

R. v. Tupper, 2009 CMAC 5

CMAC 508

Private R.J. Tupper

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa Ontario, March 20, 2009.

Judgment: Ottawa, Ontario, June 4, 2009.

Present: Nadon, J.A., Phelan, J.A. and Trudel J.A.

Application for leave to appeal and appeal of the severity of a sentence imposed on the appellant by Disciplinary Court Martial on October 30, 2007, at Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick.

Sentencing — Effect of administrative release on sentence by court martial — Offender cannot be required to serve sentences only available in the military justice system after they are released from service — The outcome of court martial proceedings does not preclude administrative sanctions.

Sentencing — Joint submissions on sentence — Joint submissions on sentence should not be rejected unless unfit, contrary to the public interest, or would bring the administration of justice into disrepute.

The appellant appeals a sentence of dismissal, detention for 90 days, and a seven-year weapons prohibition imposed by Disciplinary Court Martial for offences contrary to sections 83 and 85, paragraphs 87(c) and 87(d) and section 90 of the *National Defence Act*. The Appeal is based on the adequacy of reasons, and the excessive or harsh nature of the punishment. Private Tupper faced a Disciplinary Court Martial on the charges herein following breaking out of barracks while sentenced to be confined to them, absenting himself without leave, behaving with contempt towards and disobeying the lawful command of a superior officer, resisting an escort sent to apprehend him, and again absenting himself without leave. Private Tupper cites his addiction to cocaine as a mitigating factor which should have led to a lesser sentence. The Appellant was subject to an administrative release from service pending this appeal.

R. c. Tupper, 2009 CACM 5

CMAC 508

Soldat R.J. Tupper

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 20 mars 2009.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 4 juin 2009.

Devant : Les juges Nadon, Phelan et Trudel, J.C.A.

Demande d'autorisation d'appel et appel de la sévérité de la peine imposée à l'appelant par la cour martiale disciplinaire le 30 octobre 2007, à la Base des Forces canadiennes Gagetown (Nouveau-Brunswick).

Peine — Effet de la libération administrative sur la peine imposée par la cour martiale — Un contrevenant libéré du service militaire n'est pas tenu de purger une peine qui n'existe qu'en vertu du Code de discipline militaire — L'issue du procès martial n'empêche pas l'imposition d'une sanction administrative.

Peine — Recommandation conjointe relative à la peine — Les juges ne devraient rejeter les peines proposées conjointement que si elles sont inadéquates ou contraires à l'intérêt public, ou sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice.

L'appelant interjette appel d'une peine de destitution, de détention pour une période de 90 jours et d'interdiction de posséder une arme à feu pendant une période de sept ans imposée par la cour martiale disciplinaire après qu'il a été reconnu coupable des infractions visées aux articles 83 et 85, aux alinéas 87(c) et 87(d) et à l'article 90 de la *Loi sur la défense nationale*. L'appelant invoque le caractère insuffisant des motifs et le fait que la peine était trop sévère. Le soldat Tupper avait été accusé, à la cour martiale disciplinaire, de s'être évadé d'une caserne où il était consigné, de s'être absenté sans permission, d'avoir fait preuve d'insubordination à l'endroit d'un supérieur et d'avoir désobéi à un ordre légitime d'un supérieur, d'avoir résisté à une personne chargée de l'appréhender, et à nouveau de s'être absenté sans permission. Le soldat Tupper a invoqué sa dépendance à la cocaïne comme circonstance atténuante qui aurait dû mener à une peine moins sévère. L'appelant a fait l'objet d'une libération administrative alors que l'appel était en instance.

Held (Phelan J.A., dissenting): leave granted, appeal allowed, sentences of dismissal and detention set aside.

Per: Trudel J.A. (Nadon J.A., concurring): The Chief Military Judge dealt sufficiently with the two contentious issues and made findings of fact supporting his conclusions. The mitigating and aggravating factors were considered and a logical connection was drawn between the evidence and sentence. The sentence was not excessive and including the jointly proposed weapons prohibition order in the sentence would not bring the administration of justice into disrepute, nor was it contrary to the public interest, unreasonable or unfit. While the detention, coupled with the dismissal of the appellant, could not serve to reform him as a member of the military, it could serve a function of general deterrence and offer support to the appellant in overcoming his addiction.

The appellant's administrative release raises the question of enforceability. The finality of an administrative release renders the dismissal and detention ordered by the Chief Military Judge inoperative. An offender who has been released from service is no longer subject to the punishments reserved for members of the Canadian Forces, nor can he be put back in a uniform solely to serve those punishments. The outcome of a Court Martial proceeding does not dictate the course of administrative action relating to the same events.

