within 5 days of the offence,

R. c. Wehmeier, 2014 CACM 5

CMAC 553

Sa Majesté la Reine

Appelante,

c.

P. Wehmeier

Intimé.

Audience : Ottawa (Ontario), le 22 novembre 2013.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 15 avril 2014.

Devant : Le juge en chef Blanchard et les juges Pelletier et Trudel, J.C.A.

Appel de la décision du juge en chef militaire (2012 CM 1007) d'ordonner l'arrêt des procédures contre l'intimé le 10 juin 2012.

Compétence des tribunaux militaires sur les civils — Application du Code de discipline militaire aux civils limitée aux circonstances de nécessité absolue ou dans l'intérêt supérieur des civils.

L'intimé est un ancien membre des Forces canadiennes inculpé pour des infractions commises en Allemagne alors qu'il travaillait en tant qu'agent d'éducation des pairs dans le cadre d'un contrat de courte durée. Les incidents menant aux chefs d'accusation se sont produits lors d'un festival local. Les victimes sont trois membres des Forces canadiennes. Le juge militaire en chef a conclu que le refus du directeur des poursuites militaires de fournir une justification de la poursuite des procédures, malgré les demandes de l'intimé visant à les faire traiter devant un tribunal civil, constituait un manquement à l'équité procédurale.

Arrêt : L'appel est rejeté, les procédures sont arrêtées sans décision.

Le juge militaire en chef a commis une erreur en exigeant du directeur des poursuites militaires qu'il justifie sa décision, car celle-ci relève de son pouvoir discrétionnaire quant aux dossiers qui seront poursuivis ou non. Toutefois, l'argument de l'intimé fondé sur l'article 11 a à tort été subsumé par l'analyse portant sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Lorsqu'il a élargi l'application du Code de discipline militaire aux civils, le législateur avait l'intention de limiter son application aux circonstances de nécessité absolue ou dans l'intérêt supérieur

and is no longer engaged with the Canadian Forces or the members who were the victims of the offences. The prosecution of the respondent is arbitrary for lack of connection with the objectives of the expansion of jurisdiction of the Code of Service Discipline over civilians. On the evidence, the rights lost by the respondent in the context of a military trial outweigh the state's interest in his prosecution within the military justice system.

des civils. L'intimé était de retour au Canada dans les 5 jours suivants l'infraction, et il n'est plus en contact avec les Forces canadiennes ou les victimes des infractions. La poursuite de l'intimé est arbitraire, car il n'y a pas de lien avec les objectifs de l'élargissement du champ d'application du Code de discipline militaire aux civils. Compte tenu de la preuve, les droits perdus par l'intimé dans le contexte d'un procès militaire surpassent l'intérêt de l'État à le poursuivre dans le cadre du système de justice militaire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11, 24.
Constitution Act 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 60, 61, 130, 273.

CASES CITED

Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, 98 N.R. 321; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, 20 D.L.R. (4th) 651; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, 191 N.R. 1; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672); *R. v. Wehmeier*, 2012 CM 1005, 103 W.C.B. (2d) 285; *R. v. Wehmeier*, 2012 CM 1006, 103 W.C.B. (2d) 253; *R. v. Wehmeier*, 2012 CM 1007, 2012 CarswellNat 2051.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons Debates, 22nd Parl., 1st Sess., Vol. II (11 February 1954).

COUNSEL

Commander J.B.M. Pelletier, Major A.M. Tamburro, for the appellant.
Major Alison Reed, Lieutenant-Commander Marc Letourneau, for the respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11, 24.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 60, 61, 130, 273.

JURISPRUDENCE CITÉE

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, 98 N.R. 321; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3^d) 423; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, 20 D.L.R. (4th) 651; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 191 N.R. 1; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672); *R. c. Wehmeier*, 2012 CM 1005, 103 W.C.B. (2^d) 285; *R. c. Wehmeier*, 2012 CM 1006, 103 W.C.B. (2^d) 253; *R. c. Wehmeier*, 2012 CM 1007, 2012 CarswellNat 3009.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 22^e lég., 1^{re} sess., vol. II (11 février 1954).

AVOCATS

Commandant J.B.M. Pelletier, Major A.M. Tamburro, pour l'appelante.
Major Alison Reed, Capitaine de corvette Marc Letourneau, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

THE COURT:

I. Introduction

[1] This is an appeal from the decision of Chief Military Judge Mario Dutil (the Chief Military Judge), dated June 10, 2012, by which the Chief Military Judge ordered that the proceedings against the respondent be terminated on the ground that the decision to proceed in the military courts was an act of prosecutorial discretion by the Director of Military Prosecutions (DMP) amounting to an abuse of process.

[2] For the reasons that follow, the appeal should be dismissed.

II. Facts

[3] Before this Court, the following facts are undisputed. Only a brief summary is necessary.

[4] The respondent, Paul Wehmeier, a former Canadian Forces (hereafter CF) member, was employed as a “peer educator” at a “third location decompression center” operated by the CF in Germany. The center was set up to assist CF members transitioning out of the operational theatre in Afghanistan to reintegrate into Canadian society. Peer educators were former CF members who participated in briefings with the returning soldiers and, “as they shared common experiences, were expected to answer the soldiers’ questions on a personal level”: DMP’s Memorandum of Fact and Law at paragraph 5.

[5] The respondent was hired for a term of approximately two months beginning in March 14, 2011.

[6] On March 19, 2011, the respondent attended a beer festival in Bitburg, Germany, where he allegedly became intoxicated and committed offences against three members of the CF. On March 24, 2011, ten days into

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés par

LA COUR :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie de l’appel d’une décision datée du 10 juin 2012 par laquelle le juge militaire en chef Mario Dutil (le juge militaire en chef) a ordonné qu’il soit mis fin à l’instance engagée contre l’intimé au motif que la décision de mettre celui-ci en accusation devant les tribunaux militaires était un acte résultant de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites du Directeur des poursuites militaires (DPM), lequel exercice constituait un abus de procédure.

[2] Pour les motifs exposés ci-dessous, l’appel devrait être rejeté.

II. Les faits

[3] Les faits décrits ci-dessous ne sont pas contestés en l’espèce, et seul un résumé est nécessaire.

[4] L’intimé, Paul Wehmeier, ancien membre des Forces canadiennes (les FC), travaillait à titre d’« agent d’éducation des pairs » à un « centre de décompression dans un tiers lieu » administré par les FC en Allemagne. Le centre a été ouvert pour faciliter le retour des membres des FC qui avaient exercé des fonctions au théâtre opérationnel situé en Afghanistan et pour les aider à réintégrer la société canadienne. En plus de participer à des séances d’information avec les soldats qui rentraient au pays, les agents d’éducation des pairs, qui étaient d’anciens membres des FC, [TRADUCTION] « étaient appelés à répondre aux questions plus personnelles des soldats, étant donné qu’ils avaient vécu des expériences communes » (exposé des faits et du droit du DPM, au paragraphe 5).

[5] L’intimé a été embauché pour une période d’environ deux mois qui a débuté le 14 mars 2011.

[6] Le 19 mars 2011, l’intimé a assisté à un festival de la bière qui se tenait à Bitburg, en Allemagne, où il se serait soulé et aurait commis des infractions à l’encontre de trois membres des FC. Le 24 mars 2011, dix jours

his contract and five days after the alleged incident, the respondent was returned to Canada.

[7] The Commanding Officer of the Second Line of Communications Detachment, Germany in his report on the incident, expressed concern about the serious nature of the allegations and their negative impact on the victim and on discipline and morale of the CF (Appeal Book, Vol. II, at page 307, paragraph 3). As a result, on August 19, 2011, the Commander Canadian Operational Support Command recommended to the DMP that charges be preferred and tried by court martial as soon as possible (Appeal Book, Vol. II, at page 310, paragraph 6).

[8] The allegations were investigated by the Canadian Military Police, following which the three following charges were preferred under section 130 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA) on February 16, 2012:

First charge
Section 130 NDA

An offence punishable under section 130 of the *National Defence Act*, that is to say, sexual assault, contrary to section 271 of the *Criminal Code*.

Particulars: In that he, on or about 19 March 2011, at Bitburg, Germany, while employed as a Peer Educator, did commit a sexual assault upon Cpl S.R.

Second charge
Section 130 NDA

An offence punishable under section 130 of the *National Defence Act*, that is to say, uttering threats, contrary to paragraph 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*.

Particulars: In that he, on or about 19 March 2011, at Bitburg, Germany, while employed as a Peer Educator, did knowingly utter a threat to Cpl K.C. to cause death to Cpl K.C.

après le début de son contrat et cinq jours après l'incident reproché, l'intimé a été rapatrié.

[7] Dans son rapport sur l'incident, le commandant du Détachement des communications de deuxième ligne en Allemagne a exprimé des préoccupations au sujet de la gravité des allégations et des incidences négatives de celles-ci sur la victime ainsi que sur la discipline et le moral des FC (dossier d'appel, vol. II, à la page 307, paragraphe 3). En conséquence, le 19 août 2011, le commandant du Commandement du soutien opérationnel du Canada a recommandé au DPM que des accusations soient portées et déposées devant la cour martiale sans délai (dossier d'appel, vol. II, à la page 310, paragraphe 6).

[8] Après l'enquête menée par la police militaire canadienne au sujet des allégations, les trois accusations suivantes ont été déposées sous le régime de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN), le 16 février 2012 :

Premier chef
d'accusation
Article 130 de la
LDN

Infraction punissable sous le régime de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, à savoir l'infraction d'agression sexuelle énoncée à l'article 271 du *Code criminel*.

