

R. v. Szczerbaniwicz, 2009 CMAC 4

CMAC 513

Lieutenant-Colonel G. Szczerbaniwicz

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, January 16, 2009.

Judgment: Ottawa, Ontario, May 5, 2009.

Present: Blanchard C.J., Richard and Lutfy J.J.A.

On appeal from the legality of any or all of the findings by a Standing Court Martial (2008 CM 2008) held at Canadian Forces College, Toronto, Ontario, on April 17, 2008.

Assault — National Defence Act, s. 130(1)(b); Criminal Code, ss. 39, 266 — Defence with claim of right — Accused assaulting former spouse during dispute — Dispute involving damage to accused's property — Military Judge finding air of reality to defence of defence with claim of right under Code, s. 39, determining that defence engaged — Nevertheless, finding that appellant's use of force excessive — Determinative issue herein whether appellant using no more force than necessary to defend property — Open to Military Judge to objectively consider nature, value of property at issue, appellant's anger at time of incident — Military Judge's conclusion that appellant using excessive force, that defence under s. 39(1) not serving to justify appellant's actions based on findings reasonably open thereto in assessing reasonableness of force appellant using — Military Judge turning mind to proper test to be applied herein — Therefore, Military Judge not making palpable, overriding error — Appeal dismissed — Per Lutfy J.A. (dissenting): Military Judge erring in not applying requisite R. v. W. (D.) analysis — Failing to consider whether appellant's disbelieved evidence raising reasonable doubt — Military Judge also committing reviewable error by reasoning backwards from injuries sustained by complainant — While open to Military Judge not to believe appellant's testimony that complainant not falling, failing to assess other evidence — Thus, Judge not turning mind to relevant inquiry under Criminal Code, s. 39.

R. c. Szczerbaniwicz, 2009 CACM 4

CMAC 513

Lieutenant-colonel G. Szczerbaniwicz

Appellant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 16 janvier 2009.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 5 mai 2009.

Devant : Le juge en chef Blanchard et les juges Richard et Lutfy, J.C.A.

Appel de la légalité de l'une ou de la totalité des conclusions d'une cour martiale permanente (2008 CM 2008) tenue au Collège des Forces canadiennes de Toronto (Ontario), le 17 avril 2008.

Voies de fait — Loi sur la défense nationale, art. 130(1)(b); Code criminel, art. 39, 266 — Défense en vertu d'un droit invoqué — L'accusé a agressé son ex-épouse durant une dispute — La dispute a entraîné des dommages à un bien appartenant à l'accusé — Le juge militaire a trouvé une apparence de vraisemblance dans la défense en vertu d'un droit invoqué prévue à l'art. 39(1) du Code criminel, et a conclu que la défense s'appliquait — Cependant il a conclu que l'appellant avait eu recours à une force excessive — La question déterminante en l'espèce est de savoir si l'appellant a employé une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien — Le juge militaire pouvait examiner objectivement la nature et la valeur du bien en cause, et la colère ressentie par l'appellant au moment de l'incident — La conclusion du juge militaire selon laquelle l'appellant a eu recours à une force excessive, et que la défense prévue au paragraphe 39(1) ne peut justifier sa conduite, reposait sur les constatations que le juge pouvait raisonnablement tirer en évaluant le caractère raisonnable de la force employée par l'appellant — Le juge militaire s'est demandé quel était le bon critère à appliquer en l'espèce — Par conséquent, le juge militaire n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante — Appel rejeté — Motifs dissidents du juge Lutfy : le juge militaire a commis une erreur en ne procédant pas à l'analyse requise par l'arrêt R. c. W. (D.) — Il ne s'est pas penché sur la question de savoir si le témoignage de l'appellant qu'il a rejeté soulevait un doute raisonnable — Le juge militaire a également commis une erreur susceptible de révision en raisonnant à l'inverse à partir des blessures subies par la plaignante — Même s'il était loisible au juge militaire de ne pas croire le témoignage de l'appellant selon lequel la plaignante n'était pas tombée,

The appellant was charged with assault and assault causing bodily harm contrary to paragraph 130(1)(b) of the *National Defence Act* and section 266 of the *Criminal Code* relating to an incident involving his wife from who he was separated at the time. The Standing Court Martial convicted the appellant on the assault charge but not the more serious offence of assault causing bodily harm. The events that gave rise to this case occurred in Belgium where the appellant was then posted. The complainant was visiting to spend time with her daughter. The complainant stayed at the appellant's residence when her arrangements for accommodations fell through. The incident involved one of the appellant's diplomas mounted on the wall, which the complainant threw on the ground and started jumping on. The appellant testified that he only used sufficient force to move the complainant off the diploma, which he did not apparently succeed in doing. The complainant maintained that she fell as a result of the appellant's actions and injured herself.

The Military Judge found an air of reality to the defence of defence with claim of right under subsection 39(1) of the *Criminal Code* and determined that the defence was engaged. However, while the Military Judge found that the appellant's actions were motivated by his desire to protect his personal property, he also found that the appellant's use of force was excessive.

The main issue was whether the Military Judge misconstrued the law and facts relating to the defence of property pursuant to subsection 39(1) of the Code.

Held: Appeal dismissed.

Per Blanchard C.J. (Richard J.A. concurring): Subsection 39(1) of the *Criminal Code* is an affirmative defence which requires the Crown to disprove it as part of its burden of proving guilt beyond a reasonable doubt as long as the accused has overcome the threshold evidential burden of "air of reality" test. Once the Military Judge found that the defence had an air of reality, the burden returned to the Crown. There are three elements to be met for the defence to apply. The issue in this appeal related to the third element: whether the appellant used no more force than was necessary to defend his property. In considering whether the appellant used more force than was necessary, the Military Judge considered a number of factors, such as the nature of the property, its value, the risk of harm the property was exposed to by the complainant's actions, etc. It was open to the Military Judge to objectively consider the nature and value of the property at issue. Further, it was also appropriate to

il n'a pas tenu compte d'autres éléments de preuve — Par conséquent, le juge n'a pas fait l'analyse pertinente au regard de l'art. 39 du Code criminel.

L'appelant a été accusé de voies de fait simples et de voies de fait causant des lésions corporelles, infractions prévues à l'alinéa 130(1)b) de la *Loi sur la défense nationale* et à l'article 266 du *Code criminel*, relativement à un incident concernant son ex-épouse dont il était séparé à l'époque. La cour martiale permanente a reconnu l'appelant coupable de l'accusation de voies de fait simples, mais non de l'accusation plus grave de voies de fait causant des lésions corporelles. Les événements qui ont donné lieu au présent litige se sont produits en Belgique, où l'appelant était stationné à l'époque. La plaignante était en visite pour passer du temps avec sa fille. La plaignante a accepté de séjourner à la résidence de l'appelant, quand ses plans d'hébergement sont tombés à l'eau. L'incident concernait l'un des diplômes de l'appelant accroché au mur dans un cadre, que la plaignante a lancé au sol avant de commencer à sauter dessus. L'appelant a affirmé dans son témoignage qu'il n'a utilisé que la force nécessaire pour lui enlever le diplôme, ce qu'il n'a apparemment pas réussi. La plaignante a maintenu qu'elle était tombée par suite des actions de l'appelant et qu'elle s'était blessée.

Le juge militaire a trouvé une apparence de vraisemblance dans la défense en vertu d'un droit invoqué prévue au paragraphe 39(1) du *Code criminel*, et il a conclu que la défense s'appliquait. Toutefois, même si le juge militaire a estimé que les actions de l'appelant étaient motivées par son désir de protéger un bien personnel, il a également conclu que l'appelant avait eu recours à une force excessive.

La principale question en litige était de savoir si le juge militaire avait mal interprété la loi et les faits se rapportant à la défense relative à la protection d'un bien prévue au paragraphe 39(1) du *Code criminel*.

Arrêt : Appel rejeté.

Motifs rendus par le juge en chef Blanchard (le juge Richard y ayant souscrit) : Le paragraphe 39(1) du *Code criminel*; prévoit une défense affirmative devant être réfutée par la poursuite qui dans l'ensemble doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable, dans la mesure où l'accusé s'est acquitté de sa charge préliminaire de présentation ou qu'il a satisfait au « critère de la vraisemblance ». Dès que le juge militaire a conclu que la défense était vraisemblable, le fardeau était transféré à la poursuite. Pour que la défense s'applique, trois critères doivent être remplis. La question en litige dans le présent appel avait trait au troisième élément : l'appelant a-t-il employé une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien? Pour déterminer si l'appelant avait employé une force supérieure à celle nécessaire, le juge militaire a tenu compte de certains facteurs, comme la nature du bien, sa valeur, le risque de dommage auquel le bien a été

consider that the appellant was angry at the time of the incident. In terms of the injuries sustained by the complainant, the Judge did not simply reason backwards from the bruising suffered by the complainant. He properly considered both the nature of the force applied by the accused and the circumstances surrounding the use of force. The Military Judge's conclusion that the appellant used more force than was necessary and therefore that the defence under subsection 39(1) did not serve to justify the appellant's actions was based on findings that were reasonably open thereto in assessing the reasonableness of the force used by the appellant. Also, while the Military Judge concluded that in all of the circumstances he was "persuaded that the accused used excessive force against the complainant in the purported defence of his personal property", the use of the word "persuaded" was unfortunate since the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant used excessive force. Nevertheless, despite the use of this language, the Military Judge in this case turned his mind to the proper test to be applied. Therefore, the Military Judge did not make a palpable and overriding error in determining that the accused used more force than was necessary to defend his diploma. The verdict rendered was one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have returned.

