

R. v. Lui, 2005 CMAC 3

CMAC 482

Trooper N.W. Lui
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen
Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, February 11, 2005.

Judgment: Ottawa, Ontario, March 8, 2005.

Present: Létourneau, Layden-Stevenson and O'Reilly
J.J.A.

On appeal from the legality and the severity of the sentence by a Standing Court Martial held at Fort York Armory, Ontario, on May 26, 2004.

Sentence — Drawing weapon against superior officer — Unauthorized possession of prohibited weapon — Use of insulting language — Military Judge committed errors in principle — Relevant factors omitted, downplayed or over-emphasized — Sentence of imprisonment to be replaced with detention — Duration of weapons prohibition order disproportionate with severity of offence — Prohibition order should not apply to military duties.

The appellant pleaded guilty to charges that resulted from a single incident. The appellant was sentenced to imprisonment for a period of 45 days. An order was issued authorizing the taking of DNA samples. An order of forfeiture and prohibition against the possession of weapons was issued for a period of ten years, which extended to the appellant's military duty.

The appellant was a 20-year old high school student who had been in the Reserve for almost two years, with no criminal or disciplinary record. The victim was a corporal who had a strained work relationship with the appellant. The two men had a verbal altercation which led to the appellant pointing a knife at the corporal. The conflict was broken up by onlookers and the appellant left the scene. He later presented himself to the military police and was arrested. The Military Judge considered aggravating factors such as the nature of the offence, the fact that the weapon was a prohibited weapon, that the appellant was a subordinate and that his response was out of proportion to the verbal insults. The Military Judge also took into account mitigating factors, namely the age of the appellant, the fact that he was a remorseful first offender and a good soldier, the

R. c. Lui, 2005 CACM 3

CMAC 482

Cavalier N.W. Lui
Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine
Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 11 février 2005.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 8 mars 2005.

Devant : Les juges Létourneau, Layden-Stevenson, et
O'Reilly, J.C.A.

Appel de la légalité et de la sévérité de la sentence prononcée par la cour martiale permanente au manège militaire de Fort York (Ontario), le 26 mai 2004.

Sentence — Braquage d'une arme sur un officier de rang supérieur — Possession illégale d'une arme prohibée — Insulte verbale — Erreurs de principe commises par le juge militaire — Facteurs pertinents omis, minimisés ou indûment mis en évidence — Peine d'emprisonnement devant être remplacée par une peine de détention — Durée de l'ordonnance d'interdiction de possession d'armes démesurée par rapport à la gravité de l'infraction — Application inopportune de l'ordonnance d'interdiction aux fonctions militaires.

L'appelant a plaidé coupable aux chefs d'accusation qui découlent d'un seul incident. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 45 jours. Une ordonnance a été rendue afin d'autoriser la prise d'empreintes génétiques. Une ordonnance de confiscation et d'interdiction de possession d'armes a été rendue pour une période de dix ans, laquelle s'étend au service militaire de l'appelant.

L'appelant est un étudiant du secondaire âgé de 20 ans qui était dans la Réserve depuis près de deux ans et qui n'avait aucun dossier criminel ni disciplinaire. La victime est un caporal qui entretenait une relation de travail tendue avec l'appelant. Les deux hommes ont eu une altercation, à la suite de laquelle l'appelant a pointé un couteau vers le caporal. Le conflit a été désamorcé par des témoins, puis l'appelant a quitté la scène. Il s'est ensuite présenté à la police militaire qui l'a arrêté. Le juge militaire a tenu compte des facteurs aggravants tels que la nature de l'infraction, le fait que l'arme était une arme prohibée et le fait que l'appelant était un subalterne et que sa réaction était démesurée par rapport aux insultes verbales. Le juge militaire a également passé en revue les facteurs atténuants, à savoir l'âge de l'appelant, le fait qu'il en était à sa première infraction, qu'il

absence of bodily harm, his voluntary surrender to military police, the verbal insults of which he was victim, his status as a student and the consequences of the sentence in his civilian life. In the end, the Military Judge elected for a sentence to promote deterrence over rehabilitation.

Held: Appeal allowed.

The Military Judge committed errors in principle, omitted to consider relevant factors and over-emphasized or downplayed appropriate factors. Several judicial precedents show that detention has been preferred over imprisonment, even in cases more serious than the present instance, and suggest that, in the case at bar, the principle of parity in sentencing has been overlooked. There are significant differences resulting from the choice of one punishment over the other. Indeed, while imprisonment most likely results in a release from the Canadian Armed Forces, the focus of detention is rehabilitation and training. This means that the career of the detainee is not compromised. The Military Judge put too much emphasis on deterrence at the expense of rehabilitation. Imprisonment is a measure of last resort, especially in the case of a first offender where, as in the present instance, the offence was provoked by the victim and resulted in no injury. The Military Judge over-emphasized the threat posed by the appellant and the question of rank. While the rank of corporal is one rank higher than private, it does not, in terms of insubordination, compare with other cases where the victims were Major, Captain and Master Warrant Officer. While the Military Judge recognized that the victim had provoked the appellant, he underestimated and downplayed that fact as there was evidence of an abuse of authority and intimidation by the corporal. Therefore, based on a review of the judicial precedents and a careful analysis of the circumstances of the incident, including the objective and subjective gravity of the offence, the sentence of imprisonment was replaced with one of detention.

The Military Judge could not and should not legally have imposed a weapons prohibition order for ten years. The duration of the order was abusive and not justified in the circumstances of this case taking into consideration the applicable provisions of the *National Defence Act* and the *Criminal Code*. The imposition of the maximum duration should be reserved for the most serious cases and worst offenders. Nothing in the present case justified the imposition of a discretionary weapons prohibition order for the maximum length of time authorized by the Code. According to *R. v. Jackson*, extending the prohibition to the appellant's military duty without notifying him and giving him the opportunity to present evidence and make submissions was a serious breach of procedural fairness in relation to an important element of the sentence. That part of the order was quashed.

éprouvait des remords, qu'il était un bon soldat, l'absence de blessure corporelle, la reddition volontaire à la police militaire, les insultes verbales dont il a été la cible, son statut d'étudiant et les conséquences de la peine sur sa vie civile. Finalement, le juge militaire a décidé d'infliger une peine favorisant la dissuasion plutôt que la réadaptation.

Arrêt : Appel accueilli.

Le juge militaire a commis des erreurs de principe, omis de tenir compte de certains facteurs pertinents et minimisé ou indûment mis en évidence d'autres facteurs pertinents. Plusieurs précédents judiciaires montrent que la détention est préférable à l'emprisonnement, même dans les cas plus graves qu'en l'espèce, et laissent croire que le principe de la parité des peines n'a pas été pris en compte. Ces deux sanctions présentent des différences significatives. En effet, alors que l'emprisonnement entraîne fort possiblement la libération du membre des Forces armées canadiennes, la détention vise plutôt la réadaptation et la formation de celui-ci. Cela signifie que la carrière du détenu n'est pas compromise. Le juge militaire a accordé trop d'importance à la dissuasion, au détriment de la réadaptation. L'emprisonnement est une mesure de dernier recours, particulièrement dans le cas d'une première infraction qui, comme en l'espèce, a été provoquée par la victime et n'a pas entraîné de blessure. Le juge militaire a accordé trop d'importance à la menace posée par l'appellant et au grade de la victime. Bien que le grade de caporal soit plus élevé que celui de soldat, cela ne se compare pas, sur le plan de l'insubordination, aux cas où les victimes détenaient le grade de major, de capitaine ou d'adjudant-maître. Même si le juge militaire a reconnu que la victime avait provoqué l'appellant, il a sous-estimé et minimisé le fait qu'il s'agissait d'abus de pouvoir et d'intimidation de la part du caporal. Ainsi, après un examen des précédents judiciaires et une analyse minutieuse des circonstances entourant l'incident, y compris la gravité objective et subjective de l'infraction, la peine d'emprisonnement a été remplacée par une peine de détention.

Le juge militaire ne pouvait pas et n'aurait pas dû rendre légalement une ordonnance d'interdiction de possession d'armes pour une période de dix ans. La durée de l'ordonnance était exagérée et injustifiée dans les circonstances de l'espèce, au vu des dispositions applicables de la *Loi sur la défense nationale* et du *Code criminel*. La durée maximale ne devrait être imposée que dans les cas les plus graves et aux délinquants récidivistes. En l'espèce, rien ne permet de justifier l'application d'une ordonnance discrétionnaire d'interdiction de possession d'armes pour la durée maximale autorisée par le Code. Selon l'arrêt *R. c. Jackson*, le fait d'étendre l'interdiction au service militaire de l'appellant sans l'en aviser ni lui donner la possibilité de présenter des éléments de preuve et ses observations constituait un grave manquement à l'équité procédurale par rapport à un élément important de la peine. Cette partie de l'ordonnance a été annulée.

The sentence was substituted to a period of detention for 45 days in place of the 45 days of imprisonment. The duration of the weapons prohibition order was reduced to two years. The weapons prohibition order was also varied as to eliminate its application to the appellant's military duties.

La peine de 45 jours d'emprisonnement a été commuée en peine de détention de même durée. La durée de l'interdiction de possession d'armes a été réduite à deux ans. En outre, l'ordonnance d'interdiction de possession d'armes a été modifiée pour qu'elle ne s'applique plus aux fonctions militaires de l'appelant.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 91(2), 109, 110, 264.1(2), 267(a), 718.2.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 83, 84, 85, 90, 129, 130, 139, 147.1, 148, 156, 165.14, 175, 196.14.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), art. 104.09.

CASES CITED

Du-Lude v. Canada, [2001] 1 F.C. 545, 192 D.L.R. (4th) 714, 264 N.R. 1 (FCA); *R. v. Boland*, 2003 CM 35, 2003 CarswellNat 7205; *R. v. Brown*, 2002 CM 41, 2002 CarswellNat 6567; *R. v. Dixon*, 2005 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 4; *R. v. Gauthier*, 264 N.R. 179, [1998] C.M.A.J. No. 4 (QL); *R. v. Hunter*, 2001 CM 41, 2001 CarswellNat 6793; *R. v. Jackson*, 2003 CMAC 8, 6 C.M.A.R. 325; *R. v. Larocque*, 2001 CMAC 2, 293 N.R. 85; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, 194 N.R. 321; *R. v. Murphy*, 2003 CM 26, 2003 CarswellNat 7195; *R. c. Raymond*, 2001 CM 3, 2001 CarswellNat 6805; *R. v. Solarz*, 2000 CM 41; *R. v. Strybosch*, 2001 CM 16, 2001 CarswellNat 6766; *R. c. Turgeon*, 2003 CM 410; *R. v. Vanson*, 2001 CM 9, 2001 CarswellNat 6752; *R. v. Wilson*, 2003 CM 20, 2003 CarswellNat 7189.

AUTHORS CITED

Drapeau, Michel W. "Canadian Military Law, Sentencing under the National Defence Act: Perspectives and Musings of a former soldier" (2003), 82 *Can. Bar Rev.* 391.
 Lamer, Right Honourable Antonio. "The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35". Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003 (online: <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-eng.pdf>).

LOIS ET RÈGLEMENT CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 91(2), 109, 110, 264.1(2), 267a), 718.2.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 83, 84, 85, 90, 129, 130, 139, 147.1, 148, 156, 165.14, 175, 196.14.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 104.09.