Plus précisément :

Le 19 mars 2011, ou vers cette date, à Bitburg, en Allemagne, alors qu'il était employé comme agent d'éducation des pairs, a commis une agression sexuelle sur la personne de la cpl S.R.

Deuxième chef
d'accusation
Article 130 de la
LDN

Infraction punissable sous le régime de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, à savoir l'infraction de proférer des menaces énoncée à l'alinéa 264.1(1)a) du *Code criminel*.

Plus précisément :

Le 19 mars 2011 ou vers cette date, à Bitburg, en Allemagne, alors qu'il était employé comme agent d'éducation des pairs, a sciemment proféré la menace de causer la mort de la cpl K.C.

Third charge
Section 130 NDA

An offence punishable under section 130 of the *National Defence Act*, that is to say, assault, contrary to section 266 of the *Criminal Code*.

Particulars: In that he, on or about 19 March 2011, at Bitburg, Germany, while employed as a Peer Educator, did commit an assault on Cpl D.L.

Troisième chef
d'accusation
Article 130 de la
LDN

Infraction punissable sous le régime de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, à savoir l'infraction de voies de fait énoncée à l'article 266 du *Code criminel*.

Plus précisément :
Le 19 mars 2011 ou vers cette date, à Bitburg, en Allemagne, alors qu'il était employé comme agent d'éducation des pairs, a commis des voies de fait sur la personne du cpl D.L.

[9] A Standing Court Martial was convened on May 29, 2012. The respondent brought two preliminary applications, both of which were dismissed by the Chief Military Judge. In light of these outcomes, the respondent requested a transfer of the proceedings to the civilian authorities; this request was denied by the DMP. The respondent then asked the DMP to justify the decision to proceed by Standing Court Martial. After initially refusing to provide further information, the DMP advised defence counsel that in light of the fact that the case was now before a court of competent jurisdiction, that the trial preparation was complete and the witnesses assembled and prepared, it was not in anyone's interest to withdraw the charges so as to refer the matter to the civilian authorities: Appeal Book, Vol. II, at page 304.

[10] On June 6, 2012, the respondent brought a third application seeking a stay of proceedings under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter). The Chief Military Judge granted the application and terminated the proceedings instead of granting a stay. This decision is under appeal.

[11] For completeness, we have set out the relevant provisions of the NDA and the Charter below.

III. Legislation

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N 5

60. (1) The following persons are subject to the Code of Service Discipline:

[9] Une cour martiale permanente a été convoquée le 29 mai 2012. L'intimé a présenté deux requêtes préliminaires, que le juge militaire en chef a rejetées. Eu égard à ces résultats, l'intimé a demandé un renvoi des procédures aux autorités civiles; le DPM a rejeté cette demande. L'intimé a alors demandé au DPM de justifier la décision de le mettre en accusation devant une cour martiale permanente. Après avoir initialement refusé de fournir des renseignements supplémentaires, le DPM a fait savoir à l'avocat de la défense que, étant donné que l'affaire était maintenant portée devant un tribunal compétent, la préparation relative au procès était terminée et que les témoins avaient été réunis et étaient prêts à témoigner, il n'était pas dans l'intérêt de qui que ce soit de retirer les accusations afin de renvoyer l'affaire aux autorités civiles (dossier d'appel, vol. II, à la page 304).

[10] Le 6 juin 2012, l'intimé a présenté une troisième requête en vue d'obtenir une suspension de l'instance en application du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Le juge militaire en chef a fait droit à la requête et mis fin à l'instance plutôt que d'accorder une suspension. C'est cette décision qui fait l'objet du présent appel.

[11] Par souci d'exhaustivité, nous avons reproduit ci-dessous les dispositions pertinentes de la LDN et de la Charte.

III. Les dispositions législatives applicables

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5

60. (1) Sont seuls justiciables du code de discipline militaire :

...

f) a person, not otherwise subject to the Code of Service Discipline, who accompanies any unit or other element of the Canadian Forces that is on service or active service in any place;

61. (1) For the purposes of this section and sections 60, 62 and 65, but subject to any limitations prescribed by the Governor in Council, a person accompanies a unit or other element of the Canadian Forces that is on service or active service if the person

...

b) is accommodated or provided with rations at the person's own expense or otherwise by that unit or other element in any country or at any place designated by the Governor in Council;

130. (1) An act or omission:

a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, or

b) that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament,

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

(2) Subject to subsection (3), where a service tribunal convicts a person under subsection (1), the service tribunal shall,

(a) if the conviction was in respect of an offence

(i) committed in Canada under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament and for which a minimum punishment is prescribed, or

(ii) committed outside Canada under section 235 of the *Criminal Code*,

[...]

f) les personnes qui, normalement non assujetties au code de discipline militaire, accompagnent quelque unité ou autre élément des Forces canadiennes en service, actif ou non, dans un lieu quelconque;

61. (1) Pour l'application du présent article et des articles 60, 62 et 65 mais sous réserve des restrictions réglementaires, une personne accompagne une unité ou un autre élément des Forces canadiennes qui est en service, actif ou non, si, selon le cas :

[...]

b) elle est logée ou pourvue d'une ration — à ses propres frais ou non — par cet élément ou unité en tout pays ou en tout lieu désigné par le gouverneur en conseil;

130. (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

b) survenu à l'étranger mais qui serait punissable, au Canada, sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale.

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

(2) Sous réserve du paragraphe (3), la peine infligée à quiconque est déclaré coupable aux termes du paragraphe (1) est :

a) la peine minimale prescrite par la disposition législative correspondante, dans le cas d'une infraction :

(i) commise au Canada en violation de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale et pour laquelle une peine minimale est prescrite,

(ii) commise à l'étranger et prévue à l'article 235 du *Code criminel*;

b) in any other case,

(i) impose the punishment prescribed for the offence by Part VII, the *Criminal Code* or that other Act, or

(ii) impose dismissal with disgrace from Her Majesty's service or less punishment.

(3) All provisions of the Code of Service Discipline in respect of a punishment of imprisonment for life, for two years or more or for less than two years, and a fine, apply in respect of punishments imposed under paragraph (2)(a) or subparagraph (2)(b)(i).

(4) Nothing in this section is in derogation of the authority conferred by other sections of the Code of Service Discipline to charge, deal with and try a person alleged to have committed any offence set out in sections 73 to 129 and to impose the punishment for that offence described in the section prescribing that offence.

273. Where a person subject to the Code of Service Discipline does any act or omits to do anything while outside Canada which, if done or omitted in Canada by that person, would be an offence punishable by a civil court, that offence is within the competence of, and may be tried and punished by, a civil court having jurisdiction in respect of such an offence in the place in Canada where that person is found in the same manner as if the offence had been committed in that place, or by any other court to which jurisdiction has been lawfully transferred.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has 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 fundamental justice.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

b) dans tout autre cas :

(i) soit la peine prévue pour l'infraction par la partie VII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi pertinente,

(ii) soit, comme peine maximale, la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

(3) Toutes les dispositions du code de discipline militaire visant l'emprisonnement à perpétuité, l'emprisonnement de deux ans ou plus, l'emprisonnement de moins de deux ans et l'amende s'appliquent à l'égard des peines infligées aux termes de l'alinéa (2)a) ou du sous-alinéa (2)b)(i).

(4) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux pouvoirs conférés par d'autres articles du code de discipline militaire en matière de poursuite et de jugement des infractions prévues aux articles 73 à 129.

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

Charte canadienne des droits et libertés

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

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

IV. Procedural history

[12] At the outset of the proceedings, counsel for the respondent made an application for a plea in bar of trial on the basis that the Standing Court Martial lacked jurisdiction because the respondent was not subject to the *Code of Service Discipline* (CSD) pursuant to paragraphs 60(1)(f) and 61(1)(b) of the NDA.

[13] The Chief Military Judge concluded that the respondent was subject to the CSD at the time of the alleged offences as a person accompanying a unit or other element of the CF and dismissed the respondent's plea in bar of trial (*R. v. Wehmeier*, 2012 CM 1005 (*Wehmeier 1*), at paragraphs 14 and 17).

[14] On June 4, 2012, counsel for the respondent brought a second application challenging the constitutionality of paragraphs 60(1)(f) and 61(1)(b) of the NDA as being overbroad and therefore violating the respondent's rights under section 7 of the Charter. The respondent sought a declaration that the provisions were of no force or effect pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[15] On June 5, 2012, the Chief Military Judge dismissed the application finding that the respondent had not met his burden of proof that the provisions are overbroad and that some applications would be arbitrary and disproportionate (*R. v. Wehmeier*, 2012 CM 1006 (*Wehmeier 2*), at paragraph 28).

[16] In concluding as he did, the Chief Military Judge relied on the views expressed by the Associate Minister of National Defence on February 11, 1954 (see: *House of Commons Debates*, 22nd Parl., 1st Sess., Vol. II (11 February, 1954) at p. 2010 (Hon. Ralph Campney)), and found that the purpose and objective of paragraphs 60(1)(f) and 61(1)(b) of the NDA were notably to ensure that persons accompanying the CF would be subject to some law at all times (*Wehmeier 2* at paragraph 22).

[17] According to the Chief Military Judge, the original intent of Parliament was for Canada to retain primary

IV. L'historique des procédures

[12] Au début des procédures, l'avocat de l'intimé a présenté une fin de non-recevoir fondée sur l'absence de compétence de la cour martiale permanente, étant donné que l'intimé n'était pas justiciable du Code de discipline militaire (le CDM), conformément aux alinéas 60(1)f) et 61(1)b) de la LDN.