Per Phelan J.A. (dissenting): The appeal should be dismissed. The record does not support the finding that an administrative release vitiates the sentence imposed by the Chief Military Judge. To allow the offender to evade his sentence as a result of the administrative release undermines the principle of general deterrence and respect for military justice.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.
Defence Administrative Orders and Directives (DAOD), 5019-0, Conduct and Performance Deficiencies.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 83, 85, 87(c), (d), 90, 139(1), 147.1, 147.3, 172, 216, 230, 240.1, 248.1.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), arts. 15.01, 104, 112.48, 115.01, 114.02.

CASES CITED

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Baptista*, 2006 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 92; *R. v.*

Arrêt (le juge Phelan est dissident) : La demande d'autorisation est accueillie, l'appel est accueilli et les peines de destitution et de détention sont annulées.

La juge Trudel (le juge Nadon souscrivant à ces motifs) : Le juge militaire en chef a examiné convenablement les deux questions en litige et a tiré des conclusions de fait qui étayaient ses conclusions. Il a pris en compte les facteurs aggravants et les facteurs atténuants, et il y avait un lien logique entre la preuve et la peine. La peine n'était pas trop lourde, et l'interdiction de posséder une arme à feu, comme le prévoyait la recommandation conjointe, n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ni était-elle contraire à l'intérêt public, déraisonnable ou inadéquate. Même si, en raison de la libération de l'appelant, sa détention ne pouvait favoriser son retour dans l'armée, elle pouvait réaliser l'objectif de la dissuasion du public et aider l'appelant dans sa lutte contre sa toxicomanie.

La libération administrative de l'appelant soulève la possibilité de mettre la peine en application. Le caractère définitif de la libération administrative a rendu caduques les peines de destitution et de détention imposées par le juge militaire en chef. Un contrevenant libéré du service militaire n'est plus passible des peines réservées aux soldats, et on ne peut le réintégrer dans l'armée pour qu'il purge une peine. L'issue du procès martial n'empêche pas l'imposition d'une sanction administrative en raison des mêmes faits.

Le juge Phelan (dissident) : L'appel devrait être rejeté. Le dossier n'étaye pas la conclusion voulant que la libération administrative vicie une peine imposée par le juge militaire en chef. Le fait de permettre à un contrevenant d'éviter sa peine en raison d'une libération administrative sape la dissuasion et le respect pour le système judiciaire martial.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.
Directives et ordonnances administratives de la Défense (DOAD), 5019-0, Manquement à la conduite et au rendement.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 83, 85, 87(c), (d), 90, 139(1), 147.1, 147.3, 172, 216, 230, 240.1, 248.1.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 15.01, 104, 112.48, 115.01, 114.02.

JURISPRUDENCE CITÉE

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Baptista*, 2006 CACM 1, 7 C.A.C.M. 92;

Castillo, 2003 CMAC 6, 6 C.M.A.R. 318; *R. v. Dixon*, 2005 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 4; *R. v. Forsyth*, 2003 CMAC 9, 6 C.M.A.R. 329; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, 140 D.L.R. (3d) 612; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, 171 D.L.R. (4th) 385; *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163; *R. v. Lui*, 2005 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 18; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, 194 N.R. 321; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Shrosphire*, [1995] 4 S.C.R. 227, 129 D.L.R. (4th) 657, 102 C.C.C. (3d) 193; *R. v. St-Jean*, 6 C.M.A.R. 159, 2000 CanLII 29663; *R. v. Taylor*, 2008 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 125.

R. c. Castillo, 2003 CACM 6, 6 C.A.C.M. 318; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4; *R. c. Forsyth*, 2003 CACM 9, 6 C.A.C.M. 329; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, 140 D.L.R. (3^d) 612; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, 171 D.L.R. (4th) 385; *R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163; *R. c. Lui*, 2005 CACM 3, 7 C.A.C.M. 18; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, 194 N.R. 321; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Shrosphire*, [1995] 4 R.C.S. 227, 129 D.L.R. (4th) 657, 102 C.C.C. (3^d) 193; *R. c. St-Jean*, 6 C.A.C.M. 159, 2000 CanLII 29663; *R. c. Taylor*, 2008 CACM 1, 7 C.A.C.M. 125.

AUTHORS CITED

Madsen, Chris. *Military Law and Operations*, loose-leaf. Aurora: Canada Law Book, 2008.

DOCTRINE CITÉE

Madsen, Chris. *Military Law and Operations*, feuilles mobiles. Aurora, Canada Law Book, 2008.

COUNSEL

Mr. Michel Drapeau, Ms. Zorica Guzina, for the appellant.
Lieutenant-Colonel Shania Leonard, for the respondent.