JURISPRUDENCE CITÉE

Du-Lude c. Canada, [2001] 1 C.F. 545, 192 D.L.R. (4^e) 714, 264 N.R. 1 (CAF); *R. c. Boland*, 2003 CM 35, 2003 CarswellNat 7205; *R. c. Brown*, 2002 CM 41, 2002 CarswellNat 6567; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4; *R. c. Gauthier*, 264 N.R. 179, [1998] A.C.A.C. n° 4 (QL); *R. c. Hunter*, 2001 CM 41, 2001 CarswellNat 6793; *R. c. Jackson*, 2003 CACM 8, 6 C.A.C.M. 325; *R. c. Larocque*, 2001 CACM 2, 293 N.R. 85; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, 194 N.R. 321; *R. c. Murphy*, 2003 CM 26, 2003 CarswellNat 7195; *R. c. Raymond*, 2001 CM 3, 2001 CarswellNat 6805; *R. c. Solarz*, 2000 CM 41; *R. c. Strybosch*, 2001 CM 16, 2001 CarswellNat 6766; *R. c. Turgeon*, 2003 CM 410; *R. c. Vanson*, 2001 CM 9, 2001 CarswellNat 6752; *R. c. Wilson*, 2003 CM 20, 2003 CarswellNat 7189.

DOCTRINE CITÉE

Drapeau, Michel W. « Canadian Military Law, Sentencing under the National Defence Act: Perspectives and Musings of a former soldier » (2003), 82 *R. du B. can.* 391.
 Lamer, le très honorable Antonio. « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 ». Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003 (en ligne : <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-fra.pdf>).

COUNSEL

*Lieutenant-Colonel J.M. Dugas, for the appellant.
Lieutenant-Commander C.J. Deschênes, for the
respondent.*

*The following are the reasons for judgment delivered
in English by*

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Trooper Lui (the appellant) seeks leave to appeal against his sentence and appeals against both the legality and the severity of the sentence. He pleaded guilty before a Standing Court Martial to the following charges:

- (a) on or about August 5, 2003, drew a weapon against a superior officer, i.e. Corporal Hillar, contrary to section 84 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act);
- (b) on or about August 5, 2003, unauthorized possession of a prohibited weapon contrary to section 130 of the Act and subsection 91(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (Code); and
- (c) on or about August 5, 2003, used insulting language to a superior officer, i.e. Corporal Hillar, contrary to section 85 of the Act.

[2] All the charges resulted from a single incident. The appellant was sentenced to imprisonment for a period of 45 days. In addition, an order was issued pursuant to section 196.14 of the Act authorizing the taking of DNA samples. Moreover, an order of forfeiture of any firearm, cross-bow, prohibited weapon, restricted weapon, prohibited device, ammunition, prohibited ammunition, or explosive device in actual possession of the appellant was issued along with a prohibition order against the possession of any such items for a period of ten years. Finally, the Military Judge extended the prohibition against possession of weapons to the appellant's military duty which, for all practical purposes, made his release from the Canadian Forces inevitable.

AVOCATS

*Lieutenant-colonel J.M. Dugas, pour l'appellant.
Capitaine de corvette C.J. Deschênes, pour
l'intimée.*

*Ce qui suit est la version française des motifs du juge-
ment prononcés par*

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Le cavalier Lui (l'appellant) sollicite l'autorisation d'appeler de sa sentence et interjette appel à la fois contre la légalité et contre la sévérité de sa peine. Il a plaidé coupable devant une Cour martiale permanente aux accusations suivantes :

- a) le ou vers le 5 août 2003, a menacé d'une arme un supérieur, en l'occurrence le caporal Hillar, contrairement à l'article 84 de la *Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi);
- b) le ou vers le 5 août 2003, a eu en sa possession, sans autorisation, une arme prohibée contrairement à l'article 130 de la Loi et au paragraphe 91(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le Code);
- c) le ou vers le 5 août 2003, a insulté verbalement un supérieur, en l'occurrence le caporal Hillar, contrairement à l'article 85 de la Loi.

[2] Toutes ces accusations découlent d'un seul incident. L'appellant a été condamné à l'emprisonnement pour une période de 45 jours. En outre, la Cour martiale a délivré, conformément à l'article 196.14 de la Loi, une ordonnance autorisant la prise d'empreintes génétiques. Celle-ci a également rendu une ordonnance de confiscation des armes à feu, arbalètes, armes prohibées, armes à autorisation restreinte, dispositifs prohibés, munitions, munitions prohibées et substances explosives se trouvant en la possession de l'appellant, ainsi qu'une ordonnance lui interdisant la possession de tout objet de ce genre pour une période de dix ans. Enfin, le juge militaire a étendu l'interdiction de la possession d'armes aux fonctions militaires de l'appellant, ce qui, à toutes fins pratiques, rendait inévitable sa libération des Forces canadiennes.

I. Facts and procedure

[3] At the time of the commission of the offences, the appellant was 20 years of age, with no criminal or disciplinary record. He was a high school student who had been in the reserve for almost two years. By the time he appeared before the military court on May 26, 2004 for trial, almost ten months after the date the offences were committed, he was a student at the University of Toronto with a view to becoming an English teacher: see his testimony, Appeal Book, at page 20.

[4] I reproduce the agreed statement of circumstances that was read in the record of the Standing Court Martial:

On 5 August 2003, at approximately 0900 hours, T51 841 326 Private Lui, the accused, and A16 739 978 Corporal Hillar, were located in A Company's stores at Land Forces Central Area Training Centre in Meaford, Ontario.

There was a dispute between the accused on one hand and Corporals Hillar and Bahbah on the other regarding the use of a truck.

During that dispute Corporal Hillar told the accused to, "Fuck off", to which the accused stated, "Fuck you Hillar", while pointing his finger at Corporal Hillar. Corporal Hillar replied, "Don't you fuckin'" and slapped the accused's finger away. The accused replied, "Did you just fucking hit me?" To which Corporal Hillar responded, "Oh fuck you". The accused stated, "Yeah, well fuck you old man", then removed a seven-inch folding knife from a right-side pocket, rapidly unfolded the blade, and pointed it toward Corporal Hillar.

After a short verbal exchange, the conflict was broken up by several onlookers and the accused left the immediate area. Corporal Hillar found a stick leaning on a cabinet, walked in the direction of the accused – that the accused had left, and snapped the stick on the ground. While shouting he proceeded to kick a counter several times. He was blocked from further progress and the incident was then defused.

At 0950 hours, the accused presented himself at the LFCA TC Military Police Detachment. The accused was arrested and searched incident to arrest. The search revealed that

I. Les faits et la procédure

[3] Au moment de la perpétration des infractions, l'appelant avait 20 ans et n'avait aucun dossier disciplinaire ou criminel. C'était un étudiant d'une école secondaire qui était membre de la Réserve depuis presque deux ans. Lorsqu'il a comparu devant le tribunal militaire le 26 mai 2004 pour subir son procès, près de dix mois s'étaient écoulés depuis la date des infractions; il étudiait à l'Université de Toronto dans le but de devenir professeur d'anglais : voir son témoignage, dossier d'appel, page 20.

[4] Je reproduis l'énoncé conjoint des faits qui a été versé au dossier de la Cour martiale permanente :

[TRADUCTION] Le 5 août 2003, vers 0900 heures, le soldat Lui matricule T51 841 326, l'accusé, et le caporal Hillar matricule A16 739 978, se trouvaient dans le quartier maître de la compagnie A du Centre d'instruction du Secteur du Centre de la Force terrestre à Meaford (Ontario).

Il y a eu une dispute entre l'accusé d'une part et les caporaux Hillar et Bahbah de l'autre au sujet de l'utilisation d'un camion.

Au cours de cette dispute, le caporal Hillar a dit à l'accusé d'aller se faire foutre, à quoi l'accusé a répondu, « Va te faire foutre toi-même, Hillar », tout en pointant de son index le caporal Hillar. Le caporal Hillar a répliqué : « Je vais t'apprendre à... » et repoussa de la main le doigt de l'accusé. L'accusé répondit : « Tu m'as frappé? », ce à quoi le caporal répondit : « Oh, va te faire foutre ». L'accusé a déclaré : « Ah oui, eh bien, va te faire foutre vieillard ». Il a ensuite tiré de sa poche droite un couteau à cran d'arrêt de sept pouces, a rapidement ouvert la lame et l'a pointée vers le caporal Hillar.

Après un court échange verbal, des personnes qui assistaient à la scène ont mis fin à l'incident et l'accusé a quitté les lieux. Le caporal Hillar a trouvé un bâton qui était appuyé sur un meuble, il a marché vers le lieu où s'était trouvé l'accusé — l'accusé l'avait déjà quitté, et a donné un coup de bâton par terre, le brisant net. Tout en criant, il a donné plusieurs coups de pied à un comptoir. On l'a empêché de continuer et l'incident s'est terminé.

À 0950 heures, l'accusé s'est présenté de sa propre initiative au détachement de la police militaire du CI du SCFT. L'accusé a été arrêté et fouillé à l'occasion de son

the accused was in possession of the knife that had been pointed at Corporal Hillar.

The folding knife in question was seven inches long with blade extended. The blade was capable of opening automatically by centrifugal force through a rapid motion with the hand.

[5] The evidence reveals that the victim was an old corporal who had a strained work relationship with the appellant. There was considerable tension between the two of them and the appellant tried to avoid Corporal Hillar as much as he could. According to the appellant's uncontradicted testimony, Corporal Hillar showed contempt towards the appellant and made disparaging remarks about him: his testimony, Appeal Book, at page 21. Here is, in his own words, how he described the situation:

Q. How was he behaving specifically towards you?

A. Towards me specifically he would make random disparaging remarks about me. When I arrived at LFCA Meaford, my right leg was in a cast as I had previously broken my right fibula on a tasking at Wainwright just a few months prior. I had a 10-centimetre plate installed on the bone to support about six screws and when I arrived at Meaford I had to undergo physiotherapy after the cast was removed and sometimes he would make comments such as, Oh, if you're not careful, I'll break your other leg too, or, I'll break it again. Whether he was joking or not, it certainly didn't make me feel very comfortable as I was in quite a bit of pain generally, especially with the physiotherapy, as it was a very painful experience to undergo, especially while trying to perform my day-to-day duties and comments like that, he would almost go out of his way to just jab at me, would probably be the best way to describe it, sir. [Emphasis added.]

[6] A few weeks before the incident, Corporal Hillar came up to the appellant and they had a conversation. The appellant tried to ease the tension between the two, but to no avail. Corporal Hillar saw the appellant as one of those "young guys [who] don't show any respect": his testimony, Appeal Book, at page 22.

arrestation. La fouille a permis de constater que l'accusé se trouvait en possession du couteau qui avait été brandi vers le caporal Hillar.

Le couteau pliant en question avait sept pouces de long, la lame sortie. La lame s'ouvre automatiquement par la force centrifuge, si l'on effectue un geste rapide de la main.