[13] Le juge militaire en chef a conclu que l'intimé était justiciable du CDM au moment des infractions reprochées, à titre de personne accompagnant une unité ou un autre élément des FC, et n'a pas fait droit à sa fin de non-recevoir (*R. c. Wehmeier*, 2012 CM 1005 (*Wehmeier 1*), aux paragraphes 14 et 17).

[14] Le 4 juin 2012, l'avocat de l'intimé a présenté une deuxième requête visant à contester la constitutionnalité des alinéas 60(1)f) et 61(1)b) de la LDN, parce que ces dispositions avaient une portée excessive et portaient donc atteinte aux droits de l'intimé garantis à l'article 7 de la Charte. L'intimé a sollicité un jugement déclaratoire portant que les dispositions en question étaient inopérantes au titre du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[15] Le 5 juin 2012, le juge militaire en chef a rejeté la requête, concluant que l'intimé ne s'était pas acquitté de son fardeau de prouver que les dispositions en question avaient une portée excessive et qu'elles étaient arbitraires et disproportionnées dans certaines de leurs applications (*R. c. Wehmeier*, 2012 CM 1006 (*Wehmeier 2*), au paragraphe 28).

[16] Cette conclusion du juge militaire en chef était fondée sur les observations formulées par le ministre associé de la Défense nationale le 11 février 1954 (voir les *Débats de la Chambre des communes*, 22^e lég., 1^{re} sess., vol. II (11 février 1954), à la page 2126 (honorables Ralph Campney)). Le juge militaire en chef a souligné que l'objet des alinéas 60(1)f) et 61(1)b) de la LDN était notamment de veiller à ce que les personnes accompagnant les FC soient en tout temps assujetties à une certaine loi (*Wehmeier 2*, au paragraphe 22).

[17] Selon le juge militaire en chef, l'intention initiale du législateur était de veiller à ce que les membres des

jurisdiction over CF members and the persons who accompany them in order to protect their interests and have them tried according to our law. Citing the Associate Minister of National Defence, he concluded that the provisions were intended to limit the jurisdiction of military courts such that jurisdiction would only be exercised if it was “absolutely essential or in the interests of the civilians themselves that they do so” (*Wehmeier 2*, at paragraph 24). The definition provided for in section 61 of the NDA was not arbitrary or disproportionate, as it needed to cover a multitude of situations. The Chief Military Judge therefore found that the provisions were not grossly disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect (*Wehmeier 2*, at paragraph 25).

V. Decision under review

[18] The respondent then made a third application in which he argued that the decision of the DMP to prefer charges against a civilian subject to the CSD violated section 7 of the Charter because it engaged his liberty interests in a manner that was arbitrary and disproportionate, and thus not in accordance with the principles of fundamental justice. The respondent argued that the DMP’s conduct amounted to an abuse of process.

[19] In his reasons, the Chief Military Judge began by reiterating his legal analysis in *Wehmeier 2*. As mentioned above, he found that paragraphs 60(1)(f) and 61(1)(b) of the NDA were constitutional. The learned judge specified that he had reached that outcome mainly because he was satisfied that the purpose and objective was to limit the jurisdiction of military courts so as to only exercise jurisdiction when “absolutely essential or in the interests of the civilians themselves that they do so” (*R. v. Wehmeier*, 2012 CM 1007 (*Wehmeier 3*), at paragraph 31).

[20] The learned judge stated the decision to prefer charges was an act of prosecutorial discretion that did not amount to an abuse of process (*Wehmeier 3*, at paragraph 38). Further, he found that the decision to continue with the Standing Court Martial and not withdraw the

FC et les personnes qui les accompagnent relèvent au premier chef de la compétence du Canada afin que leurs intérêts soient protégés et que ces personnes puissent être jugées suivant le droit canadien. Citant les observations du ministre associé de la Défense nationale, il a conclu que les dispositions visaient à restreindre la compétence des tribunaux militaires, dont la juridiction ne serait pas exercée, à moins que cela ne soit « absolument nécessaire ou que les intérêts bien compris des civils l’exigent » (*Wehmeier 2*, au paragraphe 24). La définition énoncée à l’article 61 de la LDN n’était ni arbitraire ni disproportionnée, car elle devait viser une foule de situations. Le juge militaire en chef a donc conclu que les dispositions n’étaient pas exagérément disproportionnées par rapport à l’intérêt général que le texte de loi tentait de protéger (*Wehmeier 2*, au paragraphe 25).

V. La décision sous examen

[18] L’intimé a alors présenté une troisième requête dans laquelle il a soutenu que la décision du DPM de porter les accusations contre un civil justiciable du CDM allait à l’encontre de l’article 7 de la Charte, parce qu’elle mettait en jeu le droit à la liberté de l’intimé d’une façon qui était arbitraire et disproportionnée, de sorte qu’elle n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale. L’intimé a fait valoir que la conduite du DPM constituait un abus de procédure.

[19] Dans ses motifs, le juge militaire en chef a d’abord réitéré l’analyse juridique qu’il avait faite dans la décision *Wehmeier 2*. Tel qu’il est mentionné plus haut, il a conclu que les alinéas 60(1)(f) et 61(1)(b) de la LDN étaient constitutionnels. Le savant juge a précisé qu’il en était arrivé à cette conclusion principalement parce qu’il était convaincu que l’objet des dispositions en question était de restreindre la juridiction des tribunaux militaires, de façon que celle-ci ne soit pas exercée à moins que « cela ne soit absolument nécessaire ou que les intérêts bien compris des civils l’exigent » (*R. c. Wehmeier*, 2012 CM 1007 (*Wehmeier 3*), au paragraphe 31).

[20] Le savant juge a affirmé que la décision de porter des accusations s’inscrivait dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et que cet exercice ne constituait pas un abus de procédure (*Wehmeier 3*, au paragraphe 38). De plus, il a conclu que la décision

charges was also an act of prosecutorial discretion, subject only to judicial review for abuse of process (*Wehmeier 3*, at paragraph 33). When analyzing the doctrine of abuse of process, the Chief Military Judge first found that the respondent had not established, on a balance of probabilities, that being subject to a different judicial process i.e. a trial before a military as opposed to a civilian court, would affect the fairness of trial (*Wehmeier 3*, at paragraph 34).

[21] However, the Chief Military Judge found that this case fell within the “residual category”, where the abuse causes prejudice to the integrity of the judicial system. He concluded that there was evidence to support an inquiry into prosecutorial discretion. In arriving at this conclusion, the Chief Military Judge relied on the following evidence: (1) the DPM’s denial of the respondent’s request to transfer the matter to civilian authorities; (2) the DPM’s refusal to disclose further information with regard to the rationale behind the decision to continue the prosecution in the military courts; (3) the DPM’s refusal to review his decision to continue with the proceeding in light of the decision in *Wehmeier 2* regarding the purpose and objective of paragraphs 60(1)(f) and 61(1)(b) of the NDA (*Wehmeier 3*, at paragraph 38). The Chief Military Judge then proceeded to inquire into the exercise of prosecutorial discretion by the DPM.

[22] In his inquiry, the Chief Military Judge considered the circumstances surrounding the exercise of prosecutorial discretion and determined that, in light of the DPM’s conduct, the decision to continue with a military prosecution amounted to an abuse of process. In coming to this conclusion, the Chief Military Judge relied on the evidence which justified his inquiry into prosecutorial discretion, as described above, as well as the DPM’s refusal during the proceeding to provide any explanation as to the rationale for his decision to continue with the prosecution within the military justice system. He also found that the DPM’s statement that it was not in anyone’s interest, including the respondent’s, to withdraw

de poursuivre les procédures engagées devant la cour martiale permanente et de ne pas retirer les accusations s’inscrivait également dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et n’était susceptible de contrôle judiciaire qu’en cas d’abus de procédure (*Wehmeier 3*, au paragraphe 33). Lorsqu’il a analysé la doctrine de l’abus de procédure, le juge militaire en chef a d’abord conclu que l’intimé n’avait pas établi selon la prépondérance des probabilités que le fait d’être jugé selon un processus judiciaire différent, soit le fait d’être traduit devant un tribunal militaire plutôt que devant une cour ordinaire de juridiction criminelle, nuirait à l’équité du procès (*Wehmeier 3*, au paragraphe 34).

[21] Toutefois, le juge militaire en chef a conclu que la présente affaire appartenait à la « catégorie résiduelle », soit les cas où l’abus compromet l’intégrité du système judiciaire. Selon lui, l’existence d’éléments de preuve justifiait le contrôle de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites en l’espèce. Cette conclusion du juge militaire en chef était fondée sur les éléments de preuve suivants : 1) le rejet par le DPM de la demande de l’intimé en vue de renvoyer l’affaire à la justice civile; 2) le refus par le DPM de communiquer tout renseignement justifiant sa décision de poursuivre l’affaire devant les tribunaux militaires; 3) le refus par le DPM de revoir sa décision de continuer la poursuite devant la cour martiale, à la lumière de la décision *Wehmeier 2* au sujet de l’objet des alinéas 60(1)(f) et 61(1)(b) de la LDN (*Wehmeier 3*, au paragraphe 38). Le juge militaire en chef a ensuite analysé l’exercice par le DPM de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[22] Dans le cadre de son analyse, le juge militaire en chef a examiné les circonstances entourant l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et conclu que, eu égard à la conduite du DPM, la décision de maintenir une poursuite militaire constituait un abus de procédure. Cette conclusion du juge militaire en chef était fondée sur les éléments de preuve qui justifiaient sa décision de contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, selon la description qui précède, ainsi que sur le refus par le DPM, pendant la procédure, d’expliquer les raisons de sa décision de continuer la poursuite devant les tribunaux militaires. Le juge militaire en chef a également conclu que la déclaration du DPM

the charges and the initial legitimate reasons for preferring the charges, were insufficient to justify continuing the prosecution before the military courts in light of his finding on the legislative intent. Relying heavily on his conclusion in *Wehmeier 2*, the Chief Military Judge found that the DPM's decision to continue with the proceedings following the decision in *Wehmeier 2* was inconsistent with the Court's conclusion that "the Canadian Forces will not in fact exercise jurisdiction over civilians unless it is absolutely essential or in the interests of the civilians themselves that they do so" (*Wehmeier 3*, at paragraph 41). The Chief Military Judge stated that the DPM had had every opportunity to provide some explanation and refused, a fact that weighed heavily against the DPM and amounted "to an abuse of process to the integrity and reputation of the military justice system" (*Wehmeier 3*, at paragraph 42).