AVOCATS

Michel Drapeau et Zorica Guzina, pour l'appellant.
La lieutenant-colonelle Shaina Leonard, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

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

TRUDEL J.A.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A.

I. IntroductionI. Introduction

[1] This is an application for leave to appeal and an appeal against the severity of a sentence.

[1] Il s'agit d'une demande d'autorisation d'appel et d'un appel visant la sévérité d'une peine.

[2] The appellant was tried by a disciplinary court martial and convicted of six charges laid under the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA):

[2] L'appellant a été jugé par une cour martiale disciplinaire et reconnu coupable de six accusations portées contre lui en application de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN) :

First charge Broke out of Barracks
Paragraph 87(d)
NDA

Première S'est évadé d'une caserne
accusation
Alinéa 87d)
LDN

Particulars: In that he, at approximately 1930 hours, on or about 7 December 2006, at or near Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick, being under punishment of confinement to barracks, quit his barracks.

Détails : Le ou vers le 7 décembre 2006, il s'est évadé d'une caserne où il était consigné aux environs de 19 h 30 à la base des Forces canadiennes de Gagetown (Nouveau-Brunswick) ou près de celle-ci.

Second charge Section 90 NDA	Absented himself without leave	Deuxième accusation Article 90 LDN	S'est absenté sans permission
	<u>Particulars:</u> In that he, at approximately 1930 hours, on 7 December 2006, without authority was absent from 2nd Battalion Royal Canadian Regiment and remained absent until approximately 1058 hours, 14 December 2006.		<u>Détails :</u> Le 7 décembre 2006, vers 19 h 30, il était absent du Deuxième Bataillon, The Royal Canadian Regiment, et il est demeuré absent jusqu'aux environs de 10 h 58 le 14 décembre 2006.
Third charge Section 85 NDA	Behaved with contempt toward a superior officer	Troisième accusation Article 85 LDN	A fait preuve d'insubordination à l'endroit d'un supérieur
	<u>Particulars:</u> In that he, on or about 14 December 2006, at or near Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick, did behave with contempt towards K42 268 868 Master Warrant Officer Venus, K.R.		<u>Détails :</u> Le ou vers le 14 décembre 2006, il a fait preuve d'insubordination à l'endroit de l'adjudant-maître K.R. Venus, matricule K42 268 868, à la base de Gagetown (Nouveau-Brunswick).
Fourth charge Section 83 NDA	Disobeyed a lawful command of a superior officer	Quatrième accusation Article 83 LDN	A désobéi à un ordre légitime d'un supérieur
	<u>Particulars:</u> In that he, on or about 14 December 2006, at or near Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick, did not stand near the 2 nd Battalion Royal Canadian Regiment G Company office door at Building D-57, when ordered to do so by K42 268 868 Master Warrant Officer Venus, K.R.		<u>Détails :</u> Le ou vers le 14 décembre 2006, à la base des Forces canadiennes de Gagetown (Nouveau-Brunswick) ou à proximité de celle-ci, il ne se trouvait pas près de la porte du bureau de la Compagnie G dans l'édifice D57 lorsque le maître-adjutant Venus, matricule K42 268 868, lui a ordonné de le faire.
Fifth charge Paragraph 87(c) NDA	Resisted an escort whose duty it was to apprehend him	Cinquième accusation Alinéa 87c) LDN	A résisté à une personne chargée de l'appréhender
	<u>Particulars:</u> In that he, on or about 14 December 2006, at or near Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick, while under escort of R54 545 459 Sergeant Russell, N.B., resisted the escort by struggling and pushing.		<u>Détails :</u> Le ou vers le 14 décembre 2006, à la base des Forces canadiennes de Gagetown (Nouveau-Brunswick) ou près de celle-ci, il a résisté à l'escorte du sergent N.B. Russell, matricule R54 545 459, en se débattant et en poussant ce dernier.

Sixth charge
Section 90
NDA

Absented himself without leave

Particulars: In that he, at approximately 0730 hours, on 11 January 2007, without authority was absent from 2nd Battalion Royal Canadian Regiment and remained absent until approximately 0945 hours, 11 January 2007.

Sixième
accusation
Article 90
LDN

S'est absenté sans permission

Détails : Le 11 janvier 2007, il était absent sans permission du Deuxième Bataillon, The Royal Canadian Regiment, aux environs de 7 h 30, et il est demeuré absent jusqu'à vers 9 h 45 le même jour.

[3] At the time of the offences, Private Tupper was a serving member of "G" Coy, Second Battalion RCR (2 RCR) stationed at Canadian Forces Base (CFB) Gagetown, in New Brunswick. He was 22 years old, addicted to cocaine, and had been in the Forces for about three years (Appeal Book, Vol. III, at page 445).