[5] La preuve révèle que la victime était un caporal âgé qui entretenait des relations de travail difficiles avec l'appellant. Il y avait beaucoup de tension entre ces deux hommes et l'appellant essayait d'éviter le plus possible le caporal Hillar. D'après le témoignage non contredit de l'appellant, le caporal Hillar manifestait du mépris à l'endroit de l'appellant et faisait des remarques désobligeantes à son sujet : dossier d'appel, à la page 21. Voici, en ses propres termes, la façon dont il a décrit la situation :

[TRADUCTION]

Q. Comment se comportait-il envers vous?

A. Envers moi, il me faisait constamment des remarques désobligeantes. Lorsque je suis arrivé au CIFT de Meaford, j'avais la jambe droite dans le plâtre parce que je m'étais cassé le péroné droit quelques mois auparavant lorsque je travaillais à Wainwright. On avait posé une plaque de 10 centimètres sur l'os, de façon à supporter quelque six vis, et lorsque je suis arrivé à Meaford, j'ai dû faire de la physiothérapie après que l'on m'ait retiré le plâtre et il lui arrivait de faire des commentaires du genre : Oh, si tu ne fais pas attention, je vais te casser l'autre jambe ou Je vais te la recasser. Je ne sais pas s'il blaguait ou non, mais je n'aimais pas beaucoup ce genre de remarques parce que, en général, je souffrais pas mal, en particulier à cause de la physiothérapie; c'était une chose très difficile à vivre, en particulier en essayant d'accomplir mes fonctions quotidiennes avec des commentaires de ce genre; il faisait pratiquement exprès de me piquer. C'est, je crois, la meilleure façon de décrire son attitude, monsieur. [Je souligne]

[6] Quelques semaines avant l'incident, le caporal Hillar s'est approché de l'appellant pour lui parler. L'appellant a essayé d'arranger les choses, mais en vain. Le caporal Hillar considérait que l'appellant était un de ces « jeunes qui ne démontrent pas de respect » : dossier d'appel, à la p. 22.

[7] The appellant admitted that he got angry at the scene of the incident after the verbal abuse, provocation and assault on him by Corporal Hillar. Yet, immediately after the incident, he regretted it. He reported to military police where he was arrested, searched and detained for five to seven hours in a cell. I cannot but wonder why the appellant who himself went to the military police and volunteered his account of the facts had to be arrested and detained for seven hours. It should be remembered that the military police force possesses the statutory power to arrest without warrant (article 156 of the Act), but operates under a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) duty not to do so where it believes, on reasonable grounds, that the public interest may be satisfied without arresting the person: *R. v. Gauthier* (1998), 264 N.R. 179 (CMAC), at paragraphs 22 to 29; *R. v. Larocque*, 2001 CMAC 2, at paragraph 13. Failure to comply with this Charter duty makes the police liable to pay damages: see the case of *Du-Lude v. Canada*, [2001] 1 F.C. 545 (FCA), September 7, 2000, where an award of \$10,000 was made to a soldier who had been the victim of an abusive and unlawful arrest and detention by the military police.

[8] The appellant had his knife for two years and used it at work in the Forces. He had bought it at the House of Knives, at the Eaton Centre in Toronto. It was on display in a glass cabinet. It opened by flicking the wrist. It was described as a switchblade. He did not know that it was a prohibited weapon. He learned this from the military police when he was arrested and searched: his testimony, Appeal Book, at page 25.

II. The decision of the Military Judge

[9] The Military Judge reviewed the principles governing sentencing, including in the military context the maintenance of discipline. He reminded the appellant that, under the penal military justice system, a person found guilty of more than one offence will receive only one sentence although that sentence may consist of more than one punishment: his testimony, Appeal Book, at page 44; see also sections 139 and 148 of the Act. This

[7] L'appelant a admis s'être mis en colère sur les lieux de l'incident après l'agression verbale, la provocation et les voies de fait que le caporal Hillar avait commises à son endroit. Pourtant, immédiatement après l'incident, il a regretté sa conduite. Il s'est présenté à la police militaire, il a été arrêté, fouillé et détenu pendant cinq à sept heures dans une cellule. Je ne peux m'empêcher de me demander pourquoi il était nécessaire de l'arrêter et de le détenir pendant sept heures, alors qu'il s'était présenté de lui-même à la police militaire et avait, de sa propre initiative, fourni sa version des faits. Il y a lieu de rappeler qu'un policier militaire a, aux termes de la Loi, le pouvoir de procéder à des arrestations sans mandat (article 156 de la Loi), mais que, selon la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), il ne doit pas le faire s'il a des motifs raisonnables de croire que l'intérêt public peut être sauvegardé sans qu'il soit procédé à l'arrestation : *R. c. Gauthier* (1998), 264 N.R. 179 (CACM), aux paragraphes 22 à 29; *R. v. Larocque*, 2001 CACM 2, au paragraphe 13. L'omission de respecter l'obligation imposée par la Charte peut amener le policier à être condamné à verser des dommages-intérêts : voir l'affaire *Du-Lude c. Canada*, [2001] 1 C.F. 545 (CAF), 7 septembre 2000, dans laquelle la Cour a accordé 10 000 \$ à un soldat qui avait été victime d'une arrestation et d'une détention abusives et illégales par la police militaire.

[8] L'appelant avait ce couteau depuis deux ans et il l'utilisait pour travailler dans les forces armées. Il l'avait acheté à la House of Knives du Centre Eaton, à Toronto. Il était exposé dans un présentoir vitré. Il pouvait s'ouvrir par geste du poignet. On a décrit le couteau comme un couteau à cran d'arrêt. Il ne savait pas que c'était une arme prohibée. Il a appris ce fait de la police militaire au moment où il a été arrêté et fouillé : dossier d'appel, à la page 25.

II. La décision du juge militaire

[9] Le juge militaire a analysé les principes régissant la détermination de la peine, y compris le maintien de la discipline dans le contexte militaire. Il a rappelé à l'appelant que, dans le système de justice pénale militaire, la personne déclarée coupable de plus d'une infraction fait l'objet d'une seule peine, même si cette peine peut comprendre plusieurs sanctions : dossier d'appel, à la page 44; voir également les articles 139 et 148 de la

is a peculiarity of the penal military justice system that creates, at the level of sentencing, operational difficulties when one or more convictions are set aside. In such circumstances, it is simply impossible to know the impact and influence that these convictions had on the nature and length of the sentence imposed by the Military Judge: see *R. v. Larocque*, above, at paragraph 59.

[10] The Judge considered as aggravating factors the nature of the offence that he described as very serious because of the immediate threat of serious harm. The fact that the weapon was a prohibited weapon, that the appellant was a subordinate and that his response to Corporal Hillar was “out of proportion to the verbal insults that preceded it” were also seen as aggravating factors that justified incarceration and the making of a DNA order: his testimony, Appeal Book, at page 45.

[11] The Judge took into account “several mitigating factors”, namely the age of the appellant, the fact that he was a remorseful first offender and a good soldier, the absence of bodily harm, his voluntary surrender to military police after the incident, the verbal insults of which he was victim, his status as a student and the consequences of the sentence in his civilian life: his testimony, Appeal Book, at page 46. In the end, he elected deterrence over rehabilitation.

[12] As for the weapons prohibition order, the Judge appears to have been of the view that if the case had been prosecuted in the civilian courts, the prohibition order would have been mandatory under the terms of section 109 of the Code. As he had been informed that the appellant would be released from the Forces pursuant to administrative proceedings, he extended the weapons prohibition order to the possession of weapons required in the course of the appellant’s duties as a member of the Canadian Forces.

III. The standard of review on appeals against the legality or the severity of sentences

[13] Illegal sentences are reviewable on a standard of correctness. In other words, this Court will intervene to

Loi. C’est une particularité du système de justice pénale militaire qui crée des difficultés pratiques, sur le plan de la détermination de la peine, lorsqu’une ou plusieurs condamnations sont annulées. Dans de telles circonstances, il est tout à fait impossible de savoir quels ont été l’impact et l’influence de ces condamnations sur la nature et la durée de la peine imposée par le juge militaire : voir *Larocque*, précité, au paragraphe 59.

[10] Le juge a considéré que la nature de l’infraction, qui est décrite comme étant très grave étant donné qu’elle comportait une menace immédiate de blessure grave, était un facteur aggravant. Le fait que l’arme ait été une arme prohibée, que l’appelant était un subordonné et que sa réaction à l’attitude du caporal Hillar était « hors de proportion à l’attitude du caporal Hillar était « hors de proportion avec les insultes verbales qui l’avaient précédée », a également été considéré comme un facteur aggravant qui justifiait l’incarcération et le prononcé d’une ordonnance de prise d’empreintes génétiques : dossier d’appel, à la page 45.

[11] Le juge a tenu compte de plusieurs facteurs atténuants, à savoir l’âge de l’appelant, le fait qu’il était un délinquant primaire qui regrettait son geste et un bon soldat, l’absence de lésions corporelles, le fait qu’il se soit rendu volontairement à la police militaire après l’incident, les insultes verbales dont il avait été la cible, son statut d’étudiant et les conséquences qu’il aurait la peine sur sa vie civile : dossier d’appel, à la page 46. En fin de compte, il a privilégié la dissuasion sur la réinsertion sociale.

[12] Quant à l’ordonnance d’interdiction de possession d’arme, le juge semble avoir estimé que, si l’affaire avait été poursuivie devant les juridictions civiles, l’ordonnance d’interdiction aurait été obligatoire aux termes de l’article 109 du Code. Étant donné qu’il avait été informé du fait que l’appelant serait libéré des Forces à la suite de mesures administratives, il a étendu l’ordonnance d’interdiction de possession d’arme à celle des armes qu’exigeaient les fonctions de l’appelant en qualité de membre des Forces canadiennes.

III. La norme de contrôle applicable aux appels interjetés contre la légalité ou la sévérité des peines

[13] Les peines illégales sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. En d’autres termes,

correct errors of law that make a sentence illegal, that is to say contrary to law.

[14] As for the standard of review applicable to appeals against the severity of sentences, this Court restated it in the following terms in the case of *R. v. Dixon*, 2005 C.M.A.R. 4, February 8, 2005. At paragraph 18, it wrote, subject to any express provision of the Act:

This Court in *R. v. St-Jean*, [2000] C.M.A.J. No. 2, and more recently in *R. v. Forsyth*, [2003] C.M.A.J. No. 9, reasserted the principle enunciated by Lamer C.J. in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500 that a court of appeal should only intervene if the sentence is illegal or demonstrably unfit. At page 565, the learned Chief Justice wrote:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an over-emphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

[15] This brings me to an analysis of the sentence imposed.

IV. The sentence of imprisonment

[16] As previously mentioned, the Military Judge imposed a period of incarceration of 45 days. With respect, I think that the sentence imposed requires the intervention of this Court for three reasons: the learned judge committed errors in principle, omitted to consider relevant factors and over-emphasized or downplayed appropriate factors. I shall consider the last two reasons together.

A. *Errors in principle*

[17] Although the Military Judge alluded in his reasons, at page 43 of the Appeal Book, to the principle of parity in sentencing found in section 718.2 of the Code, a principle that this Court applied in *Dixon*, above, at paragraph 33, along with the principles of equal and fundamental justice, I believe that, bearing in mind all the circumstances of this case, he failed to apply it correctly.

la cour intervient pour corriger les erreurs de droit qui rendent la peine illégale, c'est-à-dire contraire au droit.