[23] A stay of proceedings was deemed unsatisfactory and therefore, the Chief Military Judge concluded that the appropriate remedy in the circumstances was to terminate the proceedings of the Standing Court Martial (*Wehmeier 3*, at paragraph 43).

[24] The Chief Military Judge turned only briefly to the respondent's argument that prosecuting Mr. Wehmeier before a military tribunal was grossly disproportionate, deciding that he lacked an adequate record to decide the issue. His decision does not address the respondent's argument that the arbitrary character of the proceedings against him before the Standing Court Martial are a violation of his rights under section 7 of the Charter.

VI. Issues

[25] This appeal raises the following issues:

- (1) Did the Chief Military Judge err in concluding that the DPM's conduct amounted to an abuse of process to the integrity and reputation of the military justice system?

selon laquelle il n'était pas dans l'intérêt de qui que ce soit, y compris l'intimé, de retirer les accusations et les motifs légitimes justifiant, au départ, la mise en accusation, n'étaient pas suffisants pour justifier la poursuite des procédures devant les tribunaux militaires, compte tenu de la conclusion à laquelle il en était arrivé au sujet de l'intention du législateur. Se fondant en grande partie sur la conclusion qu'il avait tirée dans le jugement *Wehmeier 2*, le juge militaire en chef a conclu que la décision du DPM de continuer les procédures après la décision *Wehmeier 2* était incompatible avec la conclusion de la Cour selon laquelle « les Forces canadiennes n'exerceront leur compétence judiciaire à l'égard de civils que si cela est absolument nécessaire ou dans l'intérêt des civils eux-mêmes » (*Wehmeier 3*, au paragraphe 41). Le juge militaire en chef a ajouté que le DPM avait eu amplement la possibilité de donner au moins une certaine explication, et a refusé de le faire, lequel fait a joué contre le DPM et constituait « un abus de procédure compromettant l'intégrité et la réputation du système de justice militaire » (*Wehmeier 3*, au paragraphe 42).

[23] Une suspension des procédures a été jugée insatisfaisante et, par conséquent, le juge militaire en chef a conclu que la réparation convenable dans les circonstances consistait à mettre fin à l'instance devant la cour martiale permanente (*Wehmeier 3*, au paragraphe 43).

[24] Le juge militaire en chef n'a examiné que brièvement l'argument de l'intimé selon lequel la décision de poursuivre M. Wehmeier devant un tribunal militaire était exagérément disproportionnée, estimant que le dossier dont il était saisi ne lui permettait pas de trancher la question. Il n'a pas commenté l'argument de l'intimé selon lequel, en raison de leur nature arbitraire, les procédures engagées contre celui-ci devant la cour martiale permanente portaient atteinte à ses droits garantis à l'article 7 de la Charte.

VI. Les questions en litige

[25] Le présent appel soulève les questions suivantes :

- (1) Le juge militaire en chef a-t-il commis une erreur en concluant que la conduite du DPM constituait un abus de procédure portant atteinte à l'intégrité et à la réputation du système de justice militaire?

(2) Are the proceedings against the respondent before the Standing Court Martial a breach of his rights not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice as provided in section 7 of the Charter?

2) Les procédures engagées contre l'intimé devant la cour martiale permanente portent-elles atteinte au droit de celui-ci de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, ainsi que le prévoit l'article 7 de la Charte?

VII. Analysis

A. *Did the Chief Military Judge err in concluding that the DMP's conduct amounted to an abuse of process to the integrity and reputation of the military justice system?*

(1) *Prosecutorial discretion*

[26] Prosecutorial discretion is a fundamental principle of our criminal justice system in which it is viewed as a constitutional principle. Prosecutors must be able to exercise their authority to initiate, continue or cease prosecutions independently. The law respects this discretion by mandating that courts cannot and should not interfere with prosecutorial discretion, providing it is exercised in good faith and in the interests of justice.

[27] The limited oversight of prosecutorial discretion is grounded in the principles of the separation of powers and the rule of law under the Constitution (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601 (*Power*), at page 621; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372 (*Krieger*), at paragraph 32). In *Power*, writing for the majority, L'Heureux-Dubé J. articulated the restricted role of the courts in reviewing the exercise of prosecutorial discretion (*Power*, at page 627). The Supreme Court later reaffirmed that the court's role is not to supervise parties' decision-making processes (*Krieger*, at paragraph 32).

[28] The Supreme Court went on to add that "prosecutorial discretion" was a term of art. It was defined as "the use of those powers that constitute the core of the

VII. Analyse

A. *Le juge militaire en chef a-t-il commis une erreur en concluant que la conduite du DPM constituait un abus de procédure portant atteinte à l'intégrité et à la réputation du système de justice militaire?*

(1) *Pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[26] Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un principe fondamental de notre système de justice pénale, au sein duquel il est considéré comme un principe constitutionnel. Les procureurs de la poursuite doivent être en mesure d'exercer leur pouvoir d'engager ou de continuer des poursuites ou d'y mettre fin de manière indépendante. La loi respecte ce pouvoir discrétionnaire en interdisant aux tribunaux de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, pourvu que ce pouvoir soit exercé de bonne foi et dans l'intérêt de la justice.

[27] La surveillance restreinte pouvant être exercée à l'égard du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites repose sur les principes du partage des pouvoirs et de la primauté du droit consacrés par la Constitution (*R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601 (*Power*), à la page 621, 1994 CanLII 126; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372 (*Krieger*), au paragraphe 32). Dans l'arrêt *Power*, la juge L'Heureux-Dubé, qui s'exprimait au nom de la majorité, a articulé le rôle restreint des tribunaux dans le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites (*Power*, à la page 627). Plus tard, la Cour suprême du Canada a affirmé de nouveau que le rôle des tribunaux ne consistait pas à superviser le processus décisionnel des parties (*Krieger*, au paragraphe 32).

[28] La Cour suprême du Canada a ensuite ajouté que l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle est définie

Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence" (*Krieger*, at paragraph 43).

[29] Not every discretionary decision falls within the scope of prosecutorial discretion. What the courts protect are "the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for" (*Krieger* at paragraph 47, emphasis in the original). This definition of core prosecutorial discretion was confirmed in *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566 (*Nixon*), at paragraph 21). Once a decision is found to be within this core, as opposed to having to do with tactics or conduct before the Court, "the courts cannot interfere except in such circumstances of flagrant impropriety or in actions for "malicious prosecution" (*Krieger*, at paragraph 49 citing *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, *Nixon*, at paragraph 30). Tactics and conduct before the Court, on the other hand, are within the inherent jurisdiction of the Court to control its own processes.

[30] The Supreme Court cautioned that an evidentiary foundation was required to determine whether an inquiry was warranted in light of the disinclination to review prosecutorial discretion. Unless there is an evidentiary foundation supporting the allegation of abuse of process resulting from an exercise of prosecutorial discretion, courts should decline to proceed with a review (*Nixon*, at paragraphs 60 and 65). Therefore, if the act falls within the core elements of prosecutorial discretion, a preliminary threshold must be established. If this threshold is not met, the analysis ends here. If the threshold is met, the court can then proceed with the inquiry into prosecutorial discretion to determine whether the exercise of discretion amounts to an abuse of process.

comme « l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices » (*Krieger*, au paragraphe 43).

[29] Les décisions discrétionnaires ne relèvent pas toutes du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Les décisions que les tribunaux protègent sont les décisions finales « quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part » (*Krieger*, au paragraphe 47, souligné dans l'original). Cette définition du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566 (*Nixon*), au paragraphe 21. Lorsqu'il est jugé qu'une décision porte sur ce pouvoir discrétionnaire, et non pas sur une question de stratégie ou de conduite du procureur de la poursuite devant le tribunal, « les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas de conduite répréhensible flagrante ou d'actions pour "poursuites abusives" » (*Krieger*, au paragraphe 49, citant *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Nixon*, au paragraphe 30). En revanche, les décisions ayant trait à la stratégie ou à la conduite du procureur de la poursuite devant le tribunal relèvent de la compétence inhérente du tribunal sur sa propre procédure.

[30] La Cour suprême du Canada a souligné que, compte tenu de la déférence des tribunaux quant au contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, il devait y avoir une preuve suffisante pour leur permettre de décider s'il y avait lieu de contrôler l'exercice de cette discrétion. À moins qu'il n'existe une preuve suffisante au soutien de l'allégation d'abus de procédure découlant de l'exercice du pouvoir en matière de poursuites, les tribunaux devraient refuser d'examiner plus à fond l'exercice en question (*Nixon*, aux paragraphes 60 et 65). En conséquence, si la décision relève du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, une condition préliminaire devra être établie. Lorsque cette condition n'est pas remplie, l'analyse s'arrête là. Dans le cas contraire, le tribunal peut examiner plus à fond l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites pour savoir s'il constitue un abus de procédure.