Per Lutfy J.A. (dissenting): The Military Judge erred in not applying the requisite *R. v. W. (D.)* analysis. He failed to consider whether the appellant's disbelieved evidence raised a reasonable doubt, the second step in the *W. (D.)* analysis. The appeal had to be allowed on that basis alone. Also, the Military Judge failed to address the relevant facts concerning the statutory defence available to the appellant pursuant to subsection 39(1) of the *Criminal Code*. He reasoned backwards from the injuries sustained by the complainant in determining whether force was excessive, a reasoning held to constitute a reviewable error. The relevant inquiry under subsection 39(1) was whether or not an accused used more force than he on reasonable grounds believed was necessary. While it was open to the Military Judge not to believe the appellant's testimony that the complainant did not fall, he failed to assess other evidence, including that of the appellant concerning his description of the force he used. Thus, he did not turn his mind to the relevant inquiry under section 39. The Military Judge's failure to conduct the analysis of the other evidence was a material error of law which rendered the verdict unreasonable.

exposé par la conduite de la plaignante, etc. Le juge militaire pouvait examiner objectivement la nature et la valeur du bien en cause. De plus, il pouvait également tenir compte de la colère ressentie par l'appellant au moment de l'incident. En ce qui concerne les blessures subies par la plaignante, le juge n'a pas simplement raisonné à l'inverse à partir des ecchymoses subies par la plaignante. Le juge a à bon droit tenu compte à la fois de la nature de la force utilisée par l'accusé et des circonstances entourant l'utilisation de cette force. La conclusion du juge militaire selon laquelle l'appellant a eu recours à une force supérieure à celle qui était nécessaire, et que la défense prévue au paragraphe 39(1) ne peut justifier sa conduite, reposait sur les constatations que le juge pouvait raisonnablement tirer en évaluant le caractère raisonnable de la force employée par l'appellant. De plus, même si le juge militaire a conclu qu'eu égard à l'ensemble des circonstances, il était « convaincu que l'accusé a eu recours à une force excessive contre la plaignante pour défendre la possession de son bien personnel », l'emploi du terme « convaincu » était malheureux étant donné que le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant a eu recours à une force excessive. Néanmoins, malgré l'emploi de ce terme, le juge militaire s'est demandé quel était le bon critère à appliquer. Par conséquent, le juge militaire n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que l'accusé avait eu recours à une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son diplôme. Le verdict rendu est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

Motifs rendus par le juge Lutfy (motifs dissidents). Le juge militaire a commis une erreur en ne procédant pas à l'analyse requise par l'arrêt *R. c. W. (D.)*. Il ne s'est pas penché sur la question de savoir si le témoignage de l'appellant qu'il a rejeté soulevait un doute raisonnable, ce qui correspond à la deuxième étape de l'analyse prévue par l'arrêt *W. (D.)*. Pour ce seul motif, l'appel devrait être accueilli. De plus, le juge militaire a omis d'examiner les faits pertinents concernant le moyen de défense offert à l'appellant en application du paragraphe 39(1) du *Code criminel*. Il a raisonné à l'inverse à partir des blessures subies par la plaignante pour conclure que la force employée était excessive, un raisonnement qui constitue une erreur susceptible de révision. L'analyse requise au regard du paragraphe 39(1) consistait à se demander si l'accusé a eu recours à une force supérieure à celle qu'il croyait être raisonnablement nécessaire. Même s'il était loisible au juge militaire de ne pas croire le témoignage de l'appellant selon lequel la plaignante n'était pas tombée, il n'a pas tenu compte d'autres éléments de preuve, y compris ceux de l'appellant concernant sa description de la force employée. Il n'a donc pas fait l'analyse pertinente requise aux termes de l'article 39. L'omission du juge militaire de mener une analyse quant aux autres éléments de preuve constitue une erreur de droit importante qui rend le verdict déraisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(3), 39(1), 41(1), 266.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130(1)(b), 238.

CASES CITED

R. v. Baxter, 27 C.C.C. (2d) 96, 1975 CanLII 1510 (ON CA); *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Born With A Tooth*, 1992 ABCA 244, 131 A.R. 193; *R. v. Brown*, 2005 CanLII 24762 (ON SC); *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Garvie*, 2004 CanLII 18735 (ON SC); *R. v. George*, 49 O.R. (3d) 144, 2000 CanLII 5727 (ON CA); *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627; *R. c. Lamoureux*, 2006 QCCQ 2079, EYB 2006-102786; *R. v. Little*, 105 O.A.C. 351, 1998 CanLII 3678; *R. v. Matson*, 1970 CanLII 1013 (BC CA); *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R. v. Oakoak*, 2008 NUCJ 16, 79 W.C.B. (2d) 281; *R. v. Omand*, 2005 CanLII 43518 (ON SC); *R. v. Spence*, 134 Sask. R. 157, 1995 CanLII 3996 (SK CA); *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, 122 N.R. 277; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, 74 C.C.C. (3d) 134; *R. v. Weare*, 1983 CanLII 3520 (NS CA).

COUNSEL

Denis Couture, for the appellant.
Major Marylène Trudel, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

BLANCHARD C.J.

I. Introduction

[1] This is an appeal of the conviction, by a Standing Court Martial (2008 CM 2008) (judge alone) at Canadian Forces College Toronto on April 17, 2008, of Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz (the appellant) for common assault contrary to paragraph 130(1)(b) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 and section 266 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (Code).

[2] The appellant was found not guilty of the charge of assault causing bodily harm. However, he was found

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(3), 39(1), 41(1), 266.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 130(1)(b), 238.

JURISPRUDENCE CITÉE

R. v. Baxter, 27 C.C.C. (2^d) 96, 1975 CanLII 1510 (ON CA); *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. v. Born With A Tooth*, 1992 ABCA 244, 131 A.R. 193; *R. v. Brown*, 2005 CanLII 24762 (ON SC); *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. v. Garvie*, 2004 CanLII 18735 (ON SC); *R. v. George*, 49 O.R. (3^d) 144, 2000 CanLII 5727 (ON CA); *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627; *R. c. Lamoureux*, 2006 QCCQ 2079, EYB 2006-102786; *R. v. Little*, 105 O.A.C. 351, 1998 CanLII 3678; *R. v. Matson*, 1970 CanLII 1013 (BC CA); *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. v. Oakoak*, 2008 NUCJ 16, 79 W.C.B. (2^d) 281; *R. v. Omand*, 2005 CanLII 43518 (ON SC); *R. v. Spence*, 134 Sask. R. 157, 1995 CanLII 3996 (SK CA); *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, 122 N.R. 277; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, 74 C.C.C. (3^d) 134; *R. v. Weare*, 1983 CanLII 3520 (NS CA).

AVOCATS

Denis Couture, pour l'appellant.
Major Marylène Trudel, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF BLANCHARD

I. Introduction

[1] Le présent appel porte sur une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale permanente [2008 CM 2008] (juge seul) au Collège des Forces canadiennes de Toronto, le 17 avril 2008, contre le lieutenant-colonel Szczerbaniwicz (l'appellant) pour voies de fait simples, infraction prévue à l'alinéa 130(1)(b) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et à l'article 266 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, (le Code).

[2] L'appelant a été déclaré non coupable de l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles.

guilty of the lesser and included offence of assault on the complainant, his spouse, from whom he had separated but not yet divorced.

II. Facts

[3] The events giving rise to this case took place on August 16, 2006 in Belgium where the appellant was then posted. The marriage of the appellant and the complainant had broken down and they had been separated for approximately two months. The complainant was visiting (mainly to spend time with her daughter) and arrived in Belgium on the evening of August 15, 2006. The appellant testified that, when the complainant's arrangements for accommodations fell through, he offered that she stay at his residence.

[4] Since the complainant and the appellant gave differing versions of the ensuing events, what exactly happened the following morning is somewhat unclear. The Military Judge (trial Judge) presiding at the Standing Court Martial, summarized several important facts in his decision of April 17, 2008. The facts pertinent to this appeal are reproduced below (at paragraphs 7, 8 and 10):

... The following morning [the complainant] awoke and was on the telephone to Canada when the accused [now the appellant] awoke. They had a conversation about moving personal effects from storage in Winnipeg to their home in British Columbia that [the complainant] was then occupying with their son. The conversation apparently became heated, at least from [the complainant]'s side, on the issue of who would pack up [the complainant]'s effects.

[The complainant testified that] [s]he followed [the appellant] up the stairs in the residence. She took a mounted diploma off the wall at the stairs and threw it to the floor. At that point, [the appellant] raised his fist in her direction and yelled that he was going to get her. He came down the stairs and turned her around and pushed or shoved her up the stairs. She fell backwards and landed on the floor on her elbow. ...

...

... [The appellant] testified that he was heading upstairs to shave and shower, and [the complainant] was yelling at him. When he turned to say something from the top of

Cependant, il a été déclaré coupable de l'infraction incluse de voies de fait moins grave contre la plaignante, son épouse, dont il était séparé mais pas encore divorcé.

II. Faits

[3] Les incidents qui ont donné lieu au présent litige se sont produits le 16 août 2006 en Belgique, pays où l'appellant était affecté à l'époque. Le mariage de l'appellant et de la plaignante avait échoué et ils étaient séparés depuis environ deux mois. La plaignante était en visite (principalement pour passer du temps avec sa fille), étant arrivée en Belgique dans la soirée du 15 août 2006. Dans son témoignage, l'appellant a affirmé avoir offert à la plaignante, dont les plans d'hébergement étaient tombés à l'eau, de venir rester chez lui.

[4] Étant donné que la plaignante et l'appellant ont donné des versions différentes sur les incidents survenus, ce qui s'est exactement produit le lendemain matin est plutôt vague. Le juge militaire (le juge du procès) qui a présidé la Cour martiale permanente, a résumé plusieurs faits importants dans sa décision du 17 avril 2008. Les faits pertinents quant au présent appel sont exposés ci-après (aux paragraphes 7, 8 et 10) :

[...] Le lendemain matin, elle s'est réveillée et parlait au téléphone avec une personne du Canada lorsque l'accusé s'est réveillé à son tour. Ils ont eu une conversation au sujet du déménagement d'effets personnels entreposés à Winnipeg à leur maison située en Colombie-Britannique, que M^{me} Szczerbaniwicz occupait alors avec leur fils. Apparemment, le ton a monté, du moins dans le cas de M^{me} Szczerbaniwicz, relativement à la question de savoir qui emballerait les effets de celle-ci.

Elle a monté l'escalier de la résidence derrière lui. Elle a ensuite pris un diplôme qui était accroché au mur de l'escalier et l'a lancé au sol. À ce moment, l'accusé a levé le poing vers elle et lui a dit en criant qu'il l'attraperait. Il a descendu les marches de l'escalier, l'a forcée à se retourner et l'a poussée ou bousculée. Elle est alors tombée à la renverse et a atterri au sol, sur le coude. [...]

[...]

[...] Il a mentionné que, alors qu'il montait l'escalier pour aller se raser et prendre sa douche, il a entendu M^{me} Szczerbaniwicz qui criait après lui. Lorsqu'il s'est

the stairs, she pulled the diploma off the wall, threw it on the ground, and started jumping on it when it didn't break. He went down the stairs and grabbed her by the clothing in her neck area and swung her around to get her off the diploma. She kicked the diploma down the stairs, and as he went to retrieve it, he was hit in the head when she threw another picture from the wall at him. He forced her back up the stairs and into a bedroom by yelling at her and tried to close the door while she resisted the door closing. He denies showing his fist to her; denies taking hold of her, other than by the clothing; and denies that she fell as a result of him swinging her around.