[14] Quant à la norme de contrôle applicable aux appels contre la sévérité de la peine, la Cour l'a reformulée dans les termes suivants dans l'affaire *R. c. Dixon*, 2005 C.A.C.M. 4, 8 février 2005. Au paragraphe 18, elle a écrit, sous réserve d'une disposition expresse de la Loi :

[TRADUCTION] La Cour a, dans *R. c. St-Jean*, [2000] C.M.A.J. n° 2, et plus récemment dans *R. c. Forsyth*, [2003] C.M.A.J. n° 9, réaffirmé le principe énoncé par le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 selon lequel la cour d'appel ne doit intervenir que si la peine est illégale ou manifestement inappropriée. À la page 565, le juge en chef a écrit :

Sauf erreur de principe, l'omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur des facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée.

[15] Cela m'amène à l'analyse de la peine qui a été imposée.

IV. La peine d'emprisonnement

[16] Comme cela a été mentionné, le juge militaire a imposé une période d'emprisonnement de 45 jours. Avec tout le respect que je lui dois, j'estime que la peine imposée exige que la Cour intervienne pour trois raisons : le juge a commis des erreurs sur le plan des principes, a omis de tenir compte des facteurs pertinents et il a donné trop ou insuffisamment d'importance à des facteurs appropriés. Je vais examiner ensemble les deux dernières raisons.

A. *Les erreurs commises sur le plan des principes*

[17] Le juge militaire a fait allusion dans ses motifs, à la page 43 du dossier d'appel, au principe de la parité des peines que l'on retrouve à l'article 718.2 du Code, un principe que la Cour a appliqué dans *Dixon*, précité, au paragraphe 33, avec les principes de l'égalité et de la justice fondamentale; j'estime que, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il n'a pas appliqué

This becomes apparent from a review of some of the judicial precedents in similar matters.

[18] In *R. v. Brown*, 2002 CM 41, a decision rendered on July 11, 2002, the Standing Court Martial favoured detention over imprisonment. It imposed a period of detention of 21 days, the effect of which was suspended, and a fine of \$4,000. There was no weapons prohibition order and no DNA testing order.

[19] Sergeant Brown had a previous record of a conviction for striking a subordinate and had been sentenced to a fine in the amount of \$800. The sentencing judge was of the view that Sergeant Brown had not learned from the previous sentence. Yet, there was no imprisonment although the facts, as we will see, were much more serious than in our case.

[20] In fact, Sergeant Brown was found guilty of assault causing bodily harm on a Major. While sitting on a bar stool, the accused, who was under the influence of alcohol, after a heated discussion during which there was a demonstration of knives, bit the victim in the upper arm. The bite left a bruise for a period of two weeks. Later on, the accused pulled out his knife and stuck it in the upper right thigh of the victim. The accused realized what he had done. He showed no remorse and asked the victim to lie for him about the incident: see pages 123 to 125 of the transcript of those proceedings. He even threatened the victim by saying that he knew where to find him and his family.

[21] The *Brown* case is not an isolated case in which detention rather than imprisonment was imposed. In *R. v. Vanson*, 2001 CM 9, March 22, 2001, the accused pleaded guilty to assault causing bodily harm on a Captain. The offence occurred at a house party in the married quarters of the Canadian Forces Base, at Edmonton. Both accused were under heavy influence of alcohol. There was no provocation from the victim. The blows to the Captain were serious and the assault continued even after the Captain tried to leave the premises. Surgery was needed

correctement ce principe. Cela ressort de l'examen de quelques précédents judiciaires portant sur des affaires semblables.

[18] Dans *R. c. Brown*, 2002 CM 41, une décision prononcée le 11 juillet 2002, la Cour martiale permanente a préféré la détention à l'emprisonnement. Elle a imposé une période de détention de 21 jours, dont l'effet a été suspendu, et une amende de 4 000 \$. Elle n'a pas prononcé d'ordonnance d'interdiction de port d'armes, ni de prise d'empreintes génétiques.

[19] Le sergent Brown avait déjà été reconnu coupable d'avoir frappé un subordonné et avait été condamné à une amende d'un montant de 800 \$. Le juge chargé d'infliger la peine avait estimé que le sergent Brown n'avait pas tiré les leçons de la peine imposée antérieurement. Pourtant, l'emprisonnement n'a pas été imposé même si les faits, comme nous allons le voir, étaient beaucoup plus graves que ceux de la présente espèce.

[20] En fait, le sergent Brown a été déclaré coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles sur la personne d'un major. L'accusé, en état d'ébriété, était assis sur un tabouret de bar et, après avoir eu une vive discussion au cours de laquelle des couteaux avaient été sortis, avait mordu la victime au bras. Cette morsure avait causé une ecchymose qui l'avait marqué pendant deux semaines. Par la suite, l'accusé a sorti son couteau et a porté un coup de couteau dans le haut de la cuisse droite de la victime. L'accusé savait ce qu'il avait fait. Il n'a pas fait preuve de remords et a demandé à la victime de mentir au sujet de l'incident : voir les pages 123 à 125 de la transcription de ces débats. Il a même menacé la victime en disant qu'il savait où la trouver ainsi que sa famille.

[21] L'affaire *Brown* n'est pas un cas isolé dans lequel la détention a été imposée au lieu de l'emprisonnement. Dans *R. c. Vanson*, 2001 CM 9, 22 mars, 2001, l'accusé a plaidé coupable à des voies de fait ayant causé des lésions corporelles à un capitaine. L'infraction a été commise au cours d'une réunion qui se tenait dans un logement familial de la base des Forces canadiennes d'Edmonton. Les deux accusés avaient tous les deux beaucoup bu. Il n'y a pas eu de provocation de la part de la victime. Les coups portés au capitaine étaient graves et les voies

to correct his nose. Private Vanson was 21 at the time of the offence. Private Winkler was 23 and had a previous conviction for uttering threats for which a fine of \$500 had been imposed by civilian courts. Each of them was sentenced to detention for a period of 21 days and to a \$6,000 fine.

[22] A period of detention of 30 days was imposed upon Corporal Turgeon who assaulted a soldier and caused him serious bodily harm. The victim suffered a fracture of the eyeball and of the cheek bone, lost all sensation on the left side of his face for three months, including his lips and teeth, and lost vision in one eye for three weeks. A weapons prohibition order for one year was also issued along with an order for DNA testing: see *R. c. Turgeon*, 2003 CM 41, October 7, 2003.

[23] The case of *Solarz* is yet another example where detention for a period of 14 days was imposed, but suspended. The accused, who was a corporal, pleaded guilty to a charge of using threatening language to a superior officer, in that case a Master Warrant Officer. The particulars of the offence reveal that he said to a superior, “don’t be surprised if I come up to your office some day with a shotgun and shoot you”, or words to that effect. The charge was laid pursuant to section 85 of the Act: *R. v. Solarz*, 2000 CM 41, August 22, 2000.

[24] The following precedents are also worthy of mention:

(a) Private J.S.D. Raymond, January 16, 2001 (*R. c. Raymond*, 2001 CM 3), entered guilty pleas to charges of disobedience of a lawful command of a superior (section 83 of the Act) and threat of violence against a superior, i.e. a Sergeant (section 85 of the Act). The sentence was confinement to barracks for 14 days although the offence, a very serious one, was punishable by dismissal with disgrace from the Forces or a lesser punishment;

de fait se sont poursuivies même après que le capitaine ait essayé de quitter les lieux. Il a fallu procéder à une intervention chirurgicale pour reconstruire le nez de la victime. Le soldat Vanson avait 21 ans au moment de l’infraction. Le soldat Winkler avait 23 ans et avait déjà été condamné à une amende de 500 \$ par les tribunaux civils pour avoir proféré des menaces. Ils ont tous les deux été condamnés à une détention pour une période de 21 jours et à une amende de 6 000 \$.

[22] Une période de détention de 30 jours a été imposée au caporal Turgeon qui a agressé un soldat et lui a causé des lésions corporelles graves. La victime a subi une fracture de l’orbite de l’œil et de la pommette, il a perdu toute sensation sur la moitié gauche de son visage pendant trois mois, y compris les lèvres et les dents, et a perdu l’usage d’un œil pendant trois semaines. Une ordonnance d’interdiction de port d’armes d’un an a été délivrée, ainsi qu’une ordonnance de prise d’empreintes génétiques : voir *R. c. Turgeon*, 2003 CM 41, 7 octobre 2003.

[23] L’affaire *Solarz* est un autre exemple où une période de détention de 14 jours a été imposée puis suspendue. L’accusé, un caporal, a plaidé coupable à l’accusation d’avoir menacé verbalement un supérieur, dans ce cas un adjudant-maître. Les détails de l’infraction indiquent qu’il a déclaré à son supérieur : « Ne soyez surpris si je viens un jour vous voir à votre bureau avec un fusil pour vous tirer dessus », ou des mots à cet effet. L’accusation a été portée aux termes de l’article 85 de la Loi : *R. c. Solarz*, 2000 CM 41, 22 août 2000.

[24] Les précédents qui suivent méritent également d’être mentionnés :

a) Le soldat J.S.D. Raymond, 16 janvier 2001 (*R. c. Raymond*, 2001 CM 3), a plaidé coupable à des accusations de désobéissance à un ordre légitime d’un supérieur (article 83 de la Loi) et de menace de violence à l’égard d’un supérieur, en l’occurrence un sergent (article 85 de la Loi). La peine imposée a été la consignation au quartier pendant 14 jours même si l’infraction, une infraction très grave, était punissable, comme peine maximale, de la destitution ignominieuse de l’armée;