[31] Although the penal military justice system possesses its own system of prosecution, defence and tribunals, the role played by the DMP is similar to that exercised by the Attorney General. We are satisfied on the record before us that, while there are differences between the position of the Attorney General and the DMP (*R. v. Trépanier*, 2008 CMAc 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672), at paragraph 98), these differences do not justify the conclusion that a different scope of prosecutorial discretion applies to the DMP. The principles articulated in the jurisprudence set out above with regard to the nature of the role of the prosecutor, prosecutorial discretion and the circumstances, which may warrant the review of a prosecutorial decision, find application to the DMP and the exercise of prosecutorial discretion by the DMP.

(2) *Abuse of process*

[32] As mentioned above, prosecutorial discretion is subject to a high level of deference. In light of the panoply of prosecutable crimes, the prosecutor has a wide-ranging discretion in bringing, continuing and dismissing charges, recommending other forums or appropriate sentences. However, acts of prosecutorial discretion are not immune from judicial review as they are subject to the abuse of process doctrine (*Nixon*, above, at paragraphs 31 and 64).

[33] The definition and application of the doctrine are an exercise in balancing societal and individual concerns (*Nixon*, at paragraph 38). In *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411 (*O'Connor*), and again in *Nixon*, the Supreme Court recognized two forms of abuse of process which would be caught by section 7 of the Charter: “(1) prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial; and (2) prosecutorial conduct that ‘contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process’” (*Nixon*, at paragraph 36 citing *O'Connor*, at paragraph 73). The latter is referred to as the residual category.

[31] Bien que la justice militaire pénale possède son propre régime de poursuites, de défense et de tribunaux, le rôle du DPM est semblable à celui du procureur général. Au vu du dossier dont nous sommes saisis, nous sommes convaincus que, malgré les différences existant entre la position du procureur général et celle du DPM (*R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672), au paragraphe 98), ces différences ne permettent pas en soi de conclure que la portée du pouvoir discrétionnaire du DPM en matière de poursuites est différente. Les principes articulés dans la jurisprudence susmentionnée au sujet de la nature et du rôle du procureur de la poursuite, du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et des circonstances pouvant justifier le contrôle d’une décision de la poursuite s’appliquent au DPM et à l’exercice par celui-ci du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

(2) *Abus de procédure*

[32] Tel qu’il est mentionné plus haut, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites appelle une très grande retenue. En raison de la panoplie de crimes pouvant faire l’objet de poursuites, le procureur de la poursuite dispose d’un large pouvoir discrétionnaire pour déposer des accusations, les poursuivre et y mettre fin, et pour recommander d’autres tribunes ou des peines appropriées. Cependant, les actes qui résultent de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n’échappent pas au contrôle judiciaire; ils sont visés par la doctrine de l’abus de procédure (*Nixon*, précité, aux paragraphes 31 et 64).

[33] La doctrine consiste essentiellement à trouver le juste équilibre entre les préoccupations des individus et celles de la société (*Nixon*, au paragraphe 38). Dans l’arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 (*O'Connor*), et à nouveau dans l’arrêt *Nixon*, la Cour suprême du Canada a reconnu deux catégories d’abus de procédure auxquelles s’applique l’article 7 de la Charte : « (1) les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l’équité du procès; (2) les cas où la conduite du poursuivant “contre[vient] aux notions fondamentales de justice et [mine] ainsi l’intégrité du processus judiciaire” » (*Nixon*, au paragraphe 36, citant *O'Connor* au paragraphe 73). Cette dernière catégorie est appelée la catégorie résiduelle.

[34] In *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309 (*Babos*), Moldaver J., for the majority, took the opportunity to revisit the residual category, when he said at paragraph 35:

By contrast, when the residual category is invoked, the question is whether the state has engaged in conduct that is offensive to societal notions of fair play and decency and whether proceeding with a trial in the face of that conduct would be harmful to the integrity of the justice system. To put it in simpler terms, there are limits on the type of conduct society will tolerate in the prosecution of offences. At times, state conduct will be so troublesome that having a trial — even a fair one — will leave the impression that the justice system condones conduct that offends society’s sense of fair play and decency. This harms the integrity of the justice system.

[35] The doctrine of abuse of process is a safeguard meant to protect against conduct affecting the fairness of the trial and conduct undermining the integrity of the judicial system. Cases of this nature are exceptional and rare; therefore courts must ensure this high threshold has been met before “second-guessing” the motives and reasons underlying the decision-making process (*Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339 at paragraphs 6 and 45 to 48).

(3) *Application to the case*

[36] The Chief Military Judge correctly articulated the applicable legal test in that, in the absence of a threshold determination, courts should not undertake a review of prosecutorial discretion. We are satisfied that the DMP’s decision to prefer charges and the decision to continue with a Standing Court Martial were his alone to make and come within the core of prosecutorial discretion. These are decisions as to whether a prosecution should be brought and continued and what charges the prosecution ought to be for (*Krieger*, at paragraph 47). As such, those decisions should not be interfered with unless there is a sufficient evidentiary basis to put the exercise of that discretion in question.

[37] The learned judge went on to conclude that the preliminary threshold had been met. For the reasons

[34] Dans l’arrêt *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309 (*Babos*), le juge Moldaver, qui s’exprimait au nom de la majorité, a donné les explications suivantes au sujet de la catégorie résiduelle (au paragraphe 35) :

Par contre, lorsque la catégorie résiduelle est invoquée, il s’agit de savoir si l’État a adopté une conduite choquant le sens du franc-jeu et de la décence de la société et si la tenue d’un procès malgré cette conduite serait préjudiciable à l’intégrité du système de justice. Pour dire les choses plus simplement, il y a des limites au genre de conduite que la société tolère dans la poursuite des infractions. Parfois, la conduite de l’État est si troublante que la tenue d’un procès — même un procès équitable — donnera l’impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, et cela porte préjudice à l’intégrité du système de justice.

[35] La doctrine de l’abus de procédure vise à protéger contre la conduite portant atteinte à l’équité du procès ou à l’intégrité du système judiciaire. Les cas de cette nature sont exceptionnels et rares; en conséquence, les tribunaux doivent s’assurer que ce critère préliminaire élevé a été établi avant de mettre en doute rétrospectivement les motifs qui sous-tendent le processus décisionnel (*Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, aux paragraphes 6 et 45 à 48).

(3) *Application à la présente affaire*

[36] Le juge militaire en chef a articulé correctement le critère juridique applicable selon lequel, en l’absence d’une détermination préliminaire, les tribunaux devraient s’abstenir de contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Nous sommes convaincus que la décision du DPM de porter des accusations et celle de continuer la poursuite devant une cour martiale permanente étaient des décisions que lui seul pouvait prendre et qui relevaient du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Ces décisions portent sur l’opportunité d’intenter ou de continuer des poursuites et sur l’objet des poursuites en question (*Krieger*, au paragraphe 47). En conséquence, il ne convient pas de modifier ces décisions à moins qu’il n’existe une preuve suffisante à mettre en doute l’exercice du pouvoir discrétionnaire en question.

[37] Le savant juge a ensuite conclu qu’il avait été satisfait à la condition préliminaire. Pour les motifs

that follow, we find that the Chief Military Judge erred in concluding first, that the threshold showing had been met and second, that the DMP's conduct amounted to an abuse of process.

[38] In our view, the Chief Military Judge erred in finding that the applicant's request for justification for proceeding before the military courts received no response. According to the record, the DMP responded to this first request and was unwilling to have the matter transferred based on the timeliness of the request, the efficient use of court resources and the expeditious resolution of the charges (E-mail correspondence, Appeal Book, Vol. II, at page 304). When receiving a request to transfer a matter to the civilian authorities, the DMP is under no obligation to respond favourably.

[39] The e-mail requesting disclosure of information governing the decision was sent on June 5, 2012. The DMP reviewed the request and denied it on the grounds that the decision to prefer charges fell within the core of prosecutorial discretion and that certain information was covered by work-product privilege, Crown immunity and solicitor-client privilege (Appeal Book, Vol. II, at page 305). Before this Court, the respondent did not challenge these claims of privilege. Further, on that same day, the DMP did provide further information into the rationale behind his decision to continue with the proceedings (Appeal Book, Vol. II, at page 304).

[40] Lastly, the alleged failure to comply with the Chief Military Judge's reasoning in *Wehmeier 2* is not a proper basis upon which to determine if the preliminary threshold has been met, nor is it evidence of arbitrariness on the part of the DMP. The DMP relied on the previous rulings that, on June 1, 2012, the Chief Military Judge found that the respondent was subject to the CSD and on June 5, 2012, he concluded that paragraphs 60(1)(f) and 61(1)(b) of the NDA were constitutional and dismissed the second application. In light of these findings, the DMP's decision to continue with the proceedings cannot be said to be

exposés ci-dessous, nous concluons que le juge militaire en chef a commis une erreur en concluant, d'abord, que la condition préliminaire avait été établie et, en deuxième lieu, que la conduite du DPM constituait un abus de procédure.

[38] À notre avis, le juge militaire en chef a commis une erreur en concluant que l'intimé n'avait pas obtenu de réponse à sa demande d'explications au sujet de l'introduction de procédures devant les tribunaux militaires. Selon le dossier, le DPM a répondu à cette première demande et n'était pas disposé à renvoyer le dossier pour des raisons liées au caractère tardif de la demande, à l'utilisation judicieuse des ressources des tribunaux et au règlement rapide des accusations (correspondance par courriel, dossier d'appel, vol. II, à la page 304). Lorsqu'il reçoit une demande de renvoi d'un dossier aux autorités civiles, le DPM n'est nullement tenu de répondre favorablement.