[5] The appellant and the complainant's versions of the short period of time during which the appellant physically handled the complainant are very different.

[6] What is clear is that the incident occurred on the first landing of the staircase, connecting two flights of stairs at right angles to one another, measuring approximately three feet by three feet. It is also clear that both the complainant and the appellant are full-grown adults weighing approximately 160 pounds each.

[7] Following the incident, the appellant was interrogated by the Military Police officer Master Warrant Officer Girard. In this interview, the appellant describes his physical touching of the complainant as "swinging" about 45 degrees, as "pulling", as "moving" and as "pushing". At all times, he maintains that he grabbed hold of her by her sweatshirt. In his testimony, the appellant describes the physical contact as "moving". The complainant, in her testimony, describes the physical contact as "turning and pushing" and "turning and shoving".

[8] The appellant stated that he "only used sufficient force to move her off the diploma". He pointed out, that the force was so minimal that he did not succeed in completely freeing the diploma from under her feet. The complainant, however, maintains that she fell as a result of the appellant's actions.

[9] During the interrogation, the appellant admits to having lost control. This admission is clarified in his testimony. The appellant testified that his normal reaction

retourné pour parler du haut de l'escalier, elle a décroché le diplôme du mur, l'a lancé au sol et s'est mise à sauter sur le cadre lorsqu'elle a constaté qu'il n'était pas encore cassé. Il a descendu les marches, l'a saisie par l'encolure et l'a forcée à se retourner pour lui enlever le diplôme des mains. Elle a lancé le diplôme en bas de l'escalier et, en allant le chercher, il a été frappé à la tête par un autre cadre qui était accroché au mur et qu'elle a lancé vers lui. Il l'a forcée à monter l'escalier et à entrer dans une chambre tout en criant après elle et il a tenté de fermer la porte malgré la résistance qu'elle lui opposait. Il nie lui avoir montré le poing ou l'avoir saisie, sauf par l'encolure, et il nie aussi l'avoir fait tomber en la forçant à se retourner.

[5] Les versions de l'appelant et de la plaignante concernant le court laps de temps pendant lequel l'appelant a maltraité physiquement la plaignante sont très différentes.

[6] Toutefois, il est clair que l'incident s'est produit sur le premier palier de l'escalier, qui connectait deux séries de marches à angle droit l'une de l'autre et mesurait environ trois pieds par trois pieds. On sait également que la plaignante et l'appelant sont des adultes et qu'ils pèsent environ 160 livres chacun.

[7] À la suite de l'incident, l'appelant a été interrogé par l'agent de la police militaire, l'Adjudant-maître Girard. Lors de cet interrogatoire, l'appelant a décrit son contact physique avec la plaignante comme l'ayant [TRADUCTION] « retournée » d'environ 45 degrés, « tirée », « poussée » et « bousculée ». En tout temps, il soutient qu'il l'a saisie par le chandail. Dans son témoignage, l'appelant a dit qu'il l'avait physiquement « poussé ». La plaignante a dit dans son témoignage que l'appelant l'avait [TRADUCTION] « forcée à se retourner et poussée » et « forcée à se retourner et bousculée ».

[8] L'appelant a affirmé qu'il [TRADUCTION] « n'a utilisé que la force nécessaire pour lui enlever le diplôme ». Il a précisé que la force dont il s'est servi était si faible qu'il n'a pas complètement réussi à libérer le diplôme qui se trouvait sous les pieds de la plaignante. Cette dernière soutient cependant qu'elle est tombée par suite des actions de l'appelant.

[9] Au cours de son interrogatoire, l'appelant a admis qu'il avait perdu le contrôle. Cette admission est expliquée dans son témoignage. L'appelant a affirmé que sa

to heated situations is to remove himself and that, in as much as he did not remove himself this time, this amounted to losing control.

III. The trial Judge's finding

[10] At trial, the defence conceded that the Appellant intentionally applied force to the Complainant without her consent, and that he knew she was not consenting. Therefore, as indicated by the trial judge, all the elements of the offence of assault are established.

[11] Although the learned trial judge found both witnesses to be credible and attributed the discrepancies in their testimonies to the heightened state of emotions that were in play on the morning of August 16, 2006, he preferred the Complainant's description of the assault.

[12] The learned trial judge found an air of reality to the defence of defence with claim of right under subsection 39(1) of the Code and determined that the defence was engaged. He found that the Appellant was in possession of the diploma and that his actions were motivated by his desire to protect his personal property; however, he found that the Appellant's use of force was excessive.

[13] In so finding, the trial Judge wrote (at paragraphs 16 to 19):

... I have considered several factors, including the nature of the property in question; its value, including its sentimental value to the accused; the risk of harm to which the property was exposed by the actions of the complainant; the alternative courses of action open to the accused at the time; and the consequences for the complainant of the action the accused took. With respect to the matter of the action taken by the accused, I accept the uncontradicted evidence of the complainant that she suffered the bruising she described in her evidence to her back, her legs, and her elbow. I find, therefore, that she did indeed fall as a result of the pushing or shoving by the accused in the manner she described in her testimony. I do not accept the evidence of the accused in which he denies that the complainant fell. On his version of events, there is no explanation as to how the bruising occurred. This objective fact of the bruising is consistent with the evidence of the complainant on this point, and inconsistent with the version of events given by Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz.

réaction habituelle à une discussion animée est de se retirer et, puisque cette fois-là il ne l'a pas fait, il a perdu la maîtrise de lui-même.

III. Conclusion du juge du procès

[10] Au procès, la défense a admis que l'appelant avait intentionnellement eu recours à la force sans le consentement de la plaignante, et qu'il savait qu'elle n'y consentait pas. Ainsi, comme l'a indiqué le juge du procès, tous les éléments de l'infraction de voies de fait sont établis.

[11] Bien que le juge du procès ait conclu que les deux témoins étaient crédibles et qu'il ait attribué les écarts entre leurs versions à la grande émotion qu'ils ressentaient le matin du 16 août 2006, il a retenu la version de l'agression donnée par la plaignante.

[12] Le juge du procès a trouvé une apparence de vraisemblance dans la défense en vertu d'un droit invoqué prévue au paragraphe 39(1) du Code, et il a conclu que la défense s'appliquait. Il a statué que l'appelant était en possession d'un diplôme et que ses actions étaient motivées par son désir de protéger un bien personnel; cependant il a conclu que l'appelant avait eu recours à une force excessive.

[13] En tirant cette conclusion, le juge du procès a écrit ce qui suit (aux paragraphes 16 à 19) :

[...] j'ai examiné plusieurs facteurs, y compris la nature du bien en question, sa valeur, notamment sa valeur sentimentale aux yeux de l'accusé, le risque de dommage auquel le bien a été exposé par la conduite de la plaignante, les solutions de rechange qui s'offraient à l'accusé à l'époque et les conséquences de la conduite de l'accusé pour la plaignante. En ce qui a trait à la conduite de l'accusé, j'accepte le témoignage non contredit de la plaignante au sujet des ecchymoses qu'elle a subies au dos, aux jambes et au coude. En conséquence, j'en arrive à la conclusion qu'elle est effectivement tombée par suite du fait que l'accusé l'a poussée ou l'a bousculée de la façon qu'elle a décrite au cours de son témoignage. Je n'accepte pas la partie du témoignage de l'accusé au cours de laquelle celui-ci a nié que la plaignante soit tombée. La version que l'accusé donne des événements ne comporte pas la moindre explication quant à la façon dont les ecchymoses ont été causées. Le fait que des ecchymoses ont été causées va de pair avec le témoignage de la plaignante sur ce point et est incompatible avec la version des événements qu'a donnée le lieutenant-colonel Szczerbaniwicz.

I accept the evidence of Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz that the diploma was very important to him as it signified a major achievement for him in his professional development. But there is no evidence before me that the diploma was in fact damaged to any significant degree as a result of being thrown to the floor, and perhaps jumped on. Even if there were damage, the item in question is a document that might be replaced if necessary. In his statement to the investigators, the accused was specifically asked whether he had gone a bit too far, and replied in reference to the diploma, “It is hard to say. When I think of it in retrospect, it is just a piece of paper, but it meant a lot to me. It was the anger of the moment. If I had been even a little bit—I should have just said, I can replace that, if she breaks that. But I didn’t. That is in retrospect.”

I am urged by counsel to consider this statement as simply an expression of regret and not as an admission that the force used was excessive. But in my view, this evidence, taken in the context of the evidence as a whole, supports the conclusion that as a result of his angry state of mind, Lieutenant-Colonel Szczerbaniwicz lost his self-control for a short period of time, during which he physically manhandled his spouse, causing her to fall and suffer the bruising injury I have described.

On all the circumstances I am persuaded that the accused used excessive force against the complainant in the purported defence of his personal property; that is, that he used more force than was necessary, and therefore the defence under subsection 39(1) does not serve to justify his actions. [Appeal Book, at pages 142-143; Emphasis added.]

[14] The complainant testified that her finger was broken as a result of the altercation with the appellant, but the learned trial Judge had a reasonable doubt as to whether or not this injury was the result of the appellant’s use of force against the complainant. For this reason, the trial Judge acquitted the appellant of the offence of assault causing bodily harm.

Par ailleurs, j’accepte le témoignage du lieutenant-colonel Szczerbaniwicz selon lequel le diplôme était très important pour lui, parce qu’il signifiait un accomplissement majeur dans son cheminement professionnel. Cependant, je n’ai été saisi d’aucun élément de preuve montrant que le diplôme a été endommagé de façon importante par suite du fait que la plaignante l’a lancé au sol et a peut-être sauté sur le cadre en question. Cependant, même si des dommages ont effectivement été causés, l’objet en question est un document qui pourrait être remplacé, au besoin. Lorsque les enquêteurs ont demandé à l’accusé s’il était allé un peu trop loin, il a répondu ce qui suit au sujet du diplôme : [TRADUCTION] « c’est difficile à dire. Lorsque j’y pense aujourd’hui, ce n’est qu’un bout de papier, mais il signifiait beaucoup pour moi. J’ai agi ainsi sous l’impulsion de la colère. Si j’avais été un peu — j’aurais dû dire simplement, je peux remplacer ça, si elle le brise. Mais je ne l’ai pas dit. C’est une réaction après coup. »

L’avocat me demande de considérer cette déclaration comme une simple expression de regret et non comme une admission du fait que l’accusé a eu recours à une force excessive. Cependant, à mon avis, compte tenu de l’ensemble de la preuve, cette déclaration permet de conclure que, en raison de la colère qu’il ressentait, le lieutenant-colonel Szczerbaniwicz a perdu la maîtrise de lui-même pendant un court laps de temps et il a alors physiquement maltraité son épouse au point de la faire tomber, ce qui a provoqué les ecchymoses que j’ai décrites.