-
- (b) Leading Seaman I.D. Strybosch, on June 4, 2001 (*R. v. Strybosch*, 2001 CM 16), was sentenced on seven charges (disobeying a lawful command of a superior (section 83 of the Act), conduct prejudicial to good order and discipline (section 129 of the Act), contempt toward a superior officer (section 85 of the Act), disobeying a lawful command of a superior (section 83 of the Act), conduct prejudicial to good order and discipline (section 129 of the Act), absence without leave (section 90 of the Act) and disobeying a lawful command of a superior (section 83 of the Act)). All these offences were committed on various dates, on board an operational ship sailing on a NATO (North Atlantic Treaty Organization) deployment. The two section 83 offences, like the section 84 charge that the appellant was found guilty of in our case, were punishable with imprisonment for life. The accused was sentenced to detention for a period of 30 days;
- (c) Private T.F. Murphy (*R. v. Murphy*, 2003 CM 26), pleaded guilty to a charge of contempt toward a superior officer, i.e. a sergeant, contrary to section 85 of the Act. As previously mentioned, the offence is punishable by dismissal with disgrace from the Forces or a lesser punishment. The accused received as a sentence a fine of \$125 and confinement to barracks for a period of 21 days;
- (d) Corporal K.S. Boland (*R. v. Boland*, 2003 CM 35), was sentenced on two charges of conduct prejudicial to good order and discipline (section 129 of the Act). He had illegally, in his possession, a CN Tear Smoke Tactical Grenade and carelessly discharged it in a barrack, forcing the evacuation of its occupants. He was sentenced on September 17, 2003 to detention for a period of ten days;
- (e) Corporal Corey E. Wilson (*R. v. Wilson*, 2003 CM 20), was a fully trained member of the Regular Force, Military Police. His military training included the proper use and handling of his pistol. He was charged with nine offences committed on different dates. He
- b) Le matelot de première classe I.D. Strybosch, 4 juin 2001 (*R. c. Strybosch*, 2001 CM 16), a été déclaré coupable de sept accusations (désobéissance à un ordre légitime d'un supérieur (article 83 de la Loi), conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la Loi), comportement méprisant à l'égard d'un supérieur (article 85 de la Loi), désobéissance à un ordre légitime d'un supérieur (article 83 de la Loi), conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la Loi), absence sans permission (article 90 de la Loi) et désobéissance à un ordre légitime d'un supérieur (article 83 de la Loi)). Toutes ces infractions ont été commises à diverses dates, à bord d'un navire affecté à un déploiement dans le cadre d'une opération de l'OTAN (Organisation du traité de l'Atlantique nord). Les trois infractions à l'article 83, comme l'infraction à l'article 84 dont l'appelant en l'espèce a été déclaré coupable, étaient punissables de l'emprisonnement à perpétuité. L'accusé a été condamné à la détention pendant une période de 30 jours;
- c) Le soldat Travis F. Murphy (*R. c. Murphy*, 2003 CM 26) a plaidé coupable à une accusation de conduite méprisante à l'égard d'un supérieur, en l'occurrence un sergent, contrairement à l'article 85 de la Loi. Comme cela a été mentionné, l'infraction est punissable, comme peine maximale, de la destitution ignominieuse des Forces. L'accusé a été condamné à une amende de 125\$ et à la consignation aux quartiers pour une période de 21 jours;
- d) Le caporal K.S. Boland (*R. c. Boland*, 2003 CM 35) a été déclaré coupable de deux accusations de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline (article 129 de la Loi). Il avait illégalement en sa possession une grenade lacrymogène tactique au CN et l'a lancée imprudemment dans une caserne, forçant l'évacuation des occupants. Il a été condamné le 17 septembre 2003 à la détention pour une période de dix jours;
- e) Le caporal Corey E. Wilson (*R. c. Wilson*, 2003 CM 20) était un membre de la Force régulière, police militaire, qui avait reçu une formation complète. Son instruction militaire comprenait l'utilisation et le maniement d'un pistolet. Il a été accusé de neuf

pleaded guilty to three very serious charges: unlawfully pointing a firearm at the back of the head of another military police member (section 130 of the Act); assault and threat to use a weapon (section 130 of the Act and paragraph 267(a) of the Code); and, conduct prejudicial to good order and discipline, that conduct consisting of the downloading of his pistol at the patrol desk (section 130 of the Act and paragraph 5 of the Canadian Forces Base Shilo Military Police Standard Order No. 25). The fact that he was a police officer, authorized to bear and use a firearm, was a most aggravating circumstance. Yet, on June 25, 2003, he was fined \$2,000 and sentenced to detention for a period of five days; and

- (f) Sergeant M. Hunter (*R. v. Hunter*, 2001 CM 41), underwent a trial on seven charges for offences committed during an operational tasking in Kosovo. He was found guilty on the following counts after the trial judge found him to be evasive and argumentative and ruled that his testimony was inconsistent and not credible: knowingly uttering a threat to cause death (section 130 of the Act and section 264.1(2) of the Code) and three different charges of using a service pistol while committing an assault on a person (section 130 of the Act and section 267(a) of the Code). His rank was reduced to the rank of corporal. In addition, a weapons prohibition order was issued for a period of five years, but not made applicable to his duties or employment in the Canadian Forces.

[25] These judicial precedents show that detention has been preferred over imprisonment, even in cases more serious than the present instance, and suggest that, in the case at bar, the principle of parity in sentencing has been overlooked. There are significant differences resulting from the choice of one punishment over the other: see an excellent article by Colonel (Ret.) Me M. Drapeau where he compares the impact of the various sentences available under section 139 of the Act:

infractions commises à des dates différentes. Il a plaidé coupable à trois accusations très graves : fait de braquer illégalement une arme à feu au derrière de la tête d'un autre membre de la police militaire (article 130 de la Loi), agression armée et menace d'utiliser une arme (article 130 de la Loi et alinéa 267a) du Code) et conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline, cette conduite consistant à décharger son pistolet sur le bureau de la patrouille (article 130 de la Loi et paragraphe 5 de l'Ordonnance n° 25 des Normes de la police militaire de la base des Forces canadiennes de Shilo). Le fait qu'il soit un officier de police, autorisé à porter et à utiliser une arme à feu, était une circonstance particulièrement aggravante. Pourtant, le 25 juin 2003, il a été condamné à une amende de 2 000 \$ et à la détention pour une période de cinq jours; et

- f) Le sergent M. Hunter (*R. c. Hunter*, 2001 CM 41) a subi un procès sur sept accusations pour des infractions commises dans l'exécution de tâches opérationnelles au Kosovo. Il a été déclaré coupable des chefs suivants après que le juge du procès ait constaté qu'il répondait de façon évasive aux questions, argumentait et qu'il ait décidé que son témoignage était rempli de contradictions et peu crédible : fait de proférer sciemment une menace de causer la mort (article 130 de la Loi et paragraphe 264.1(2) du Code) et trois accusations d'utilisation d'un pistolet de service en se livrant à des voies de fait sur une personne (article 130 de la Loi et alinéa 267a) du Code). Il a été rétrogradé au grade de caporal. En plus, une ordonnance d'interdiction de possession d'armes a été rendue pour une période de cinq ans, mais elle ne visait pas ses fonctions ou son emploi au sein des Forces canadiennes.

[25] Ces précédents judiciaires montrent que la détention est préférée à l'emprisonnement, même dans des cas plus graves que la présente espèce, et indiquent que dans le cas présent, le juge n'a pas tenu compte du principe de la parité des peines. Le fait de choisir une peine plutôt qu'une autre entraîne des différences importantes : voir l'excellent article du colonel (à la retraite) M. Drapeau dans lequel il compare l'effet des diverses peines qui peuvent être imposées aux termes de l'article 139 de la

“Canadian Military Law Sentencing under the *National Defence Act: Perspectives and Musings of a former soldier*” (2003), 82 *Can. Bar Rev.* 391, at page 451. Perhaps the most important distinction relates to career implications.

[26] Indeed, while imprisonment most likely results in a release from the Forces pursuant to an administrative decision taken by a Career Review Board, the focus of detention is rehabilitation and training. This means that the career of the detainee is not compromised. The following note under article 104.09 Detention of the *Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O) explains the purpose of this kind of punishment:

In keeping with its disciplinary nature, the punishment of detention seeks to rehabilitate service detainees, by re-instilling in them the habit of obedience in a structured, military setting, through a regime of training that emphasizes the institutional values and skills that distinguish the Canadian Forces members from other members of society... Once the sentence of detention has been served, the member will normally be returned to his or her unit without any lasting effect on his or her career. [Emphasis added.]

[27] Finally, the learned Military Judge put too much emphasis on deterrence at the expense of rehabilitation. The appellant is a first offender, young with a promising future. As we shall see, the Judge’s failure to consider some relevant factors and his overemphasis and downplaying of others account for his error in principle.

[28] Imprisonment is a measure of last resort, especially in the case of a first offender where, as in the present instance, the offence was provoked by the victim and resulted in no injury. Section 718.2 of the Code enunciates some principles that the sentencing Court must take into account: an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances, and all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances

Loi : « Canadian Military Law, Sentencing under the *National Defence Act: Perspectives and Musings of a former soldier* » (2003), 82 *R. du B. can.* 391, à la page 451. La différence la plus importante est peut-être celle qui touche les répercussions sur la carrière.

[26] En fait, alors que l’emprisonnement entraîne le plus souvent la libération des Forces à la suite d’une décision administrative prise par un conseil de révision des carrières, le but de la détention est la réinsertion sociale et la formation. Cela veut dire que cette peine ne compromet pas la carrière du détenu. La note qui suit sous l’article 104.09 des Ordonnances et règlements royaux (ORFC) explique l’objectif recherché par ce type de peine :

Comme pour toute mesure disciplinaire, la détention est une punition qui vise à réhabiliter les détenus militaires et à leur redonner l’habitude d’obéir dans un cadre militaire structuré. Ces derniers seront donc soumis à un régime d’entraînement qui insiste sur les valeurs et les compétences propres aux membres des Forces canadiennes, pour leur faire voir ce qui les distingue des autres membres de la société. Des soins spécialisés et des programmes d’orientation seront offerts par ailleurs aux détenus militaires qui en auront besoin pour les aider à surmonter leur dépendance aux drogues et à l’alcool ou à régler des ennuis de santé analogues. Une fois la peine de détention purgée, le militaire retournera à son unité, en temps normal, sans que sa carrière n’en souffre à long terme. [Je souligne]

[27] Enfin, le juge militaire a accordé trop d’importance à la dissuasion aux dépens de la réhabilitation. L’appelant est un délinquant primaire, il est jeune et il a un avenir prometteur. Comme nous allons le voir, le juge a omis de tenir compte de certains facteurs pertinents et il a donné trop ou insuffisamment d’importance à d’autres facteurs, commettant ainsi une erreur de principe.

[28] L’emprisonnement est une mesure de dernier recours, en particulier dans le cas d’un délinquant primaire où, comme en l’espèce, l’infraction a été provoquée par la victime et n’a pas entraîné des lésions corporelles. L’article 718.2 du Code énonce certains principes dont le tribunal qui fixe la peine doit tenir compte : le délinquant ne doit pas être privé de sa liberté, lorsque des peines moins restrictives sont appropriées dans les circonstances, et il y a lieu d’envisager pour tous les délinquants

should be considered for all offenders. There was a range of other sentences available to the Military Judge to further the objectives of deterrence and rehabilitation without sacrificing one to the other.

B. Relevant factors omitted, downplayed or overemphasized

[29] Corporal Hillar suffered no injury at all and the appellant made no physical contact whatsoever with Corporal Hillar. Nor was there any attempt by the appellant to make physical contact. Indeed, he immediately disengaged from the dispute and walked away from the scene. In my respectful view, the Military Judge overemphasized the threat posed by the appellant. The evidence shows that there were people present who intervened immediately.

[30] The learned judge also overemphasized the question of rank. The status of corporal is one that, in the normal course of events, is obtained by the mere lapse of time, generally after four years. While it is true that it is one rank higher than private, it does not, in terms of insubordination, compare with cases like *Brown, Vanson and Solarz*, above, where the victims were respectively Major, Captain and Master Warrant Officer.

[31] While the Military Judge recognized that the victim had provoked the appellant, he underestimated and downplayed that fact. There was evidence of an abuse of authority and intimidation by Corporal Hillar (I'll break your other leg too, or, I'll break it again, above, at paragraph 5). Not only did the Military Judge omit to consider Corporal Hillar's provocation in the context of abuse of authority and intimidation, he failed to take into account Corporal Hillar's assault on the appellant, which precipitated the appellant's response.

[32] A sequential build up of abuse of authority over time, intimidation and provocation by Corporal Hillar, culminating in Corporal Hillar's physical assault on the appellant, are what led to the appellant's anger, loss of self-control and overreaction. With respect, I think that the Military Judge either overlooked or did not give

toutes les sanctions autres que l'emprisonnement, pourvu qu'elles soient raisonnables dans les circonstances. Le juge militaire aurait pu imposer une série d'autres peines pour atteindre les objectifs de dissuasion et de réhabilitation sans sacrifier l'un à l'autre.