[39] Le courriel visant à obtenir communication des renseignements à l'appui de la décision a été envoyé le 5 juin 2012. Le DPM a pris connaissance de la demande de renseignements et l'a rejetée, soutenant que la décision de porter des accusations relevait du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites et que certains renseignements étaient visés par le privilège relatif au produit du travail de l'avocat, par l'immunité de la Couronne et par le secret professionnel de l'avocat (dossier d'appel, vol. II, à la page 305). L'intimé n'a pas contesté ces privilèges devant la Cour d'appel de la cour martiale. Qui plus est, le même jour, le DPM a fourni d'autres renseignements au sujet des raisons motivant sa décision de poursuivre les procédures (dossier d'appel, vol. II, à la page 304).

[40] En dernier lieu, ne constitue pas un fondement suffisant pour déterminer si la condition préliminaire a été établie — ni une preuve du caractère arbitraire de la conduite du DPM — la thèse selon laquelle le raisonnement exposé par le juge militaire en chef dans le jugement *Wehmeier 2* n'aurait pas été suivi. Le DPM a fondé sa décision sur celle du 1^{er} juin 2012 par laquelle le juge militaire en chef avait conclu que l'intimé était justiciable du CDM et sur celle du 5 juin 2012 par laquelle le même juge avait conclu que les alinéas 60(1)(f) et 61(1)(b) de la LDN étaient constitutionnels et a rejeté la

arbitrary so as to warrant further inquiry into the exercise of prosecutorial discretion.

[41] It appears that the abuse of process claimed by the respondent stems from the DPM's denial to transfer the matter to civilian authorities and the dissatisfaction with the reasons provided for such refusal. The failure to grant the respondent's request and the alleged failure to comply with the reasoning of a previous motion do not amount to the preliminary threshold showing warranting further judicial review. On the record before us and in the context of this preliminary motion, there was nothing improper in the considerations relied on by the DPM in making his decision to continue the proceedings.

[42] Even if our finding on the preliminary threshold showing is incorrect, in this case, there is no evidence to support a finding of abuse of process.

[43] In our view, the Chief Military Judge erred in reaching the conclusion that the DPM could have provided some explanation and chose not to do it. He failed to consider that "[t]here is no freestanding principle of fundamental justice requiring that the Crown justify the exercise of its discretion to the trial court" (*R. v. Gill*, 2012 ONCA 607 (*Gill*) at paragraph 75). The DPM did not have a constitutional obligation to provide reasons for his decision (*Gill* at paragraph 77).

[44] The Chief Military Judge's rationale was that this prosecution should not have continued because it was contrary to the purpose and objective of Parliament as he had articulated in *Wehmeier 2*. With respect, the continuation of the proceedings after the decision in *Wehmeier 2* is not evidence of prosecutorial misconduct or flagrant impropriety. The factual circumstances that supported the decision to prosecute had not fundamentally changed. The Chief Military Judge could not rely on his prior conclusion in *Wehmeier 2* to establish an abuse of process on the motion before him. In these circumstances,

deuxième demande. Eu égard à ces conclusions, il n'y a pas lieu de dire que la décision du DPM de continuer les procédures était arbitraire de façon à justifier un examen plus poussé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[41] Il semble que l'abus de procédure invoqué par l'intimé découle du refus par le DPM de renvoyer le dossier aux autorités civiles et de l'insatisfaction de l'intimé à l'égard des motifs éayant ce refus. La décision de ne pas faire droit à la demande de l'intimé et de s'écarter apparemment du raisonnement énoncé dans une décision tranchant une requête précédente ne suffit pas, suivant la condition préliminaire, pour qu'un contrôle judiciaire plus poussé soit justifié. Au vu du dossier dont nous sommes saisis et du contexte de la présente requête préliminaire, les facteurs que le DPM a invoqués au soutien de sa décision de continuer les procédures n'étaient nullement injustifiés.

[42] Même si notre conclusion au sujet de l'établissement de la condition préliminaire est erronée, dans la présente affaire, il n'y a aucun élément de preuve appuyant une conclusion d'abus de procédure.

[43] À notre avis, le juge militaire en chef a commis une erreur en concluant que le DPM aurait pu donner une certaine explication, mais a décidé de ne pas le faire. Il n'a pas tenu compte du fait qu'[TRADUCTION] « il n'existe aucun principe de justice fondamentale obligeant la Couronne à justifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire devant le tribunal de première instance » (*R. c. Gill*, 2012 ONCA 607 (*Gill*), au paragraphe 75). Le DPM n'avait aucune obligation constitutionnelle de motiver sa décision (*Gill*, au paragraphe 77).

[44] De l'avis du juge militaire en chef, il aurait fallu mettre fin à la poursuite en l'espèce, parce qu'elle allait à l'encontre de l'objectif législatif qu'il avait articulé dans sa décision *Wehmeier 2*. Or, la poursuite des procédures après la décision *Wehmeier 2* ne démontre pas une conduite répréhensible flagrante de la part de la poursuite. Les circonstances factuelles qui appuyaient la décision de poursuivre n'avaient pas changé de façon fondamentale. Le juge militaire en chef ne pouvait invoquer sa conclusion antérieure dans la décision *Wehmeier 2* pour conclure à un abus de procédure dans la requête

there is no evidence of prosecutorial misconduct, flagrant impropriety, or malicious prosecution on behalf of the DMP. The state has not “engaged in conduct that is offensive to societal notions of fair play and decency” so that “proceeding with a trial in the face of that conduct would be harmful to the integrity of the justice system” (*Babos*, above, at paragraph 35).

[45] As a result, the Chief Military Judge’s conclusion that there had been an abuse of process in the exercise of the DMP’s prosecutorial discretion cannot stand. But that is not the end of the matter, for even if the DMP was entitled to proceed as he did, it does not follow that the resulting proceedings were consistent with the principles of fundamental justice.

B. Are the proceedings against the respondent before the Standing Court Martial a breach of his rights not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice as provided in section 7 of the Charter?

[46] Before attending to the substance of the respondent’s application, it is useful to deal with a preliminary question which arises from the manner in which this matter has come before this Court.

[47] In Mr. Wehmeier’s Notice of Application for a stay of proceedings, he identified the DMP’s decision to prefer charges as the offending state action giving rise to a section 7 violation. However, the substance of his arguments regarding both arbitrariness and gross disproportionality attacked the constitutionality of the proceedings themselves and not simply the conduct of the DMP (Appeal Book, Vol. II, at pages 205 to 209). This conflation of these two legal doctrines appears to be based in Mr. Wehmeier’s stated view that abuse of process and section 7 “have essentially been merged” (Appeal Book, Vol. II, at page 186). The prosecution then overwhelmingly concentrated its submissions on the abuse of process aspect of the application, and took the position that the challenge to the regularity of the proceedings before the Standing Court Martial was, in substance, an attack on the exercise of prosecutorial

dont il était saisi. Dans la présente affaire, il n’y a aucune preuve de conduite répréhensible flagrante ou de poursuite malveillante de la part du DPM. L’État n’a pas « adopté une conduite choquant le sens du franc-jeu et de la décence de la société » de sorte que la « tenue d’un procès malgré cette conduite serait préjudiciable à l’intégrité du système de justice » (*Babos*, précité, au paragraphe 35).

[45] En conséquence, la conclusion du juge militaire en chef selon laquelle il y a eu abus de procédure dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du DPM en matière de poursuites ne peut être confirmée. Cependant, l’analyse ne s’arrête pas là, car même si le DPM avait le droit d’agir comme il l’a fait, il ne s’ensuit pas pour autant que les procédures découlant de l’exercice de ce droit étaient conformes aux principes de justice fondamentale.

B. Les procédures engagées contre l’intimé devant la cour martiale permanente portent-elles atteinte au droit de celui-ci de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, ainsi que le prévoit l’article 7 de la Charte?

[46] Avant d’analyser la demande de l’intimé au fond, il convient d’examiner une question préliminaire qui découle de la façon dont la Cour d’appel de la cour martiale a été saisie de la présente affaire.

[47] Dans son avis de demande de suspension des procédures, M. Wehmeier a précisé que la mesure répréhensible de l’État donnant lieu à une violation de l’article 7 était la décision du DPM de porter des accusations. Cependant, ses arguments concernant le caractère arbitraire et les effets exagérément disproportionnés portaient essentiellement sur la constitutionnalité des procédures elles-mêmes et non simplement sur la conduite du DPM (dossier d’appel, vol. II, à la page 205 à 209). Cette confusion entre ces deux théories juridiques semble reposer sur l’opinion de M. Wehmeier selon laquelle les arguments relatifs à l’abus de procédure et à l’article 7 [traduction] « ont été fusionnés pour l’essentiel » (dossier d’appel, vol. II, à la page 186). La poursuite a alors axé ses arguments principalement sur l’aspect de la demande concernant l’abus de procédure et a fait valoir que la contestation de la régularité des procédures devant la cour martiale permanente

discretion. It appears that the Chief Military Judge accepted this characterization of the issue.

[48] In our view, this approach discloses a misconception of the remedies available to the respondent. It is true that an act of prosecutorial discretion that results in an abuse of process can amount to a breach of a defendant's rights under section 7 of the Charter (*Nixon*, above, at paragraphs 1 to 5). However, it does not follow that every section 7 challenge to proceedings that flow from a prosecutor's decision must be founded on abuse of process. Prosecutorial decisions made in good faith may result in proceedings which are nonetheless constitutionally flawed. It cannot be the case that a respondent is unable to challenge those proceedings on substantive grounds simply because the prosecutor's exercise of his discretion in initiating those proceedings is beyond reproach.