Eu égard à l’ensemble des circonstances, je suis convaincu que l’accusé a eu recours à une force excessive contre la plaignante pour défendre la possession de son bien personnel, c’est-à-dire qu’il a eu recours à une force supérieure à celle qui était nécessaire; par conséquent, la défense prévue au paragraphe 39(1) ne peut justifier sa conduite. [Dossier d’appel, aux pages 142 et 143; Je souligne.]

[14] La plaignante a affirmé dans son témoignage qu’elle a subi une fracture au doigt dans l’altercation avec l’appellant, mais le juge du procès a conclu qu’il y avait un doute raisonnable quant à savoir si la cause de la blessure était la force que l’appellant avait utilisée contre la plaignante. Pour ce motif, le juge du procès a acquitté l’appellant de l’infraction de voies de fait causant des lésions corporelles.

IV. The applicable provisions of the *Criminal Code*

[15] Section 266 of the Code provides:

Assault

266. Every one who commits an assault is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

[16] Subsection 39(1) of the Code provides:

Defence with claim of right

39. (1) Every one who is in peaceable possession of personal property under a claim of right, and every one acting under his authority, is protected from criminal responsibility for defending that possession, even against a person entitled by law to possession of it, if he uses no more force than is necessary.

Defence without claim of right

(2) Every one who is in peaceable possession of personal property, but does not claim it as of right or does not act under the authority of a person who claims it as of right, is not justified or protected from criminal responsibility for defending his possession against a person who is entitled by law to possession of it.

[17] Subsection 4(3) of the Code:

Possession

(3) For the purposes of this Act,

- (a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly
 - (i) has it in the actual possession or custody of another person, or
 - (ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and

IV. Les dispositions applicables du *Code criminel*

[15] L'article 266 du Code est ainsi rédigé :

Voies de fait

266. Quiconque commet des voies de fait est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[16] L'article 39 du Code prévoit ce qui suit :

Défense en vertu d'un droit invoqué

39. (1) Quiconque est en possession paisible d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué, de même que celui qui agit sous son autorité, est à l'abri de toute responsabilité pénale en défendant cette possession, même contre une personne qui légalement a droit à la possession du bien en question, s'il n'emploie que la force nécessaire.

Défense sans droit invoqué

(2) Quiconque est en possession paisible d'un bien meuble, mais ne le réclame pas de droit ou n'agit pas sous l'autorité de quiconque prétend y avoir droit, n'est ni justifié ni à l'abri de responsabilité pénale s'il défend sa possession contre une personne qui a légalement droit à la possession de ce bien.

[17] Le paragraphe 4(3) du Code est le suivant :

Possession

(3) Pour l'application de la présente loi :

- a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment :
 - (i) ou bien elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne,
 - (ii) ou bien elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne;

(b) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

V. Grounds of appeal

[18] The appellant raises the following grounds of appeal:

1. the trial Judge improperly curtailed the cross-examination of the complainant on the facts relating to the split of assets and the ongoing separation/divorce proceedings;
2. the trial Judge placed on the appellant the burden of explaining the manner in which the complainant was bruised; and
3. the trial Judge misconstrued the law and facts related to the defence of property pursuant to subsection 39(1) of the Criminal Code.

VI. Role of the appellate court

[19] The role of an appellate court sitting on appeal of a guilty verdict, where the legality of any or all of the findings of the trial judge are challenged, was set out as follows by this Court in *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60, at paragraph 51:

... However, when an accused alleges that the conviction imposed on him is unreasonable, the Court of Appeal must examine the evidence, not in order to substitute its own assessment, but in order to determine whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have returned: see Cournoyer and Ouimet, *Code criminel annoté 2003* (Cowansville, Que.: Éditions Yvon Blais, 2002), page 1066, citing *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Molodowic*, 2000 SCC 16, [2000] 1 S.C.R. 420.

[20] This test is equally applicable to a verdict rendered by a judge sitting at trial without a jury (*R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at paragraph 37).

V. Moyens d'appel

[18] L'appellant soulève les moyens d'appel suivants :

1. le juge du procès a écourté indûment le contre-interrogatoire de la plaignante sur les faits liés à la séparation des biens et aux procédures de séparation et de divorce en cours;
2. le juge du procès a imposé à l'appellant le fardeau d'expliquer la façon dont les ecchymoses ont été causées à la plaignante; et
3. le juge du procès a mal interprété la loi et les faits se rapportant à la défense relative à la protection d'un bien prévue au paragraphe 39(1) du Code criminel.

VI. Rôle de la cour d'appel

[19] Le rôle d'une cour d'appel siégeant en appel d'un verdict de culpabilité, lorsque la légalité de l'une ou de la totalité des conclusions du juge du procès est contestée, a été établi de la façon suivante par la Cour dans l'arrêt *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60, au paragraphe 51 :

[...] Toutefois, lorsqu'un accusé allègue que le verdict de culpabilité qui l'afflige est déraisonnable, la Cour d'appel doit examiner la preuve, non pas pour y substituer son appréciation, mais pour décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et qui agit de manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre : voir Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville, Qc : Éditions Yvon Blais, 2002, page 1066, citant *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Molodowic*, 2000 CSC 16, [2000] 1 R.C.S. 420.

[20] Ce critère s'applique tout autant à un verdict prononcé par un juge siégeant sans jury (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, au paragraphe 37).

[21] In *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, Madam Justice McLachlin writing for the Supreme Court expressed the following view at page 131 of her reasons:

It is thus clear that a court of appeal, in determining whether the trier of fact could reasonably have reached the conclusion that the accused is guilty beyond a reasonable doubt, must re-examine, and to some extent at least, reweigh and consider the effect of the evidence.

[22] An appellate court must take into account the reasonableness of the verdict and do so on consideration of all of the evidence. Justice Charron in *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, stated that errors in an analysis by a judge do not necessarily render a verdict unreasonable. She wrote at paragraph 58 of her reasons:

... In every case, it is the *conclusion* that is reviewed, not the process followed to reach it. I agree that, as Arbour J. explained in the passage quoted above, errors or a faulty thought process in a judge's reasons can sometimes explain an unreasonable conclusion reached by the judge. But a verdict is not necessarily unreasonable because the judge has made errors in his or her analysis. The review must go further than that. In every case, the court must determine whether the *verdict* is unreasonable and, to do so, it must consider all the evidence. [Emphasis in original.]

VII. Analysis

[23] In my view, there is no merit to the first two grounds raised by the appellant.

[24] With respect to the first ground of appeal, while the scope of cross-examination by the accused is very broad, the trial Judge has the discretion to intervene when irrelevant questions are asked of a witness. In this case, the trial Judge did not prohibit all questions related to the breakdown of the marriage; he only questioned the relevancy of asking the complainant why she had not signed a settlement agreement given to her more than one year after August 16, 2006. Accordingly, I find that the trial Judge did not err in this respect.

[21] Dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, madame la juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour suprême, a exposé le point de vue suivant à la page 131 de ses motifs :

Il est donc clair que, pour déterminer si le juge des faits aurait pu raisonnablement conclure à la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, la cour d'appel doit réexaminer et, du moins dans une certaine mesure, réévaluer l'effet de la preuve.

[22] Une cour d'appel doit évaluer le caractère raisonnable du verdict, et ce, en examinant l'ensemble de la preuve. La juge Charron dans l'arrêt *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, a déclaré que les erreurs qu'un juge commet au cours d'une analyse ne rendent pas nécessairement le verdict déraisonnable. Elle a écrit au paragraphe 58 de ses motifs :

[...] Dans tous les cas, c'est la *conclusion* qui est à l'examen, et non le processus qui a été suivi pour y arriver. Je conviens, comme l'explique la juge Arbour dans l'extrait précité, que si les motifs du juge révèlent des erreurs ou un raisonnement fautif, ceci peut parfois expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée. Mais un verdict n'est pas nécessairement déraisonnable parce que le juge a commis des erreurs au cours de son analyse. L'examen doit être poussé plus loin. Dans tous les cas, le tribunal doit considérer si le *verdict* est déraisonnable et, pour ce faire, l'ensemble de la preuve doit être considéré. [En italique dans l'original.]

VII. Analyse

[23] À mon avis, les deux premiers moyens invoqués par l'appellant ne sont pas fondés.

[24] En ce qui concerne le premier moyen d'appel, bien que la portée du contre-interrogatoire soit très vaste, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'intervenir lorsque des questions non pertinentes sont posées à un témoin. En l'espèce, le juge du procès n'a pas interdit de poser des questions sur la rupture du mariage, mais il a seulement mis en doute la pertinence de demander à la plaignante pourquoi elle n'avait pas signé l'entente de règlement qui lui avait été remise plus d'un an après le 16 août 2006. Par conséquent, je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur à cet égard.

[25] With respect to the second ground of appeal, I do not find that the trial Judge placed a burden on the accused to explain how the complainant had been bruised. Instead, the trial Judge was simply explaining his reason for disbelieving the evidence of the accused that the complainant had not fallen. That is, the fact of the bruising was consistent with the evidence of the complainant that she had fallen.

[26] The final ground of appeal concerns whether the trial Judge erred in finding that the appellant used excessive force in defending his personal property, such that he could not avail himself of the subsection 39(1) defence.

[27] The burden is on the Crown to prove all elements of the offence beyond a reasonable doubt. In this case, there is no question that the appellant applied force to the complainant. He took hold of her with the stated intention of removing her from where she was standing in order to free his diploma. Nor is there any dispute that he did so intentionally and without the complainant's consent. It follows therefore that all of the elements of the offence of assault are established. This case turns on whether subsection 39(1), defence with claim of right, was properly made out.

[28] Subsection 39(1) is an affirmative defence which requires the Crown to disprove it as part of its burden of proving guilt beyond a reasonable doubt, as long as the accused has overcome the threshold evidential burden or "air of reality" test (*R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627, at paragraph 32; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paragraph 52). Once the trial Judge found that the defence had an air of reality, the burden returned to the Crown.