B. Les facteurs pertinents omis, ou qui ont reçu trop ou insuffisamment d'importance

[29] Le caporal Hillar n'a pas été blessé du tout et l'appelant n'a jamais eu de contact physique avec lui. L'appelant n'a pas non plus tenté d'établir un contact physique. En fait, il a immédiatement mis un terme à la dispute et s'est éloigné de la scène de l'incident. J'estime que le juge militaire a trop insisté sur la menace que posait l'appelant. Les preuves indiquent que d'autres personnes assistaient à la scène et qu'elles sont intervenues immédiatement.

[30] Le juge a également trop insisté sur la question du grade. On obtient habituellement le grade de caporal par l'ancienneté, en général après quatre ans. Il est vrai que le caporal est un grade supérieur à celui de soldat, mais sur le plan de l'insubordination, cela ne se compare pas aux affaires *Brown, Vanson et Solarz*, précitées, dans lesquelles les victimes étaient respectivement major, capitaine et adjudant-maître.

[31] Le juge militaire a certes reconnu que la victime avait provoqué l'appelant mais il a sous-estimé ce fait et ne lui a pas accordé beaucoup d'importance. Il existait des preuves indiquant que le caporal Hillar avait abusé de son autorité et tenté d'intimider l'appelant (je vais te casser l'autre jambe ou je vais te la recasser, précité, paragraphe 5). Le juge militaire a non seulement omis de tenir compte de la provocation du caporal Hillar dans un contexte d'abus d'autorité et d'intimidation mais il n'a pas tenu compte des voies de fait qu'a commises le caporal Hillar sur l'appelant et qui sont à l'origine de la réaction de ce dernier.

[32] L'accumulation constante d'actes d'abus d'autorité, d'intimidation et de provocation posés par le caporal Hillar, qui ont été jusqu'à l'agression physique de la part du caporal Hillar sur l'appelant, sont à l'origine de la colère, de la perte de contrôle et de la réaction excessive de l'appelant. J'estime que le juge

proper weight to the context in which the appellant's reaction took place. The appellant's behaviour was and remains unacceptable, but the overreaction is certainly easier to understand when viewed in its context. It should be remembered that the appellant was at the beginning of his career in the Reserve Force with limited training compared to Corporal Hillar who had been a full-time member of the Forces for quite some time. The lack of self-discipline and respect originated with Corporal Hillar. We were informed, at the hearing, that Corporal Hillar, who was the instigator, merely received counselling.

C. Conclusion on the sentence of imprisonment

[33] A review of the judicial precedents and a careful analysis of the circumstances of the incident, including the objective and subjective gravity of the offence, have convinced me that the sentence of imprisonment needs to be replaced with one of detention. Prosecution of the offences and a period of detention achieve the purpose of denunciation and disapproval of the appellant's behaviour while, at the same time, favouring rehabilitation. Both in the military (if so desired by the Canadian Forces and the appellant) and in civilian life, rehabilitation is better achieved in this case by detention than by imprisonment. A sentence of detention would facilitate the return of the appellant to the Canadian Forces and place him in the position that he was in before his release. The principles of parity in sentencing and equal and fundamental justice require a sentence of detention rather than one of imprisonment. This substitution would provide equality and equity in the treatment of offenders.

[34] Therefore, looking towards the future of this young university student, I would substitute, *nunc pro tunc* (now for then), a period of detention for 45 days in place of the period of imprisonment imposed and deem it to have been satisfied by the 45 days of imprisonment already served. Had the imprisonment not been served, I would have suspended the detention in order to achieve better parity.

militaire n'a pas tenu compte du contexte de la réaction de l'appelant ou ne lui a pas donné l'importance qu'il convenait. La conduite de l'appelant était et demeure inacceptable, mais il est certainement plus facile à comprendre qu'il ait réagi de façon excessive si l'on tient compte du contexte. Il convient de rappeler que l'appelant commençait sa carrière dans la force de réserve et avait une formation limitée comparativement au caporal Hillar, qui était membre à part entière des Forces depuis quelque temps. C'est le caporal Hillar qui le premier a fait preuve de manque de discipline et de respect. Nous avons été informés à l'audience que le caporal Hillar, l'instigateur de l'incident, a uniquement été invité à suivre des séances de counseling.

C. Conclusion au sujet de la peine d'emprisonnement

[33] L'examen des précédents judiciaires et l'analyse approfondie des circonstances de l'incident, y compris la gravité objective et subjective de l'infraction, m'ont convaincu qu'il y a lieu de remplacer la peine d'emprisonnement par une peine de détention. Le fait de poursuivre l'appelant combiné à une période de détention sont conformes à l'objectif de dénonciation et de désapprobation à l'égard du comportement de l'appelant tout en favorisant sa réhabilitation. Que ce soit dans la vie militaire (si les Forces canadiennes et l'appelant le souhaitent) ou dans la vie civile, la détention favorise davantage la réhabilitation que l'emprisonnement. Une peine de détention faciliterait le retour de l'appelant dans les Forces canadiennes et le replacerait dans le poste qu'il occupait avant sa libération. Les principes de la parité des peines et de la justice fondamentale et égale exigent qu'il fasse l'objet d'une peine de détention et non pas d'emprisonnement. Cette substitution introduirait l'égalité et l'équité dans le traitement des contrevenants.

[34] Par conséquent, si l'on prend en compte l'avenir de ce jeune étudiant, je substituerai, *nunc pro tunc* (maintenant pour alors) une période de détention de 45 jours à la période d'emprisonnement imposée, et cette peine serait réputée exécutée du fait que l'appelant a déjà purgé la peine d'emprisonnement de 45 jours. Si la peine d'emprisonnement n'avait pas été purgée, j'aurais suspendu la détention de façon à mieux respecter la parité des peines.

V. The weapons forfeiture and prohibition order

[35] A military judge's authority to impose a weapons prohibition order is found in section 147.1 of the Act. The section reads:

Prohibition order

147.1 (1) Where a person is convicted by a court martial of an offence

(a) in the commission of which violence against a person was used, threatened or attempted,

(b) that involves, or the subject-matter of which is, a firearm, a cross-bow, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device, any ammunition, any prohibited ammunition or an explosive substance,

(c) relating to the contravention of subsection 5(3) or (4), 6(3) or 7(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, or

(d) that is punishable under section 130 and that is described in paragraph 109(1)(b) of the *Criminal Code*,

the court martial shall, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence, consider whether it is desirable, in the interests of the safety of the person or of any other person, to make an order prohibiting the person from possessing any firearm, cross-bow, prohibited weapon, restricted weapon, prohibited device, ammunition, prohibited ammunition or explosive substance, or all such things, and where the court martial decides that it is so desirable, the court martial shall so order.

Duration of prohibition order

(2) An order made under subsection (1) begins on the day the order is made and ends on the day specified in the order.

Application of order

(3) Unless the order specifies otherwise, an order made under subsection (1) against a person does not apply to prohibit the possession of any thing in the course of the person's duties or employment as a member of the Canadian Forces.

V. L'ordonnance d'interdiction et de confiscation des armes

[35] Le pouvoir du juge militaire d'imposer une ordonnance d'interdiction de possession d'armes se trouve à l'article 147.1 de la Loi. Cet article se lit ainsi :

Ordonnance d'interdiction

147.1 (1) La cour martiale doit, si elle en arrive à la conclusion qu'il est souhaitable pour la sécurité du contrevenant ou pour celle d'autrui de le faire, en plus de toute autre peine qu'elle lui inflige, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession des armes à feu, arbalètes, armes prohibées, armes à autorisation restreinte, dispositifs prohibés, munitions, munitions prohibées et substances explosives, ou l'un ou plusieurs de ces objets, lorsqu'elle le déclare coupable, selon le cas :

a) d'une infraction perpétrée avec usage, tentative ou menace de violence contre autrui;

b) d'une infraction relative à une arme à feu, une arbalète, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions, des munitions prohibées ou des substances explosives;

c) d'une infraction aux paragraphes 5(3) ou (4), 6(3) ou 7(2) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances;

d) d'une infraction visée à l'alinéa 109(1)b) du Code criminel punissable en vertu de l'article 130.

Durée de l'ordonnance

(2) Le cas échéant, la période d'interdiction commence à la date de l'ordonnance et se termine à la date qui y est fixée.

Application de l'ordonnance

(3) Sauf indication contraire de l'ordonnance, celle-ci n'interdit pas à l'intéressé d'avoir en sa possession les objets visés dans le cadre de ses fonctions comme membre des Forces canadiennes.

Notification

(4) A court martial that makes an order under subsection (1) shall without delay cause the Registrar of Firearms appointed under section 82 of the *Firearms Act* to be notified of the order. [Emphasis added.]

[36] Following a conviction for one of the types of offences described in paragraphs 147.1(1) (a), (b), (c) or (d), subsection 147.1(1) makes it mandatory for a military judge to consider whether it is desirable to make a weapons prohibition order. An order shall issue only if the judge decides that it is desirable to do so. The provision grants the judge the power to assess the desirability of resorting to this kind of measure.

[37] However, the provision is silent as to the duration of such an order. Thus, the Military Judge possesses discretion as to the length or duration of the order. In my respectful view, he could not and should not legally have imposed a prohibition for ten years.

[38] According to counsel for both parties, the Military Judge appears to have felt compelled to impose a prohibition order for a duration of ten years. I reproduce the short justification that he gave for his ruling (see page 47 of the Appeal Book):

I also consider that this is a proper case for a weapons prohibition order. If this case had been prosecuted in the civilian courts, a weapons prohibition order would be mandatory under the terms of section 109 of the *Criminal Code*.

[39] If the Military Judge felt obliged by section 109 of the Code to impose a prohibition order for ten years, this was an error of law and principle. As we shall see, section 109 had no direct application and was an inappropriate guideline for this case. If the ten-year prohibition that the Judge imposed is the result of an exercise of discretion under section 147.1 of the Act, the duration of the order is abusive and not justified in the circumstances of this case.

Notification

(4) La cour martiale qui rend l'ordonnance en avise sans délai le directeur de l'enregistrement des armes à feu nommé en vertu de l'article 82 de la Loi sur les armes à feu. [Je souligne]

[36] Dans le cas d'une condamnation pour un des types d'infractions décrites aux alinéas 147.1(1)a), b), c) ou d), le paragraphe 147.1(1) exige du juge militaire qu'il examine l'opportunité de prononcer une ordonnance d'interdiction de possession d'armes. Le juge ne rend une telle ordonnance que s'il estime que cela est souhaitable. La disposition accorde au juge le pouvoir de décider s'il est souhaitable de prendre une mesure de ce genre.

[37] La disposition est cependant muette pour ce qui est de la durée d'une telle ordonnance. Le juge militaire possède donc le pouvoir discrétionnaire de fixer la durée de l'ordonnance. Avec tout le respect que je lui dois, il ne pouvait pas et n'aurait pas dû légalement imposer une telle interdiction pour une période de dix ans.