[49] An example may make the point clearer. A prosecutor decides to bring a matter to trial outside the time frame contemplated by the jurisprudence on the right to a trial within a reasonable time as guaranteed by section 11 of the Charter. The prosecutor is of the view that the circumstances of the case are such that the delay either does not impair the accused's right or that the delay is due solely to the conduct of the accused himself. At trial, the defence challenges the prosecutor's exercise of his discretion, alleging abuse of process. The trial judge hears the evidence and decides that the prosecutors' discretion to proceed with the matter was properly exercised. It cannot be seriously contended that the defence would then be precluded from arguing the merits of the section 11 challenge to the proceedings. The principle of prosecutorial discretion cannot shelter the fruit of the exercise of that discretion from review on substantive grounds.

[50] In our view, the respondent's argument was not addressed and was improperly subsumed under the heading

était essentiellement une contestation visant l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il semble que le juge militaire en chef ait accepté cette description de la question en litige.

[48] À notre avis, cette approche traduit une conception erronée des recours dont l'intimé dispose. Il est vrai qu'un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et donnant lieu à un abus de procédure peut constituer une atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte reconnaît au défendeur (*Nixon*, précité, aux paragraphes 1 à 5). Cependant, cela ne signifie pas pour autant que chaque recours visant à contester, au titre de l'article 7, des procédures découlant d'une décision du procureur de la poursuite doit être fondé sur un abus de procédure. Il peut arriver que les décisions de la poursuite qui sont prises de bonne foi donnent lieu à des procédures qui sont néanmoins viciées sur le plan constitutionnel. Un défendeur ne saurait être privé de la possibilité de contester ces procédures pour des motifs axés sur le fond simplement parce que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la poursuite lors du dépôt des procédures en question est irréprochable.

[49] Je m'explique. Un procureur de la poursuite décide de procéder à l'instruction d'une affaire en dehors du délai prévu par la jurisprudence concernant le droit d'être jugé dans un délai raisonnable prévu à l'article 11 de la Charte. Le procureur de la poursuite estime que les circonstances de l'affaire sont telles que le délai ne porte pas atteinte au droit de l'accusé ou qu'il est imputable uniquement à la conduite de celui-ci. Au procès, la défense conteste l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur de la poursuite, soutenant qu'il s'agit d'un abus de procédure. Le juge du procès entend la preuve et conclut que le procureur de la poursuite a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en décidant de procéder à la tenue du procès. Nul ne peut prétendre que la défense serait empêchée pour autant de contester les procédures en se fondant sur l'article 11. La décision prise en l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne saurait être à l'abri d'un contrôle axé sur le fond du seul fait qu'elle est le fruit de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[50] À notre avis, l'argument de l'intimé n'a pas été analysé et a été englobé à tort dans l'examen du pouvoir

of prosecutorial discretion. We believe that the interests of justice militate in favour of this Court deciding the issue rather than sending it back to the Chief Military Judge for his consideration. The events giving rise to the charges against the respondent occurred in 2011. It is in the respondent's interest as well as in the interests of justice to decide this question expeditiously so that if the matter is to proceed, it may do so without further delay.

[51] The respondent says that the proceedings against him engage his liberty interest under section 7 of the Charter because they expose him to the risk of imprisonment. We do not believe that this is particularly contentious and do not intend to say anymore about it.

[52] The respondent then relies upon the authority of *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 (*PHS*) for the proposition that the application of a law is not in accordance with the principles of fundamental justice if it is arbitrary or disproportionate in its effects (*PHS* at paragraphs 129 to 132).

[53] The respondent says that the proceedings against him before the Standing Court Martial are arbitrary because they have no connection with the objectives which Parliament had when it enacted the provisions making certain civilians subject to the CSD. The respondent relies upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Chaoulli v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 791, at paragraph 131 where the Court wrote:

In order not to be arbitrary, the limit on life, liberty and security requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The onus of showing lack of connection in this sense rests with the claimant. The question in every case is whether the measure is arbitrary in the sense of bearing no real relation to the goal and hence being manifestly unfair. The more serious the impingement on the person's liberty and security, the more clear must be the connection. Where the individual's very life may be at stake, the reasonable person would expect a clear connection, in theory and in fact, between the measure that puts life at risk and the legislative goals.

discrétionnaire en matière de poursuites. Selon nous, les intérêts de la justice militent en faveur de la détermination de la question par la Cour d'appel de la cour martiale plutôt que d'un renvoi au juge militaire en chef pour nouvel examen. Les faits ayant donné lieu aux accusations portées contre l'intimé sont survenus en 2011. Il est autant dans l'intérêt de l'intimé que dans celui de la justice que cette question soit tranchée rapidement afin que l'affaire puisse se poursuivre sans délai supplémentaire, le cas échéant.

[51] L'intimé affirme que les procédures engagées contre lui mettent en jeu le droit à la liberté que lui garantit l'article 7 de la Charte, parce qu'elles l'exposent au risque d'emprisonnement. Nous ne croyons pas que cette question soit particulièrement litigieuse et nous n'avons pas l'intention de nous y attarder davantage.

[52] L'intimé invoque l'arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 (*PHS*), pour soutenir que l'application d'une loi n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale lorsqu'elle est arbitraire ou que ses effets sont exagérément disproportionnés (*PHS*, aux paragraphes 129 à 132).

[53] L'intimé affirme que les procédures engagées contre lui devant la cour martiale permanente sont arbitraires, parce qu'elles n'ont aucun lien avec les objectifs que le législateur visait lorsqu'il a édicté les dispositions assujettissant certains civils au CDM. L'intimé invoque l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, au paragraphe 131, où les commentaires suivants sont formulés :

Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Il appartient au demandeur de démontrer l'absence de lien dans ce sens. Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste. Plus l'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair. Lorsque c'est la vie même de quelqu'un qui est compromise, la personne raisonnable s'attendrait à ce qu'il existe, en théorie et en fait, un lien clair entre la mesure qui met la vie en danger et les objectifs du législateur.

[54] As noted earlier in these reasons, in *Wehmeier 2* the Chief Military Judge found that Parliament's objective in enacting paragraphs 60(1)(f) and 61(1)(b) of the NDA was that Canada retain primary jurisdiction over CF members and the persons who accompany them in order to protect their interests and have them tried according to our law and not according to foreign penal law. The provisions subjecting civilians to the CSD were intended to limit the jurisdiction of military courts such that jurisdiction would only be exercised if it was "absolutely essential or in the interests of the civilians themselves that they do so" (*Wehmeier 2*, at paragraph 24).

[55] In his Memorandum of Fact and Law, the respondent reviews the particular needs of military discipline as it relates to accompanying civilians. He summarizes his conclusions at paragraph 51, a summary that we find correctly states Parliament's intent:

The existence of Canadian military jurisdiction would allow the military to ensure the safety of our people abroad by affording it some enforceable control over civilians, help limit the reach of repressive foreign jurisdiction and extend the application of Canadian law and procedures to the civilians in foreign places. In all cases, Parliament's intent was that military jurisdiction would only be exercised over civilians accompanying the forces when it was absolutely necessary or in the best interests of the civilians themselves to do so.

Given that the respondent was repatriated to Canada within 5 days after the occurrence of the alleged offences, it cannot be asserted that his prosecution in the military courts is necessary to protect him from foreign penal jurisdiction.

[56] The Appeal Book contains a letter from the Commander, Canadian Operational Support Command, referring the respondent's file to the DMP. In it, the Commander states that (Appeal Book, Vol. II, at page 310):

due to the serious nature of the alleged offences, the negative impact the alleged threat had on the victim, and the fact that the alleged offences occurred in a deployed

[54] Tel qu'il est mentionné plus haut dans les présents motifs, dans la décision *Wehmeier 2*, le juge militaire en chef a conclu que l'objectif que visait le législateur lorsqu'il a édicté les alinéas 60(1)(f) et 61(1)(b) de la LDN était de veiller à ce que les membres des FC et les personnes qui les accompagnent relèvent au premier chef de la compétence du Canada afin que ces personnes soient protégées et jugées conformément à nos règles de droit et non au droit pénal étranger. Les dispositions assujettissant les civils au CDM visent à restreindre la compétence des tribunaux militaires, qui n'exercent ainsi leur juridiction sur les civils que lorsque cela est « absolument nécessaire ou que les intérêts bien compris des civils l'exigent » (*Wehmeier 2*, au paragraphe 24).

[55] Dans son exposé des faits et du droit, l'intimé passe en revue les besoins spéciaux liés à la discipline militaire en ce qui concerne les civils qui accompagnent les forces armées. Il résume ses conclusions au paragraphe 51 et nous estimons que ce résumé traduit fidèlement l'intention du législateur :

[TRADUCTION] L'existence d'une juridiction militaire canadienne permettrait à l'armée d'assurer la sécurité de nos compatriotes à l'étranger en conférant à celle-ci une forme de contrôle opposable à l'endroit des civils, en restreignant la portée de la justice étrangère répressive et en étendant l'application des règles de droit et procédures canadiennes aux civils se trouvant à l'étranger. Dans tous les cas, le législateur souhaitait que la juridiction militaire soit exercée à l'endroit des civils accompagnant les Forces uniquement dans les cas où cela serait absolument nécessaire ou que les intérêts des civils l'exigent.