[29] For the defence to apply: (1) the appellant must have been in peaceable possession of the personal property under a claim of right; (2) the act undertaken by the appellant must have been made for the purpose of defending that

[25] Quant au deuxième moyen d'appel, je ne peux conclure que le juge du procès a imposé à l'accusé le fardeau d'expliquer la façon dont les ecchymoses avaient été causées à la plaignante. Le juge du procès a plutôt simplement expliqué pourquoi il n'ajoutait pas foi au témoignage de l'accusé au cours duquel il avait nié que la plaignante était tombée. Cela dit, les ecchymoses subies par la plaignante concordent avec son témoignage selon lequel elle est tombée.

[26] Le dernier motif d'appel se rapporte à la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'appelant avait eu recours à une force excessive contre la plaignante pour défendre la possession de son bien meuble de sorte qu'il ne pouvait bénéficier de la défense prévue au paragraphe 39(1).

[27] Il incombe au poursuivant de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction. Dans la présente affaire, il ne fait aucun doute que l'appelant a employé la force contre la plaignante, puisqu'il l'a saisie dans le but intentionnel de la pousser pour libérer le diplôme. Il n'est pas non plus contesté que l'appelant a agi ainsi intentionnellement et sans le consentement de la plaignante. Il s'ensuit donc que tous les éléments de l'infraction de voies de fait sont établis. Le présent litige repose donc sur la question de savoir si la défense en vertu d'un droit invoqué, prévue au paragraphe 39(1), a été correctement interprétée.

[28] Le paragraphe 39(1) prévoit une défense affirmative devant être réfutée par la poursuite qui dans l'ensemble doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable, dans la mesure où l'accusé s'est acquitté de sa charge préliminaire de présentation ou qu'il a satisfait au « critère de la vraisemblance » (*R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627, au paragraphe 32; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 52). Dès que le juge du procès a conclu que la défense était vraisemblable, le fardeau est renvoyé à la poursuite.

[29] Pour que la défense s'applique : 1) l'appelant doit être en possession paisible d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué, 2) sa conduite devait avoir pour but de protéger le bien en question, et 3) l'appelant ne doit

possession; and (3) the appellant must have used no more force than was necessary to defend his personal property.

[30] The trial Judge was satisfied that the first two of the three elements of the defence were met. He found that the appellant was in peaceable possession of the personal property and was motivated by his desire to protect his diploma. The issue on this appeal relates to the third element: whether the appellant used no more force than is necessary to defend his property.

[31] In considering whether or not the appellant used more force than was necessary, the trial Judge states that he considered the following factors: the nature of the property; its value, including its sentimental value to the appellant; the risk of harm to which the property was exposed by the actions of the complainant; the alternative courses of action open to the appellant at the time; and the consequences for the complainant of the appellant's action.

[32] The trial Judge never expressly addresses the alternative courses of action open to the appellant. As to the consequences for the complainant, he found that as a result of the shoving and pushing by the appellant the complainant suffered bruising.

[33] The trial Judge states that he also considered the appellant's angry state of mind. In so doing, he considered the appellant's admission that he was angry at the time of the incident, and physically manhandled his spouse as a result. He found that for a short period of time the appellant lost his self-control during which time he physically manhandled the complainant causing her to fall and suffer bruising.

[34] The appellant submits that the Judge erred in considering whether or not the diploma was in fact damaged, since it would defeat the purpose of the defence if one were required to wait until his or her property is damaged or destroyed before intervening.

[35] The appellant further submits that whether or not the document can be easily replaced is of no significance,

avoir employé que la force nécessaire pour protéger son bien.

[30] Le juge du procès était convaincu que les deux premiers des trois éléments de défense avaient été établis. Il a conclu que l'appelant était en possession paisible de son diplôme et qu'il avait été motivé par le désir de le protéger. La question en litige en l'espèce se rapporte donc au troisième élément : l'appelant a-t-il employé une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien?

[31] Pour décider si l'appelant avait employé une force supérieure à celle nécessaire, le juge du procès a indiqué avoir tenu compte des facteurs suivants : la nature du bien; sa valeur, notamment sa valeur sentimentale aux yeux de l'accusé; le risque de dommage auquel le bien a été exposé par la conduite de la plaignante; les solutions de rechange qui s'offraient à l'accusé à l'époque et les conséquences de la conduite de l'accusé pour la plaignante.

[32] Le juge du procès n'a jamais vraiment traité des solutions de rechange qui s'offraient à l'accusé. Quant aux conséquences pour la plaignante, il a conclu que les ecchymoses avaient été causées du fait que l'accusé l'avait poussée et bousculée.

[33] Le juge du procès a indiqué qu'il a également tenu compte de la colère ressentie par l'appelant. Il a donc retenu l'admission de l'appelant qui a dit qu'il était en colère au moment de l'incident et qu'il avait maltraité son épouse en conséquence. Le juge a conclu que l'appelant avait perdu la maîtrise de lui-même pendant un court laps de temps et il avait alors physiquement maltraité son épouse au point de la faire tomber, ce qui lui a causé des ecchymoses.

[34] L'appelant soutient que le juge a commis une erreur en se demandant si le diplôme avait été effectivement endommagé, car ce serait aller à l'encontre de l'objet du moyen de défense d'avoir à attendre que le bien soit endommagé ou détruit avant d'intervenir.

[35] L'appelant soutient de plus que la facilité avec laquelle le document peut être remplacé est sans importance,

as allowing the defence to succeed only where the property cannot be replaced reads into subsection 39(1) of the Code a requirement of uniqueness which does not exist.

[36] The appellant also argues that his anger is irrelevant to the analysis of excessive force given that subsection 39(1) of the Code expressly permits the use of force in this limited circumstance, and nowhere does it require that the use of force be applied without anger or passion.

[37] In response to the appellant's arguments, the respondent simply reiterates that the issue of whether or not the appellant used excessive force in defending his property is a finding of fact which can only be overturned for "some palpable and overriding error which affected [the trial Judge's] assessment of the facts".

[38] There is limited jurisprudence interpreting the phrase "no more force than is necessary" in the context of subsection 39(1). However, the courts have interpreted the same phrase in subsection 41(1). Both subsections 39(1) and 41(1) are found in the section of the Code entitled "Defence of Property". I reproduce subsection 41(1) below:

Defence of house or real property

41. (1) Every one who is in peaceable possession of a dwelling-house or real property, and every one lawfully assisting him or acting under his authority, is justified in using force to prevent any person from trespassing on the dwelling-house or real property, or to remove a trespasser therefrom, if he uses no more force than is necessary.

[39] The Alberta Court of Appeal in *R. v. Born With A Tooth*, 1992 ABCA 244, held that the test in assessing the necessity of the force, the last element of subsection 41(1), which it described as the reasonableness of the force, is not just subjective but also involves an objective component. At paragraph 36 of its reasons for decision, the Court stated:

As regards the first two elements, and the factual content of the third element, the defence of mistake is also available. That defence requires the honest belief by the accused in

car accueillir le moyen de défense seulement lorsque le bien ne peut être remplacé, ajoute au paragraphe 39(1) du Code une exigence de caractère unique qui n'existe pas.

[36] L'appellant allègue aussi que la colère avec laquelle il a agi n'est pas pertinente dans l'analyse de la force excessive, étant donné que le paragraphe 39(1) du Code autorise expressément l'emploi de la force dans ce cas précis et qu'il n'exige aucunement que cette force soit employée sans colère ou emportement.

[37] En réponse aux arguments de l'appellant, l'intimée réitère simplement que la question de savoir si l'appellant a employé une force excessive en protégeant son bien constitue une conclusion de fait qui ne peut être infirmée que si « [le juge du procès] a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits ».

[38] Il y a peu de jurisprudence qui traite de l'interprétation de l'expression « s'il n'emploie que la force nécessaire » dans le contexte du paragraphe 39(1). Cependant, les tribunaux ont interprété la même expression qui se trouve au paragraphe 41(1). Les paragraphes 39(1) et 41(1) figurent dans la partie du *Code criminel* intitulée « Défense des biens ». Voici reproduit ci-après le paragraphe 41(1) :

Défense de la maison ou du bien immeuble

41. (1) Quiconque est en possession paisible d'une maison d'habitation ou d'un bien immeuble, comme celui qui lui prête légalement main-forte ou agit sous son autorité, est fondé à employer la force pour en empêcher l'intrusion par qui que ce soit, ou pour en éloigner un intrus, s'il ne fait usage que de la force nécessaire.

[39] Dans l'arrêt *R. c. Born With A Tooth* 1992 ABCA 244, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le critère utilisé pour évaluer si la force était nécessaire, dernier élément prévu au paragraphe 41(1) qu'elle décrit comme le caractère raisonnable de la force, n'est pas que subjectif mais comporte également un aspect objectif. Au paragraphe 36 des motifs de sa décision, la Cour a écrit :

[TRADUCTION] En ce qui a trait aux deux premiers éléments et au contenu factuel du troisième, la défense d'erreur peut également être invoquée. Ce moyen de défense exige

a set of facts which, if true, would afford a defence. See *R. v. Pappajohn*, [1980] 2 S.C.R. 120. An accused might, honestly but mistakenly, believe that he has a measure of control over the lands, or that his supposed control is unchallenged, or he might believe in a set of facts which, if true, makes the victim a trespasser. But honest mistake of fact appears not to be enough for the last element, because that requires that the reasonableness of the force meet an objective, not just a subjective, test. See *R. v. Scopelliti*, (1981) 63 C.C.C. (2d) 481. [Emphasis added.]

[40] Relying on a similar interpretation of subsection 41(1), the Ontario Superior Court in *R. v. Garvie*, 2004 CanLII 18735 (ON SC), at paragraph 12, explained that the proper inquiry involves both an objective and subjective test.

With the “necessity” of the force involving both a subjective and objective component, if the Crown establishes beyond a reasonable doubt the accused either did not believe the force he used was necessary or that the force objectively was excessive or unreasonable in the circumstances, the s. 41 defence fails.

[41] In *R. v. Gunning*, above, the Supreme Court adopted similar reasoning in the context of subsection 41(1) and found that the assessment of the force must take into account all of the circumstances. Madam Justice Charron writing for the Court interpreted the fourth element of the offence “no more force than is necessary” to mean that “the force used ... must have been reasonable in all the circumstances” (at paragraph 25).

[42] In my view, the above analyses regarding the phrase “no more force than is necessary” also finds application in the context of subsection 39(1).