[38] D'après les avocats des parties, il semble que le juge militaire se soit senti obligé d'imposer une ordonnance d'interdiction d'une durée de dix ans. Je reproduis ici la brève justification qu'il a fournie à l'appui de cette décision (voir la page 47 du dossier d'appel) :

[TRADUCTION] Je considère également qu'il est approprié ici de rendre une ordonnance d'interdiction de possession d'armes. Si l'affaire avait été poursuivie devant les tribunaux civils, une ordonnance d'interdiction de possession d'armes aurait été obligatoire aux termes de l'article 109 du *Code criminel*.

[39] Si le juge militaire s'est senti obligé par l'article 109 du Code d'imposer une ordonnance d'interdiction de dix ans, il a alors commis une erreur de droit et de principe. Comme nous allons le voir, l'article 109 ne s'appliquait aucunement aux faits de l'espèce et constituait une directive inappropriée dans la présente affaire. Si l'interdiction de dix ans qu'a imposée le juge découle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui attribue l'article 147.1 de la Loi, la durée de l'ordonnance est abusive et n'est pas justifiée par les circonstances de l'espèce.

[40] Many of the offences under the *National Defence Act* have direct counterparts under the *Criminal Code*. As such, it may be helpful for military judges to consider the way such offences are punished in the civilian context when they are determining what will constitute a fit sentence in a given case. However, any comparison with the civilian context will have limits because not all charges have direct *Criminal Code* counterparts and there are also considerations in sentencing that are particular to the military context.

[41] With this in mind, it is difficult to understand why the Military Judge felt that a comparison with section 109 of the Code was appropriate. Section 109 of the Code, which deals with mandatory weapons prohibition orders, reads as follows:

Mandatory prohibition order

109. (1) Where a person is convicted, or discharged under section 730, of

(a) an indictable offence in the commission of which violence against a person was used, threatened or attempted and for which the person may be sentenced to imprisonment for ten years or more,

(b) an offence under subsection 85(1) (using firearm in commission of offence), subsection 85(2) (using imitation firearm in commission of offence), 95(1) (possession of prohibited or restricted firearm with ammunition), 99(1) (weapons trafficking), 100(1) (possession for purpose of weapons trafficking), 102(1) (making automatic firearm), 103(1) (importing or exporting knowing it is unauthorized) or section 264 (criminal harassment),

(c) an offence relating to the contravention of subsection 5(1) or (2), 6(1) or (2) or 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, or

(d) an offence that involves, or the subject-matter of which is, a firearm, a cross-bow, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device, any ammunition, any prohibited ammunition or an explosive substance and, at the time of the offence, the person was prohibited by any order made under this Act or any other Act of Parliament from possessing any such thing,

[40] Bon nombre des infractions prévues par la Loi se retrouvent dans le Code. À ce titre, il peut être utile pour les juges militaires d'examiner la façon dont ces infractions sont réprimées dans un contexte civil lorsqu'ils ont à décider ce qui constitue la peine appropriée dans une affaire donnée. Cependant, toute comparaison avec le contexte civil a des limites parce que toutes les accusations ne correspondent pas toujours à celles du Code, et qu'il y a également des facteurs à prendre en compte dans la détermination de la peine qui sont particuliers au contexte militaire.

[41] Cela dit, il est difficile de comprendre pourquoi le juge militaire a estimé qu'il était approprié de faire une comparaison avec l'article 109 du Code. Cette disposition, qui traite des ordonnances d'interdiction de possession d'armes obligatoires, se lit comme suit :

Ordonnance d'interdiction obligatoire

109. (1) Le tribunal doit, en plus de toute autre peine qu'il lui inflige ou de toute autre condition qu'il lui impose dans l'ordonnance d'absolution, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession des armes à feu, arbalètes, armes prohibées, armes à autorisation restreinte, dispositifs prohibés, munitions, munitions prohibées et substances explosives pour la période fixée en application des paragraphes (2) ou (3), lorsqu'il le déclare coupable ou l'absout en vertu de l'article 730, selon le cas :

a) d'un acte criminel passible d'une peine maximale d'emprisonnement égale ou supérieure à dix ans et perpétré avec usage, tentative ou menace de violence contre autrui;

b) d'une infraction visée aux paragraphes 85(1) (usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'une infraction), 85(2) (usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'une infraction), 95(1) (possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte avec des munitions), 99(1) (trafic d'armes), 100(1) (possession en vue de faire le trafic d'armes), 102(1) (fabrication d'une arme automatique), 103(1) (importation ou exportation non autorisées — infraction délibérée) ou à l'article 264 (harcèlement criminel);

c) d'une infraction relative à la contravention des paragraphes 5(1) ou (2), 6(1) ou (2) ou 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*;

the court that sentences the person or directs that the person be discharged, as the case may be, shall, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, make an order prohibiting the person from possessing any firearm, cross-bow, prohibited weapon, restricted weapon, prohibited device, ammunition, prohibited ammunition and explosive substance during the period specified in the order as determined in accordance with subsection (2) or (3), as the case may be.

Duration of prohibition order – first offence

(2) An order made under subsection (1) shall, in the case of a first conviction for or discharge from the offence to which the order relates, prohibit the person from possessing

(a) any firearm, other than a prohibited firearm or restricted firearm, and any crossbow, restricted weapon, ammunition and explosive substance during the period that

(i) begins on the day on which the order is made, and

(ii) ends not earlier than ten years after the person's release from imprisonment after conviction for the offence or, if the person is not then imprisoned or subject to imprisonment, after the person's conviction for or discharge from the offence; and

(b) any prohibited firearm, restricted firearm, prohibited weapon, prohibited device and prohibited ammunition for life. [Emphasis added.]

[42] Even the serious charge of assault with a weapon under paragraph 267(a) of the Code, which is incorporated under section 130 of the *National Defence Act* (a charge which was stayed), would not necessarily have triggered the application of section 109 of the *Criminal Code*. The offence of assault committed in the circumstances described in paragraph 267(a) of the Code is a hybrid offence, that is to say one that can be prosecuted by way of summary conviction with imprisonment of less than ten years or by way of indictment with imprisonment for ten years or more. Therefore, it is not a foregone conclusion that the offence is one for which the offender could be sentenced to imprisonment for ten years or more because it cannot be assumed that the prosecution would necessarily have been by way of indictment. In fact, at the hearing, counsel for the respondent conceded that in

d) d'une infraction relative à une arme à feu, une arbalète, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions, des munitions prohibées ou des substances explosives, perpétrée alors que celui-ci était sous le coup d'une ordonnance, rendue en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, lui en interdisant la possession.

Durée de l'ordonnance — première infraction

(2) En cas de condamnation ou d'absolution du contrevenant pour une première infraction, l'ordonnance interdit au contrevenant d'avoir en sa possession :

a) des armes à feu — autres que des armes à feu prohibées ou des armes à feu à autorisation restreinte —, arbalètes, armes à autorisation restreinte, munitions et substances explosives pour une période commençant à la date de l'ordonnance et se terminant au plus tôt dix ans après sa libération ou, s'il n'est pas emprisonné ni passible d'emprisonnement, après sa déclaration de culpabilité ou son absolution;

b) des armes à feu prohibées, armes à feu à autorisation restreinte, armes prohibées, dispositifs prohibés et munitions prohibées, et ce à perpétuité. [Je souligne]

[42] Même la grave accusation d'agression armée prévue à l'alinéa 267(a) du Code, qui est incorporée par l'article 130 de la Loi (une accusation qui a été suspendue), n'aurait pas nécessairement déclenché l'application de l'article 109 du Code. L'infraction de voies de fait commise dans les circonstances décrites à l'alinéa 267(a) du Code est une infraction mixte, c'est-à-dire qu'elle peut être poursuivie par déclaration sommaire de culpabilité et est alors punissable d'un emprisonnement de moins de dix ans ou poursuivie par mise en accusation et, dans ce cas, punissable d'une peine d'emprisonnement de dix ans ou plus. Par conséquent, il n'est pas possible de conclure que l'auteur de l'infraction peut être condamné à une peine d'emprisonnement de dix ans ou plus parce qu'on ne saurait tenir pour acquis que la poursuite procéderait nécessairement par voie de mise en accusation. En fait,

the civilian context, prosecution by way of indictment would have been unlikely. Consequently, there is no certainty that the requirements of paragraph 109(1)(a) would have been met.

[43] The charge under section 84 of the Act was for drawing a weapon against a superior officer. This offence does not incorporate a *Criminal Code* offence, thus any evaluation of the potential application of section 109 is rendered doubly hypothetical. As for the charge of unauthorized possession of a weapon, also charged under section 130 of the Act, but incorporating subsection 91(2) of the Code, not only is this a hybrid offence, the maximum sentence is one of five years' imprisonment, thereby removing that offence from the ambit of section 109.

[44] If the Military Judge sought guidance from the Code as to the appropriate length for a weapons prohibition order, he should more appropriately have looked to section 110 of the Code, which deals with discretionary prohibition orders:

Discretionary prohibition order

110. (1) Where a person is convicted, or discharged under section 730, of

(a) an offence, other than an offence referred to in any of paragraphs 109(1)(a), (b) and (c), in the commission of which violence against a person was used, threatened or attempted, or

(b) an offence that involves, or the subject-matter of which is, a firearm, a cross-bow, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device, ammunition, prohibited ammunition or an explosive substance and, at the time of the offence, the person was not prohibited by any order made under this Act or any other Act of Parliament from possessing any such thing,

the court that sentences the person or directs that the person be discharged, as the case may be, shall, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge,

à l'audience, l'avocat de la défenderesse a reconnu que, dans un contexte civil, il serait peu probable que cette infraction donne lieu à une poursuite par voie de mise en accusation. Par conséquent, il n'est pas établi que les conditions d'application de l'alinéa 109(1)a) auraient été remplies.

[43] L'accusation portée aux termes de l'article 84 de la Loi visait le fait de braquer une arme contre un supérieur. Cette infraction ne reprend pas une infraction du *Code criminel*; il est donc doublement hypothétique de vouloir examiner la possibilité d'appliquer l'article 109 à cette situation. Quant à l'accusation de possession d'une arme sans autorisation, qui a également donné lieu à une accusation aux termes de l'article 130 de la Loi, mais qui reprend le paragraphe 91(2) du Code, il y a non seulement le fait que c'est une infraction mixte, mais aussi qu'elle est punissable d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement, ce qui soustrait cette infraction à l'application de l'article 109.

[44] Si le juge militaire souhaitait obtenir grâce au Code des indications quant à la durée appropriée de l'ordonnance d'interdiction de possession d'armes, il aurait été préférable d'examiner l'article 110 du Code qui traite des ordonnances d'interdiction discrétionnaires.

Ordonnance d'interdiction discrétionnaire

110. (1) Le tribunal doit, s'il en arrive à la conclusion qu'il est souhaitable pour la sécurité du contrevenant ou pour celle d'autrui de le faire, en plus de toute autre peine qu'il lui inflige ou de toute autre condition qu'il lui impose dans l'ordonnance d'absolution, rendre une ordonnance lui interdisant d'avoir en sa possession des armes à feu, arbalètes, armes prohibées, armes à autorisation restreinte, dispositifs prohibés, munitions, munitions prohibées et substances explosives, ou l'un ou plusieurs de ces objets, lorsqu'il le déclare coupable ou l'absout en vertu de l'article 730 :

a) soit d'une infraction, autre que celle visée aux alinéas 109(1)a), b) ou c), perpétrée avec usage, tentative ou menace de violence contre autrui;

b) soit d'une infraction relative à une arme à feu, une arbalète, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions, des munitions prohibées ou des substances explosives,

consider whether it is desirable, *in the interests of the safety of the person or of any other person*, to make an order prohibiting the person from possessing any firearm, cross-bow, prohibited weapon, restricted weapon, prohibited device, ammunition, prohibited ammunition or explosive substance, or all such things, and where the court decides that it is so desirable, the court shall so order.