Étant donné que l'intimé a été rapatrié dans les cinq jours suivant la perpétration des infractions reprochées, il n'y a pas lieu d'affirmer que la poursuite engagée contre lui devant des tribunaux militaires est nécessaire pour le protéger contre la justice pénale étrangère.

[56] Le dossier d'appel contient une lettre du commandant du Commandement du soutien opérationnel du Canada dans laquelle il est question du dossier de l'intimé. Voici les commentaires que le commandant formule dans cette lettre (dossier d'appel, vol. II, à la page 310) :

[TRADUCTION] vu la gravité des infractions reprochées, les conséquences négatives graves que les menaces alléguées ont eues sur la victime et la perpétration des

setting while the accused was embedded with the CF and involved CF members with whom the accused was co-located, it is in the public interest and in the interest of the CF to proceed with the charges laid within the military justice system.

[57] To the extent that this can be considered the rationale for the prosecution of the respondent within the military justice system, it fails to explain why the considerations that it identifies would not be adequately served by prosecuting the respondent in the civilian criminal justice system. The rationale offered in the letter would be compelling if the respondent were still engaged with the CF and in contact, to a greater or lesser extent, with the victims of the conduct which gave rise to the laying of charges. Given that he is now permanently in Canada and removed from the CF environment, it is not obvious why prosecution before a military as opposed to a civilian court is necessary. In light of the respondent's circumstances, it is not sufficient to simply assert the public interest in having charges laid in the military justice system.

[58] As a result, we are satisfied that the prosecution of the respondent in the military justice system is arbitrary because it lacks any connection with the objectives sought to be achieved by making accompanying civilians subject to the CSD.

[59] The second element that must be shown to support the conclusion that proceedings are not in accordance with the principles of fundamental justice is that they have a disproportionate effect on the individual relative to the state's interest in the proceeding. In this case, the disproportionate effect arises from the respondent's loss of certain procedural rights if tried under the CSD as opposed to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*Criminal Code*). The rights which are not available under the CSD are the right to be tried by judge and jury, the right to have the prosecutor elect to proceed by summary conviction, and the right, if found guilty, to the full range of sentencing options in the *Criminal Code* including conditional sentences, probation and conditional and absolute discharge.

[60] While the rights in question are characterized as procedural, they are nonetheless substantial rights whose

infractions reprochées en contexte de déploiement alors que l'accusé était intégré aux FC et visaient des membres des FC qui vivaient au même endroit que l'accusé, il est dans l'intérêt du public et des FC de saisir la justice militaire des accusations portées.

[57] À supposer que ces commentaires aient été avancés pour justifier la décision de poursuivre l'intimé devant les tribunaux militaires, ils ne permettent pas de comprendre pourquoi un procès civil ne permettrait pas de répondre de manière adéquate aux considérations soulevées. L'explication présentée dans la lettre serait impérieuse si l'intimé était toujours employé par les FC et plus ou moins en contact avec les victimes de la conduite qui a donné lieu au dépôt des accusations. Étant donné qu'il vit maintenant en permanence au Canada et qu'il est éloigné du milieu des FC, la nécessité de le poursuivre devant les tribunaux militaires plutôt que devant les tribunaux civils ne coule pas de source. Compte tenu de la situation de l'intimé, il ne suffit pas de faire valoir simplement l'intérêt public à l'égard du dépôt des accusations dans le système de justice militaire.

[58] En conséquence, nous sommes d'avis que la poursuite de l'intimé devant les tribunaux militaires est arbitraire, parce qu'elle n'a aucun lien avec les objectifs qui étaient visés par la décision d'assujettir les accompagnants civils au CDM.

[59] Pour étayer la conclusion selon laquelle les procédures ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale, il faut également établir qu'elles ont des effets disproportionnés sur la personne comparativement à l'intérêt de l'État lié aux procédures. Dans la présente affaire, les effets disproportionnés découlent du fait que l'intimé perdra certains droits procéduraux s'il est jugé sous le régime du CDM plutôt que du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le *Code criminel*). Le CDM ne prévoit pas le droit d'être jugé devant un juge et un jury, le droit de demander au procureur de la poursuite d'opter pour la procédure sommaire et le droit, si l'intimé est déclaré coupable, à l'ensemble des peines prévues au *Code criminel*, y compris la peine avec sursis, la probation, l'absolution sous conditions et l'absolution inconditionnelle.

[60] Bien que les droits en question soient décrits comme des droits procéduraux, ils sont néanmoins importants. La

loss is liable to result in important differences in the treatment he receives in the military justice system as opposed to the civilian criminal justice system. The question, at this stage, is whether the respondent's loss of these rights can be justified by the state's superior interest in having the respondent tried in the military justice system rather than in the civilian criminal justice system.

[61] It is important to remember that the issue is not whether the respondent should be prosecuted at all but whether the interest in having him tried in the military justice system is proportional to his loss of rights when tried in that system. The only evidence in the record on this point is the letter from the Commander, Canadian Operational Support Command, set out earlier in these reasons. When that letter is examined under this aspect, it is once again insufficient because it fails to address the need for prosecution in the military as opposed to the civilian justice system. In the absence of such a justification, we can only conclude that the effects of prosecuting the respondent in the military justice system are disproportionate. As a result, the respondent's prosecution is a breach of the respondent's right not to be deprived of his liberty except in accordance with the principles of fundamental justice contrary to section 7 of the Charter.

[62] We would point out that the result in this case is a function of the record before the Court. We should not be taken as saying that all prosecutions of civilians before the military courts necessarily result in a breach of their rights under section 7 of the Charter. Each case stands to be decided on its own facts. We would say however that where a civilian makes a section 7 argument based on the loss of procedural rights before the military courts, the onus shifts to the prosecution to justify proceeding before the military courts as opposed to the civilian criminal courts. It will then fall to the court to decide if the state interest in proceeding in the military courts is proportionate to the civilian's loss of procedural rights.

personne qui en est privée est susceptible d'obtenir un traitement au sein du système de justice militaire qui diffère sensiblement de celui que le système civil de justice pénale lui aurait réservé. La question qu'il faut se poser à ce stade-ci est de savoir si la perte de ces droits pour l'intimé peut être justifiée par l'intérêt supérieur de l'État à ce que l'intimé soit traduit devant les tribunaux militaires plutôt que devant les cours ordinaires de juridiction criminelle.

[61] Il est important de rappeler que la question est non pas de savoir si l'intimé devrait ou non être poursuivi, mais plutôt de savoir si l'intérêt lié à l'introduction de poursuites devant les tribunaux militaires est proportionnel à la perte de droits que l'intimé subirait s'il était traduit devant ces tribunaux. Le seul élément de preuve au dossier à ce sujet est la lettre du commandant du Commandement du soutien opérationnel canadien, citée plus haut. Lorsque cette lettre est examinée sous cet angle, elle est encore une fois insuffisante, parce qu'elle n'explique pas la nécessité d'une poursuite devant les tribunaux militaires plutôt que devant les tribunaux civils. À défaut d'une justification de cette nature, nous ne pouvons que conclure que les effets découlant de l'introduction de poursuites contre l'intimé devant les tribunaux militaires sont disproportionnés. En conséquence, la poursuite de l'intimé porte atteinte à son droit de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, lequel droit est garanti à l'article 7 de la Charte.

[62] Nous aimerions souligner que la conclusion tirée en l'espèce est fondée sur le dossier dont était saisie la Cour. Notre conclusion ne signifie pas que toutes les poursuites des civils devant les tribunaux militaires portent nécessairement atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte garantit à ces personnes. Chaque affaire doit être jugée en fonction de ses propres faits. Cependant, nous nous permettons d'ajouter que, lorsqu'un civil invoque un argument fondé sur l'article 7 pour contester la perte de droits procéduraux devant les tribunaux militaires, il appartient à la poursuite de justifier le dépôt d'accusations devant les tribunaux militaires plutôt que devant les tribunaux civils. La Cour aura ensuite pour tâche de décider si l'intérêt de l'État lié à l'introduction de poursuites devant les tribunaux militaires est proportionnel à la perte de droits procéduraux que subit le civil du fait de ces poursuites.

VIII. Remedy

[63] The relief requested by the respondent is a stay of proceedings before the Standing Court Martial. In his decision, the Chief Military Judge ruled that a stay of proceedings was not an appropriate remedy under subsection 24(1) of the Charter as such an extreme remedy could only be granted in the clearest of cases. In addition, in the circumstances of this case, entering a stay of proceedings would preclude the possibility of trial in the civilian criminal courts since a stay of proceedings will support a plea of *autrefois acquit* (*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128). As a result, we concur in the Chief Military Judge's view that the appropriate remedy is a termination without adjudication of the proceedings against the respondent in the Standing Court Martial.

[64] Therefore, the appeal will be dismissed.

VIII. Réparation

[63] La réparation que l'intimé a sollicitée est une suspension des procédures devant la cour martiale permanente. Dans sa décision, le juge militaire en chef a conclu qu'une suspension des procédures n'était pas une réparation convenable pour l'application du paragraphe 24(1) de la Charte, car une mesure aussi extrême ne peut être prise que dans les cas les plus manifestes. De plus, dans les circonstances de la présente affaire, la suspension de procédures empêcherait la tenue d'un procès devant les tribunaux civils, puisque cette suspension justifiera un plaidoyer d'*autrefois acquit* (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128). En conséquence, nous convenons avec le juge militaire en chef que la réparation convenable consiste à mettre fin aux procédures engagées devant la cour martiale permanente sans rendre de décision dans celles-ci.

[64] En conséquence, l'appel sera rejeté.