[43] Guidance is also found in the case law regarding the factors to be considered in where the defence of property is invoked. In *R. v. George* (2000), 49 O.R. (3d) 144, at paragraph 49, the Ontario Court of Appeal quoted the following passage from its decision in *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (ON CA), at page 113, in which the following factors are suggested to be considered with respect to all provisions in the *Criminal Code*

que l'accusé croie sincèrement en des circonstances qui, si elles existaient, constitueraient un moyen de défense. Voir *R. v. Pappajohn*, [1980] 2 R.C.S. 120. Un accusé peut sincèrement mais erronément croire qu'il a un certain contrôle sur des terres ou que ce contrôle présumé n'est pas contesté, ou encore il peut croire en des circonstances qui, si elles existaient, font de la victime un intrus. Cependant, l'erreur sincère quant aux faits ne semble pas être suffisante à l'égard du dernier élément, puisqu'il faut que le caractère raisonnable de la force réponde à un critère non seulement objectif mais également subjectif. Voir *R. v. Scopelliti*, (1981) 63 C.C.C. (2d) 481. [Je souligne.]

[40] Se fondant sur une interprétation semblable du paragraphe 41(1), la Cour supérieure de l'Ontario, dans la décision *R. c. Garvie*, 2004 CanLII 18735 (ON SC), au paragraphe 12, a expliqué que l'analyse appropriée comporte à la fois un critère objectif et subjectif.

[TRADUCTION] Compte tenu que le « caractère nécessaire » de la force comprend à la fois un élément subjectif et un élément objectif, si la Couronne établit hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas que la force utilisée était celle qui était nécessaire ou que, sur le plan objectif, la force était excessive ou déraisonnable dans les circonstances, la défense offerte par l'article 41 échoue.

[41] Dans l'arrêt *R. c. Gunning*, précité, la Cour suprême a adopté un raisonnement semblable dans le contexte du paragraphe 41(1) et a conclu que l'appréciation de la force doit tenir compte de toutes les circonstances. La juge Charron s'exprimant au nom de la Cour a interprété le quatrième élément de l'infraction, à savoir l'« usage que de la force nécessaire » comme signifiant « la force employée [...] doit avoir été raisonnable dans les circonstances » (au paragraphe 25).

[42] À mon avis, l'analyse précédente sur l'expression « usage que de la force nécessaire » s'applique également dans le contexte du paragraphe 39(1).

[43] On trouve également dans la jurisprudence des directives en ce qui concerne les facteurs à prendre en compte dans le cas où la défense relative à la protection d'un bien est invoquée. Dans l'arrêt *R. c. George* (2000), 49 O.R. (3^d) 144, au paragraphe 49, la Cour d'appel de l'Ontario a cité le passage suivant tiré de sa décision dans *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (ON CA), à la page 113, dans laquelle on propose de prendre en

dealing with the defence of persons or property (see also *R. c. Lamoureux*, 2006 QCCQ 2079, at paragraph 21):

The sections of the Code authorizing the use of force in defence of a person or property, to prevent crime, and to apprehend offenders, in general, express in greater detail the great principle of the common law that the use of force in such circumstances is subject to the restriction that the force used is necessary; that is, that the harm sought to be prevented could not be prevented by less violent means and that the injury or harm done by, or which might reasonably be anticipated from the force used, is not disproportionate to the injury or harm it is intended to prevent....

[44] The inquiry therefore requires that the trial Judge consider all of the circumstances including the appellant's state of mind and his belief that the force used was necessary. Other factors such as those considered by the trial Judge, and set out in paragraph 31 above, are appropriate considerations.

[45] I reject the appellant's arguments set out in paragraphs 34 to 36 above. In my view, it was open to the trial Judge to objectively consider the nature and value of the property at issue. Further, it was also appropriate to consider that the appellant was angry at the time of the incident.

[46] The appellant argued that the trial Judge reasoned backwards from the extent of the injuries sustained by the complainant in order to determine that the force was excessive. In my opinion, the trial Judge did not simply reason backwards from the bruising suffered by the complainant. The trial Judge properly considered both the nature of the force applied by the accused and the circumstances surrounding the use of force.

[47] The trial Judge did not find that the appellant must have used excessive force because the complainant suffered bruising; rather he found that the appellant "push[ed] or shov[ed]" the complainant up the stairs with sufficient force to cause her to fall (minutes of proceedings of Standing Court Martial, Appeal Book, at page 142). This analysis is in accordance with the

considération les facteurs suivants lorsque l'on applique les dispositions du *Code criminel* relatives à la défense de la personne et des biens (voir également *R. c. Lamoureux*, 2006 QCCQ 2079, au paragraphe 21) :

De façon générale, les parties du Code qui autorisent l'usage de la force comme défense de la personne et des biens, pour prévenir la criminalité et appréhender les contrevenants, décrivent plus en détails le grand principe de common law selon lequel l'usage de la force dans de telles circonstances doit se limiter à celle qui est nécessaire; c'est-à-dire que le dommage que l'on veut prévenir ne peut être évité par l'usage d'une force moins violente et que ce dommage ou ce préjudice subi, qui peut être raisonnablement prévisible par l'usage de cette force, n'est pas disproportionné à celui qu'elle vise à prévenir.

[44] L'analyse exige donc que le juge du procès tienne compte de toutes les circonstances, y compris l'état d'esprit de l'appelant et sa croyance que la force utilisée était nécessaire. Les autres facteurs, comme ceux examinés par le juge du procès et énoncés au paragraphe 31 ci-haut, sont des considérations appropriées.

[45] Je rejette les arguments de l'appelant exposés aux paragraphes 34 à 36 ci-dessus. À mon avis, le juge du procès pouvait examiner objectivement la nature et la valeur du bien en cause. De plus, il pouvait également tenir compte de la colère ressentie par l'appelant au moment de l'incident.

[46] Selon l'appelant, le juge du procès a fait un raisonnement inverse à partir des blessures subies par la plaignante pour conclure que la force utilisée avait été excessive. À mon avis, le juge du procès n'a pas simplement raisonné à l'envers à partir des ecchymoses subies par la plaignante. Le juge du procès a à bon droit tenu compte à la fois de la nature de la force utilisée par l'accusé et des circonstances entourant l'utilisation de cette force.

[47] Le juge du procès n'a pas conclu que l'appelant a eu recours à une force excessive parce que la plaignante a subi des ecchymoses, mais plutôt que l'appelant « l'a poussée ou bousculée » pour l'obliger à monter l'escalier avec suffisamment de force au point de la faire tomber (procès-verbaux des audiences de la Cour martiale permanente, dossier d'appel, à la page 142). Cette analyse

following statement of the law by Johnson J. in *R. v. Oakoak*, 2008 NUCJ 16, at paragraph 55 (see also *R. v. Brown*, 2005 CanLII 24762 (ON SC), at paragraph 18):

... While it is improper to look at the nature of the injuries and then work backwards to conclude that the force had to be excessive, it is proper to look at the where the victim ended up to assist in determining the degree of force used.

[48] Having considered the factors discussed above, including the appellant's anger at the time of the incident, the trial Judge concluded that in "all the circumstances I am persuaded that the accused used excessive force against the complainant in the purported defence of his personal property; that is, that he used more force than was necessary, and therefore the defence under subsection 39(1) does not serve to justify his actions." In my opinion, this conclusion is based on findings that were reasonably open to the trial Judge in assessing the reasonableness of the force used by the appellant.

[49] Finally, as noted above, the trial Judge concluded that in all of the circumstances he was "persuaded that the accused used excessive force against the complainant in the purported defence of his personal property". The use of the word "persuaded" is unfortunate since the trial Judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant used excessive force. Notwithstanding the use of this language, I am satisfied that the trial Judge had turned his mind to the proper test to be applied. In his decision he stated that he must weigh the evidence (at paragraph 15), "bearing in mind that the burden is upon the prosecution to establish beyond a reasonable doubt that the defence does not serve to justify the conduct of the accused."

[50] In my view, the trial Judge did not make a palpable and overriding error in determining that the accused used more force than was necessary to defend his diploma. The verdict rendered is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have returned.

est en accord avec l'énoncé de droit formulé par le juge Johnson dans la décision *R. c. Oakoak*, 2008 NUCJ 16, au paragraphe 55 (voir également *R. v. Brown*, 2005 CanLII 24762 (ON SC), au paragraphe 18) :

[TRADUCTION] [...] Bien qu'il n'y ait pas lieu de considérer la nature des blessures et ensuite de raisonner à l'inverse pour conclure que la force était excessive, il convient certes de considérer où la victime s'est retrouvée pour aider à déterminer le degré de force utilisée.

[48] Après avoir pris en considération les facteurs analysés précédemment, y compris la colère ressentie par l'appellant au moment de l'incident, le juge du procès a tiré la conclusion suivante : « Eu égard à l'ensemble des circonstances, je suis convaincu que l'accusé a eu recours à une force excessive contre la plaignante pour défendre la possession de son bien meuble, c'est-à-dire qu'il a eu recours à une force supérieure à celle qui était nécessaire; par conséquent, la défense prévue au paragraphe 39(1) ne peut justifier sa conduite. » Selon moi, cette conclusion est fondée sur des constatations que le juge du procès pouvait raisonnablement tirer en évaluant le caractère raisonnable de la force employée par l'appellant.

[49] Enfin, comme il a été mentionné ci-dessus, le juge du procès a conclu qu'eu égard à l'ensemble des circonstances, il était « convaincu que l'accusé a eu recours à une force excessive contre la plaignante pour défendre la possession de son bien personnel ». L'emploi du terme « convaincu » est malheureux étant donné que le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant a eu recours à une force excessive. Malgré l'emploi de ce terme, je suis persuadé que le juge du procès a appliqué le bon critère. Dans sa décision, il a écrit (au paragraphe 15) qu'il doit sopeser la preuve « en se rappelant qu'il appartient à la poursuite d'établir hors de tout doute raisonnable que la défense ne justifie pas la conduite de l'accusé ».

[50] À mon avis, le juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que l'accusé avait eu recours à une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son diplôme. Le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

VIII. Conclusion

[51] Accordingly, I would dismiss the appeal.

RICHARD J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[52] LUTFY J.A. (dissenting): The central issues in this appeal are twofold: (a) did the Military Judge err in law by failing to apply properly *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; and (b) did the Military Judge fail to address the relevant facts concerning the statutory defence available to the appellant, pursuant to subsection 39(1) of the *Criminal Code*?

The facts

[53] The appellant acknowledges that he “pushed or shoved” his spouse, intentionally and without her consent, during a domestic dispute in the last days of their 30-year marriage. He was convicted of simple assault.