Duration of prohibition order

(2) An order made under subsection (1) against a person begins on the day on which the order is made and ends not later than ten years after the person's release from imprisonment after conviction for the offence to which the order relates or, if the person is not then imprisoned or subject to imprisonment, after the person's conviction for or discharge from the offence. [Emphasis added.]

[45] Under section 110 of the Code, a discretionary prohibition order has a maximum duration of ten years. Not unlike sentences of imprisonment, where the “maximum sentences ought to be reserved for the worst offender committing the worst type of offence” (see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at paragraph 36, *per* Lamer Chief Justice), the imposition of the maximum duration should be reserved for the most serious cases and worst offenders. Nothing in the present case could or would justify the imposition of a discretionary weapons prohibition order for the maximum length of time authorized by section 110 of the Code.

[46] In fixing the duration of the prohibition order, the Military Judge had to exercise his discretion judicially. As previously mentioned, he was not bound by the terms of section 109 of the Code, which has no application here. If the Military Judge had wanted to seek guidance from the Code, he could have appropriately referred to section 110 for assistance in determining how best to exercise his discretion under section 147.1 of the Act.

[47] Moreover, and I find this fact to be significant, the Director of Military Prosecutions, who prefers a charge, also determines the type of court martial that is to try the accused: see section 165.14 of the Act. In this case, he opted for prosecution before a Standing

perpétrée alors que celui-ci n'est pas sous le coup d'une ordonnance, rendue en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, lui en interdisant la possession.

Durée de l'ordonnance

(2) Le cas échéant, la période d'interdiction — commençant sur le champ — expire au plus tard dix ans après la libération du contrevenant ou, s'il n'est pas emprisonné ni passible d'emprisonnement, après sa déclaration de culpabilité ou son absolution. [Je souligne]

[45] Aux termes de l'article 110 du Code, une ordonnance d'interdiction discrétionnaire peut avoir une durée maximale de dix ans. Un peu comme les peines d'emprisonnement pour lesquelles les « peines maximales devraient être réservées aux contrevenants de la pire espèce qui commettent des infractions de la pire espèce » (voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au paragraphe 36 par le juge en chef Lamer), l'imposition de la durée maximale doit être réservée aux affaires les plus graves et aux contrevenants de la pire espèce. Dans la présente affaire, rien ne pourrait justifier l'imposition d'une ordonnance d'interdiction discrétionnaire pour la durée maximale autorisée par l'article 110 du Code.

[46] Pour fixer la durée de l'ordonnance d'interdiction, le juge militaire devait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire. Comme cela a été mentionné auparavant, il n'était pas tenu par les termes de l'article 109 du Code, qui n'est pas applicable ici. Si le juge militaire avait voulu chercher des indications dans le Code, il aurait pu, à juste titre, se référer à l'article 110 de la Loi pour l'aider à déterminer la meilleure façon d'exercer son pouvoir discrétionnaire aux termes de l'article 147.1 de la Loi.

[47] De plus, et je trouve ce fait significatif, le directeur des poursuites militaires, qui porte les accusations, choisit également le type de cour martiale qui aura à juger l'accusé : voir l'article 165.14 de la Loi. En l'espèce, il a choisi de procéder devant une Cour

Court Martial. That Court, as opposed to a General Court Martial, suffers limitations on sentencing: it cannot impose a sentence that includes a punishment higher in the scale of punishments than dismissal with disgrace from Her Majesty's service: see section 175 of the Act. In view of the hierarchy of punishments contained in section 139 of the Act, this means that the Court's power to impose imprisonment is limited to a sentence of imprisonment for less than two years. Both legally and practically, this limit on the Military Judge's sentencing power, which results from the prosecution's choice of court, is akin to the limitation on sentencing placed on a civilian court which stems from the prosecution's choice of proceeding by way of summary conviction rather than indictment. The civilian court's power to impose imprisonment is then limited to a maximum period of six months.

[48] In effect, the choice of military Court by the prosecution, not unlike the choice of a summary conviction procedure before a civilian court, is indicative of the prosecutorial intent and understanding regarding the objective and subjective gravity of the offence charged. The judge's discretion in imposing sentence is curtailed by the statutory limitation of his sentencing powers. A determination of the length of a weapons prohibition order requires a judicial exercise of discretion reflective of the same statutory restraint that is imposed upon the Court concerning the length of the period of imprisonment.

[49] Finally, the facts and circumstances surrounding the commission of the offence does not support a prohibition order of the duration imposed by the Military Judge. It is disproportionate. I would reduce the order to a period of two years starting from May 26, 2004 and ending on May 25, 2006.

VI. Extension of the weapons prohibition order to the military duties of the appellant

[50] Pursuant to subsection 147.1(3) of the Act, a weapons prohibition order does not apply to prohibit the

martiale permanente. Cette Cour, à la différence de la Cour martiale générale, connaît certaines restrictions en matière de peines : elle ne peut imposer une peine qui inclut une punition plus sévère, sur l'échelle des peines, que la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté : voir l'article 175 de la Loi. Compte tenu de la hiérarchie des peines prévue à l'article 139 de la Loi, cela veut dire que le pouvoir qu'a la Cour d'imposer l'emprisonnement est limité aux peines d'emprisonnement de moins de deux ans. Tant sur le plan juridique que pratique, la limite apportée au pouvoir du juge militaire en matière de peines, qui découle du choix du tribunal par la poursuite, s'apparente aux restrictions en matière de peines imposées aux tribunaux civils qui découlent du fait que la poursuite a choisi de procéder par déclaration sommaire de culpabilité plutôt que par mise en accusation. Le pouvoir d'un tribunal civil d'imposer l'emprisonnement est dans ce cas limité à une période maximale de six mois.

[48] En fait, le choix du tribunal militaire par la poursuite, à l'instar du choix de la procédure de déclaration sommaire de culpabilité devant un tribunal civil, reflète également l'intention de la poursuite et la façon dont elle considère la gravité objective et subjective de l'infraction reprochée. Le pouvoir discrétionnaire du juge en matière de peines est circonscrit par les limites légales imposées à ses pouvoirs dans ce domaine. L'établissement de la durée d'une ordonnance d'interdiction exige que le pouvoir discrétionnaire soit exercé de façon judiciaire et reflète les mêmes limites légales qui sont imposées à la Cour pour ce qui est de la durée de la période d'emprisonnement.

[49] Enfin, les faits et les circonstances entourant la perpétration de l'infraction ne justifient pas une ordonnance d'interdiction pour la durée fixée par le juge militaire. Elle est disproportionnée. Je ramènerais la durée de l'ordonnance à deux ans, soit du 26 mai 2004 au 25 mai 2006.

VI. L'extension de l'ordonnance d'interdiction de possession d'armes aux fonctions militaires de l'appellant

[50] Conformément au paragraphe 147.1(3) de la Loi, l'ordonnance d'interdiction de possession d'armes

possession of any thing in the course of a person's duties or employment as a member of the Canadian Forces. This is so unless the order specifies otherwise. The Military Judge has the authority to make the order applicable to the military duties of the accused.

[51] Counsel for the appellant requested, before the Military Judge, that there be no derogation to subsection 147.1(3) of the Act and that the order not be extended to the appellant's military duties. Counsel for the prosecution informed the sentencing judge that he did not object to the defence's request: see the Appeal Book, at page 37. Accordingly, no submissions were made with respect to extending the order to the military duties of the appellant.

[52] This Court held in *R. v. Jackson*, 2003 CMAC 8, 6 C.M.A.R. 325, that extending the prohibition to the accused's military duty without notifying him and giving him the opportunity to present evidence and make submissions was a serious breach of procedural fairness in relation to an important element of the sentence. It quashed that part of the order.

[53] Counsel for the respondent, rightly so in my view, concedes that the ruling in *Jackson* applies to this case. Therefore, I would also vary that part of the order to delete its application to the appellant's duties as a member of the Canadian Forces.

VII. Conclusion

[54] For the reasons that I have expressed, I would grant the application for leave to appeal against the legality and severity of the sentence and I would allow the appeal. I would substitute, *nunc pro tunc* (now for then), a period of detention for 45 days in place of the 45 days of imprisonment and I would deem it to have been satisfied by the period of imprisonment already served. In addition, I would reduce the duration of the weapons prohibition order to two years from the date such order was imposed by the Military Judge, i.e. May 26, 2004 until May 25, 2006. I would also vary the weapons prohibition

n'a pas pour effet d'interdire la possession d'un objet visé par cette disposition dans le cadre de ses fonctions en tant que membre des Forces canadiennes. C'est la règle qui s'applique sauf indication contraire de l'ordonnance. Le juge militaire a le pouvoir de rendre l'ordonnance applicable aux fonctions militaires de l'accusé.

[51] L'avocat de l'appellant a demandé au juge militaire que l'ordonnance prononcée soit conforme au paragraphe 147.1(3) de la Loi et ne s'applique pas aux fonctions militaires de l'appellant. L'avocat de la poursuite a informé le juge qu'il ne s'opposait pas à la demande de la défense : voir le dossier d'appel, page 37. Par conséquent, aucune observation n'a été présentée au sujet de l'application de l'ordonnance aux fonctions militaires de l'appellant.

[52] La Cour a jugé, dans *R. c. Jackson*, 2003 CACM 8, 6 C.A.C.M. 325, que le fait d'étendre l'interdiction aux fonctions militaires de l'accusé sans l'en avoir avisé et lui avoir donné la possibilité de présenter des preuves et des observations constituait une grave atteinte à l'équité procédurale à l'égard d'un élément important de la peine. La Cour a annulé cette partie de l'ordonnance.

[53] L'avocat de la défenderesse a reconnu, à juste titre à mon avis, que la décision rendue dans *Jackson* s'appliquait en l'espèce. Par conséquent, je modifierais également cette partie de l'ordonnance pour supprimer son application aux fonctions de l'appellant en tant que membre des Forces canadiennes.

VII. Conclusion

[54] Pour les motifs que j'ai exposés, j'accueillerais la demande d'autorisation d'appel de la légalité et de la sévérité de la peine et je ferais droit à l'appel. Je substituerai, *nunc pro tunc* (maintenant pour alors), une période de détention de 45 jours à la période de 45 jours d'emprisonnement et je déclarerais que cette peine est réputée avoir été exécutée en raison du fait que la période d'emprisonnement a déjà été purgée. De plus, je réduirais la durée de l'ordonnance d'interdiction de possession d'armes à deux ans à partir de la date à laquelle l'ordonnance a été imposée par le juge militaire, soit du

order so as to eliminate its application to the appellant's military duties.

26 mai 2004 au 25 mai 2006. Je modifierais également l'ordonnance d'interdiction de possession d'armes de façon à supprimer son application aux fonctions militaires de l'appelant.

CAROLYN LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

CAROLYN LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

J. O'REILLY J.A.: I agree.

J. O'REILLY, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.