[54] In a videotaped voluntary statement made to military investigators some two weeks after the incident, the appellant admitted that he acted in “the anger of the moment” and that he “had done wrong”. The appellant’s defence has nothing to do with the justification, in human terms, of his “pushing or shoving” his spouse. That was wrong at the moment it occurred and it remains wrong today.

[55] The complainant’s version of the events is summarized by the Military Judge in these words (at paragraphs 7 and 8):

... The conversation apparently became heated, at least from Mrs Szerbaniwicz’s side, on the issue of who would pack up Mrs Szerbaniwicz’s effects.

She followed him up the stairs in the residence. She took a mounted diploma off the wall at the stairs and threw it

VIII. Conclusion

[51] Par conséquent, je rejetterais l’appel.

LE JUGE RICHARD, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

* * *

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

[52] LE JUGE LUTFY, J.C.A. (dissident) : Les questions à trancher dans le présent appel sont de deux ordres : a) Le juge militaire a-t-il commis une erreur en appliquant incorrectement l’arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; et b) le juge militaire a-t-il omis d’examiner les faits pertinents concernant le moyen de défense offert par la loi à l’appelant, prévu au paragraphe 39(1) du *Code criminel*?

Les faits

[53] L’appelant admet qu’il « a poussé ou bousculé » son épouse, de façon intentionnelle et sans son consentement, lors d’une dispute conjugale survenue dans les derniers jours de leur mariage qui aura duré 30 ans. Il a été déclaré coupable de voies de fait simples.

[54] Dans une déclaration volontaire prise sur vidéo, faite devant les enquêteurs militaires deux semaines environ après l’incident, l’appelant a admis qu’il avait agi « sous l’impulsion de la colère » et qu’il [TRADUCTION] « avait commis une erreur ». Le moyen de défense invoqué par l’appelant ne justifie en rien, sur le plan humain, le fait qu’il « [a] poussé ou bousculé » son épouse. Cet acte était répréhensible au moment où il a été commis et il l’est toujours.

[55] La version des faits de la plaignante est résumée par le juge militaire de la façon suivante (aux paragraphes 7 et 8) :

[...] Apparemment, le ton a monté, du moins dans le cas de M^{me} Szerbaniwicz, relativement à la question de savoir qui emballerait les effets de celle-ci.

Elle a monté l’escalier de la résidence derrière lui. Elle a ensuite pris un diplôme qui était accroché au mur de l’escalier

to the floor. At that point, the accused raised his fist in her direction and yelled that he was going to get her. He came down the stairs and turned her around and pushed or shoved her up the stairs. She fell backwards and landed on the floor on her elbow. She was shocked by this, and went into the spare bedroom and closed the door. The accused came in, slamming the door, offered abusive language to her, and demanded that she leave the house today. [Appeal Book, at pages 139-140.]

The diploma represented the appellant's masters degree in leadership and training which he received in June 2006, some two months prior to the incident.

[56] The Military Judge also summarized the appellant's testimony at trial and his voluntary statement to the military investigators (at paragraph 10):

... He testified that he was heading upstairs to shave and shower, and Mrs Szczerbaniwicz was yelling at him. When he turned to say something from the top of the stairs, she pulled the diploma off the wall, threw it on the ground, and started jumping on it when it didn't break. He went down the stairs and grabbed her by the clothing in her neck area and swung her around to get her off the diploma. She kicked the diploma down the stairs, and as he went to retrieve it, he was hit in the head when she threw another picture from the wall at him ...

Analysis

A. *Did the Military Judge err in law by failing to apply properly R. v. W. (D.), [1991] 1 S.C.R. 742?*

[57] The Military Judge appreciated that "the evidence discloses different versions of the important facts that bear directly on the issues." The principal discrepancy between the two versions was whether the complainant fell during the spousal altercation.

[58] The Military Judge approached the issue as follows:

With respect to the matter of the action taken by the accused, I accept the uncontradicted evidence of the

et l'a lancé au sol. À ce moment, l'accusé a levé le poing vers elle et lui a dit en criant qu'il l'attraperait. Il a descendu les marches de l'escalier, l'a forcée à se retourner et l'a poussée ou bousculée. Elle est alors tombée à la renverse et a atterri au sol, sur le coude. En état de choc, elle s'est dirigée vers la chambre d'invité et a fermé la porte. Après être entré et avoir claqué la porte, l'accusé a proféré des propos injurieux à son endroit et lui a demandé de quitter la maison le jour même. [Dossier d'appel, aux pages 139 et 140.]

Le diplôme représentait la maîtrise obtenue par l'appellant en leadership et formation au mois de juin 2006, environ deux mois avant l'incident.

[56] Le juge militaire a également résumé le témoignage de l'appellant au procès et sa déclaration volontaire faite aux enquêteurs militaires (au paragraphe 10) :

[...] Il a mentionné que, alors qu'il montait l'escalier pour aller se raser et prendre sa douche, il a entendu M^{me} Szczerbaniwicz qui criait après lui. Lorsqu'il s'est retourné pour parler du haut de l'escalier, elle a décroché le diplôme du mur, l'a lancé au sol et s'est mise à sauter sur le cadre lorsqu'elle a constaté qu'il n'était pas encore cassé. Il a descendu les marches, l'a saisie par l'encolure et l'a forcée à se retourner pour lui enlever le diplôme des mains. Elle a lancé le diplôme en bas de l'escalier et, en allant le chercher, il a été frappé à la tête par un autre cadre qui était accroché au mur et qu'elle a lancé vers lui. [...] [II] nie aussi l'avoir fait tomber en la forçant à se retourner. [Dossier d'appel, à la page 140.]

Analyse

A. *Le juge militaire a-t-il commis une erreur en appliquant incorrectement l'arrêt R. c. W. (D.), [1991] 1 R.C.S. 742?*

[57] Le juge militaire a reconnu [au paragraphe 6] que « la preuve révél[ait] différentes versions des faits importants qui ont eu une incidence directe sur les questions en litige ». La divergence principale entre les deux versions portait sur la question de savoir si la plaignante était tombée durant la dispute conjugale.

[58] Le juge militaire a abordé la question de la façon suivante [au paragraphe 16] :

[...] En ce qui a trait à la conduite de l'accusé, j'accepte le témoignage non contredit de la plaignante au sujet des

complainant that she suffered the bruising she described in her evidence to her back, her legs, and her elbow. I find, therefore, that she did indeed fall as a result of the pushing or shoving by the accused in the manner she described in her testimony. I do not accept the evidence of the accused in which he denies that the complainant fell. [Appeal Book, at page 142; Emphasis added.]

[59] This analysis of the Military Judge is premised on whether the complainant fell. He accepted her version on this issue because of the evidence of bruising. He then appears to have reasoned that if she fell, the force used must have been excessive. Had he concluded there was no fall, again on his rationale, the force used would necessarily have been found to be reasonable. This reasoning cannot sustain the conviction.

[60] Having disbelieved the appellant's testimony that the complainant did not fall, the Military Judge was required to continue with the analysis set out by Justice Cory in the often cited decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at page 758:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

[61] The *W. (D.)* instructions do not require a formalistic recitation. They do, however, demand that the judge demonstrate a reasoning process consistent with the *W. (D.)* requirements.

[62] The Military Judge understood that he was not confined to preferring the version of one witness over the other and was at liberty to (at paragraph 6) "accept all of what a witness says as the truth, or none of what a witness says, or the court may accept parts of the evidence of a witness as truthful and accurate."

ecchymoses qu'elle a subies au dos, aux jambes et au coude. En conséquence, j'en arrive à la conclusion qu'elle est effectivement tombée par suite du fait que l'accusé l'a poussée ou l'a bousculée de la façon qu'elle a décrite au cours de son témoignage. Je n'accepte pas la partie du témoignage de l'accusé au cours de laquelle celui-ci a nié que la plaignante soit tombée. [Dossier d'appel, à la page 142; Je souligne.]

[59] Cette analyse du juge militaire repose sur la question de savoir si la plaignante est tombée. Le juge militaire a accepté la version de la plaignante sur ce point en raison de la preuve des ecchymoses. Il semble avoir ensuite conclu que la force utilisée devait être excessive puisque la plaignante est tombée. S'il avait conclu qu'il n'y avait pas eu de chute, encore une fois selon son raisonnement, la force utilisée aurait nécessairement été jugée raisonnable. Ce raisonnement ne peut justifier la déclaration de culpabilité.

[60] Étant donné qu'il n'a pas accepté le témoignage de l'appelant selon lequel la plaignante n'était pas tombée, le juge militaire était tenu de poursuivre l'analyse établie par le juge Cory de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, souvent cité, à la page 758 :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

[61] Les instructions énoncées dans l'arrêt *W. (D.)* ne nécessitent pas un exposé formaliste. Cependant, elles exigent que le juge démontre un processus de raisonnement conforme aux conditions de cet arrêt.

[62] Le juge militaire a compris qu'il n'était pas tenu de préférer la version d'un témoin à celle d'un autre et qu'il pouvait (au paragraphe 6) « accepter la véracité de tout ce que dit un témoin, ou ne pas l'accepter du tout. Il peut aussi accepter la véracité et l'exactitude d'une partie seulement du témoignage ».

[63] In my respectful view, however, the Judge did not undertake the required *W. (D.)* analysis. He failed to consider whether the appellant's disbelieved evidence raised a reasonable doubt, the second step in the *W. (D.)* analysis. On this basis alone, the appeal must be allowed.

B. *Did the Military Judge fail to address the relevant facts concerning the statutory defence available to the appellant, pursuant to subsection 39(1) of the Criminal Code?*

[64] The issue here is whether the Military Judge properly considered the appellant's defence that he used no more force than was necessary to defend his personal property.

[65] Subsection 39(1) of the *Criminal Code* reads as follows:

Defence with claim of right

39. (1) Every one who is in peaceable possession of personal property under a claim of right, and every one acting under his authority, is protected from criminal responsibility for defending that possession, even against a person entitled by law to possession of it, if he uses no more force than is necessary.

In my view, the Military Judge did not properly consider this defence.

[66] The Military Judge understood that there were three components to the section 39 defence: (a) the accused must be in peaceable possession of personal property under a claim of right; (b) the force used by the accused must be to defend that possession; and (c) the accused may use no more force than is necessary.

[67] The Military Judge was satisfied that the appellant had established the first two of the three elements of the defence (at paragraph 15):

... I am satisfied that the accused was in peaceable possession of the diploma and that his actions in assaulting his spouse were motivated by his desire to protect his personal property. To my mind, the real issue here is whether in so

[63] À mon humble avis, le juge n'a toutefois pas procédé à l'analyse requise par l'arrêt *W. (D.)*. Il ne s'est pas penché sur la question de savoir si le témoignage de l'appelant qu'il a rejeté soulevait un doute raisonnable, ce qui correspond à la deuxième étape de l'analyse prévue par l'arrêt *W. (D.)*. Pour ce seul motif, l'appel devrait être accueilli.

B. *Le juge militaire a-t-il omis d'examiner les faits pertinents concernant le moyen de défense offert à l'appelant en vertu du paragraphe 39(1) du Code criminel?*

[64] Il s'agit ici de savoir si le juge militaire a bien examiné le moyen de défense invoqué par l'appelant selon lequel il n'a employé que la force nécessaire pour protéger son bien meuble.

[65] Le paragraphe 39(1) du *Code criminel* est ainsi rédigé :

Défense en vertu d'un droit invoqué

39. (1) Quiconque est en possession paisible d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué, de même que celui qui agit sous son autorité, est à l'abri de toute responsabilité pénale en défendant cette possession, même contre une personne qui légalement a droit à la possession du bien en question, s'il n'emploie que la force nécessaire.

À mon avis, le juge militaire n'a pas examiné ce moyen de défense de manière appropriée.

[66] Le juge militaire a compris qu'il y avait trois éléments au moyen de défense offert par le paragraphe 39 : a) l'accusé doit être en possession paisible d'un bien meuble en vertu d'un droit invoqué; b) la force employée par l'accusé doit avoir pour objet de défendre la possession de ce bien meuble; et c) l'accusé ne doit employer que la force nécessaire.

[67] Le juge militaire était convaincu que l'appelant avait établi les deux premiers des trois éléments de la défense (au paragraphe 15) :

[...] Je suis d'avis que l'accusé était en possession paisible du diplôme et que l'agression qu'il a commise à l'endroit de son épouse était motivée par le désir qu'il avait de protéger son bien personnel. À mon avis, la véritable question qui

doing, he used no more force than was necessary to defend his possession. [Appeal Book, at page 142.]

[68] The Military Judge did not explain how the pushing or shoving was itself an excessive amount of force, either objectively or subjectively. Rather, he appears to have considered, in his words (at paragraph 16), “the consequences for the complainant of the action the accused took” as the basis for his conclusion that the force was excessive.

[69] Reasoning backwards from the injuries sustained in determining whether force is excessive has been held to constitute a reviewable error: *R v. Matson*, 1970 CanLII 1013 (BC CA), at paragraphs 28 and 32; *R v. Spence*, 1995 CanLII 3996 (SK CA), at paragraph 5; *R v. Omand*, 2005 CanLII 43518 (ON SC), at paragraph 27, *per* Tulloch J.: “when conducting the analysis of whether the force was reasonable in the circumstances, reasoning backward from the nature of the injuries is an error.”; *R v. Brown*, 2005 CanLII 24762 (ON SC), at paragraph 17, *per* Durno J.: “it would have been wrong for the trial judge to look at the consequences or injuries he accepted the complainant received, and reason back that the force was excessive”; and *R v. Oakoak*, 2008 NUCJ 16, at paragraph 49, *per* Johnson J.: “it is improper to determine the degree of force used by looking at the end result and then reasoning backwards.”

[70] The relevant inquiry under subsection 39(1) is whether or not an accused used more force than he on reasonable grounds believed was necessary: *R v. Weare*, 1983 CanLII 3520 (NS CA), at paragraphs 16-18. The trial Judge focused on the alternative courses of action open to the appellant, the extent of the damage to his diploma and whether it could be replaced. While these objective factors can be relevant, the primary focus must be whether the accused, in the circumstances of the moment, reacted with more force than he on reasonable grounds believed was necessary: *R v. Little*, 105 O.A.C. 351, 1998 CanLII 3678, at paragraph 14.

se pose est de savoir si, en agissant de la sorte, l'accusé a eu recours à une force supérieure à la force nécessaire pour protéger son bien. [Dossier d'appel, à la page 142.]

[68] Le juge militaire n'a pas expliqué comment la poussée ou la bousculade résultait en soi de l'emploi d'une force excessive, ni objectivement ni subjectivement. Il semble plutôt avoir pris en compte, selon ses propres mots (au paragraphe 16), « les conséquences de la conduite de l'accusé pour la plaignante » pour justifier sa conclusion voulant que la force était excessive.

[69] Il a été jugé que le raisonnement inverse fait à partir de blessures subies pour déterminer si la force est excessive constitue une erreur susceptible de contrôle : *R v. Matson*, 1970 CanLII 1013 (BC CA), aux paragraphes 28 et 32; *R v. Spence*, 1995 CanLII 3996 (SK CA), au paragraphe 5; *R v. Omand*, 2005 CanLII 43518 (ON SC), au paragraphe 27, pour reprendre les propos du juge Tulloch : [TRADUCTION] « [D]ans l'analyse visant à déterminer si la force était raisonnable dans les circonstances, le fait de raisonner à l'inverse à partir de la nature des blessures constitue une erreur »; *R v. Brown*, 2005 CanLII 24762 (ON SC), au paragraphe 17, le juge Durno a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « le juge du procès aurait commis une erreur s'il avait considéré les conséquences ou les blessures qui, selon lui, avaient été subies par la plaignante, et s'il avait raisonné à l'inverse pour conclure que la force était excessive; et *R v. Oakoak*, 2008 NUCJ 16, au paragraphe 49, le juge Johnson s'est ainsi exprimé : [TRADUCTION] « il ne convient pas de déterminer le degré de force utilisée en examinant le résultat final et en raisonnant ensuite à l'inverse ».

[70] L'analyse requise au regard du paragraphe 39(1) consiste à se demander si l'accusé a eu recours à une force supérieure à celle qu'il croyait être raisonnablement nécessaire : *R v. Weare*, 1983 CanLII 3520 (NS CA), aux paragraphes 16 à 18. Le juge du procès s'est attardé sur les solutions de rechange qui s'offraient à l'appellant, l'étendue des dommages causés à son diplôme et si celui-ci pouvait être remplacé. Bien que ces facteurs objectifs puissent être pertinents, la question principale est celle de savoir si l'accusé, dans les circonstances à l'époque, a eu recours à une force supérieure à celle qu'il croyait être raisonnablement nécessaire : *R v. Little*, 105 O.A.C. 351, 1998 CanLII 3678, au paragraphe 14.

[71] There were other discrepancies in the evidence. The Military Judge makes no findings concerning the spouses' clothing, their weight, their consumption of alcohol in the ten hours they were together prior to the dispute and their relative state of anger. Nor does he refer to the appellant's statements concerning the force he used. Absent the appropriate analysis by the Military Judge, one has no way of knowing which evidence was or was not accepted.

[72] Nor did the Military Judge focus on the extent of the bruising. The evidence of bruising was limited. Photographs of the bruising were given to the military investigators. Neither these photographs nor the complainant's hospital records were produced at trial. Independent witnesses who would have seen the bruising did not testify at trial. Nor was the court afforded the assistance of expert evidence.

[73] To repeat, it was open to the Military Judge not to believe the appellant's testimony that the complainant did not fall. However, because he failed to assess other evidence, including in particular that of the appellant concerning his description of the force he used, it cannot be said that he turned his mind to the relevant inquiry under section 39. The Military Judge's failure to conduct the analysis of the other evidence is a material error of law which renders the verdict unreasonable.

Conclusion

[74] My colleagues rely on *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, where Justice Charron emphasized that (at paragraph 58) "a verdict is not necessarily unreasonable because the judge has made errors in his or her analysis" (emphasis added). She did not say that such errors will never render a verdict unreasonable. The import of the error in the reasoning process will govern the result. In this case, in my respectful view, the errors were fundamental to the outcome.

[75] For the above reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Standing Court Martial and,

[71] On trouve d'autres divergences dans les témoignages. Le juge militaire ne se prononce pas sur les vêtements des ex-époux, leur poids et leur consommation d'alcool au cours des dix heures qu'ils ont passés ensemble avant la dispute, ni sur leur relatif état de colère. Il ne fait pas mention des déclarations de l'appellant concernant la force qu'il a employée. En l'absence d'une analyse appropriée de la part du juge militaire, on ne peut savoir quels sont les éléments de preuve qui ont été acceptés ni ceux qui ont été rejetés.

[72] Le juge militaire n'a pas non plus mis l'accent sur l'étendue des ecchymoses. La preuve relative aux ecchymoses était limitée. Des photos des ecchymoses ont été remises aux enquêteurs militaires. Ni ces photos ni les dossiers d'hôpital de la plaignante n'ont été produits au procès. Des témoins indépendants qui auraient vu les ecchymoses n'ont pas été cités à comparaître au procès. Le tribunal n'a pas non plus obtenu l'assistance d'un témoignage d'expert.

[73] Je répète qu'il était loisible au juge militaire de ne pas croire le témoignage de l'appellant selon lequel la plaignante n'était pas tombée. Cependant, étant donné qu'il n'a pas tenu compte d'autres éléments de preuve, surtout ceux de l'appellant concernant sa description de la force employée, on ne peut pas dire que le juge a fait l'analyse pertinente au regard de l'article 39. L'omission du juge militaire de mener une analyse quant aux autres éléments de preuve constitue une erreur de droit importante qui rend le verdict déraisonnable.

Conclusion

[74] Mes collègues se fondent sur l'arrêt *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, dans lequel la juge Charron a souligné (au paragraphe 58) qu'« un verdict n'est pas nécessairement déraisonnable parce que le juge a commis des erreurs au cours de son analyse » (soulignement ajouté). Elle n'a pas dit que de telles erreurs ne rendront jamais un verdict déraisonnable. L'importance de l'erreur au cours du processus de raisonnement déterminera l'issue. À mon humble avis, je conclus que l'erreur était en l'espèce fondamentale à l'issue de l'affaire.

[75] Pour les motifs susmentionnés, j'accueillerais l'appel et j'annulerais la décision de la Cour martiale

pursuant to section 238 of the *National Defence Act*, order a new trial on a charge of assault before a Court Martial presided by a different judge.

permanente et, conformément au paragraphe 238 de la *Loi sur la défense nationale*, j'ordonnerais un nouveau procès sur l'accusation de voies de fait présidé par un autre juge d'une cour martiale.