[3] Au moment des infractions, le soldat Tupper servait dans la Compagnie G du Deuxième Bataillon RCR (le 2 RCR) cantonné à la base des Forces canadiennes de Gagetown (la BFC Gagetown), au Nouveau-Brunswick. Il était âgé de 22 ans, avait une dépendance à la cocaïne et servait dans les Forces depuis environ trois ans (dossier d'appel, vol. III, à la page 445).

[4] All these service offences were committed at CFB Gagetown between December 7, 2006 and January 11, 2007 immediately following an unrelated summary trial which had resulted in a sentence of 12 days confinement to barracks and a \$700 fine handed down on December 7, 2006 (Appeal Book, Vol. III, at page 569). That punishment was never carried out as Private Tupper failed to report to the roll call, a failure which resulted in the issuance of a warrant for his arrest the very next day. Thus, the first charge for having broken out of the barracks (Appeal Book, Vol. III, at page 569, paragraph 2; see conduct sheet in Appeal Book, Vol. III, at page 569).

[4] Toutes les infractions militaires en cause ont été commises à la BFC Gagetown entre le 7 décembre 2006 et le 11 janvier 2007, immédiatement après la tenue d'un procès sommaire à l'issue duquel il a reçu, le 7 décembre 2006, une peine de 12 jours de consignation au quartier et une amende de 700 \$ (dossier d'appel, vol. III, à la page 569). Cette peine n'a jamais été mise en application, car le soldat Tupper ne s'est pas présenté à un appel, une omission qui a donné lieu à la délivrance d'un mandat d'arrestation à son endroit dès le lendemain. Il s'agit donc des faits visés par la première accusation de s'être évadé d'une caserne (dossier d'appel, vol. III, à la page 569, paragraphe 2; voir la fiche de conduite dans le dossier d'appel, vol. III, à la page 569).

[5] During the sentencing hearing, Private Tupper also admitted to a prior similar offence in a pending charge of absence without leave (Appeal Book, Vol. III, at pages 384 to 387; reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 505) and asked the Chief Military Judge (CMJ), Colonel M. Dutil, to take that service offence into consideration for the purposes of the sentence.

[5] Durant l'audience de détermination de la peine, le soldat Tupper a admis également avoir commis une infraction militaire d'une nature similaire, à savoir une infraction de s'être absenté sans permission visée par une accusation en instance (dossier d'appel, vol. III, aux pages 384 à 387; motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 505) et a demandé au Juge militaire en chef (le JMC), le colonel M. Dutil, de tenir compte de cette infraction militaire dans la détermination de la peine.

[6] On October 30, 2007, the CMJ sentenced the appellant to dismissal with the accompanying punishment of detention for a period of 90 days. In addition, and pursuant to section 147.1 of the NDA, he imposed a seven-year weapons prohibition order ending on October 29, 2014. Finally, by order dated October 30, 2007, the CMJ, pursuant to section 248.1 of the DNA, granted the appellant release from detention pending his appeal (Appeal Book, Vol. III, at page A-23: certification of Order, February 22, 2008).

[7] In appealing the severity of the sentence, Private Tupper raised two grounds of appeal. The first ground relates to the adequacy of the CMJ's reasons (appellant's memorandum of fact and law at paragraphs 18 to 35) (factum). The appellant submits that the CMJ erred by failing to make specific findings in regard to the defence witnesses called during the sentencing hearing and by failing to provide a detailed analysis of his reasons (appellant's factum, at paragraphs 18 and 19). Simply providing brief summaries of the witnesses' testimonies in the decision was insufficient.

[8] The appellant argues that this failure led to an "analysis of the principles of sentencing which failed to balance the appropriate considerations" (appellant's factum, at paragraphs 18 and 19).

[9] The appellant's second ground of appeal is that the sentence imposed was harsh and excessive (appellant's factum, at paragraphs 36 to 63), mostly because the sentence reflects an improper emphasis on denunciation and general deterrence to the detriment of competing principles of sentencing, such as specific deterrence, proportionality and rehabilitation.

[10] For ease of reference, the CMJ's reasons for sentence will be dealt with in sections as I analyze each of the appellant's submissions.

[6] Le 30 octobre 2007, le JMC a condamné l'appelant à la destitution avec une peine accessoire de détention pour une période de quatre-vingt-dix jours. En outre, il s'est vu imposer, conformément à l'article 147.1 de la LDN, une ordonnance lui interdisant d'avoir en sa possession des armes pour une période de sept ans finissant le 29 octobre 2014. Finalement, par ordonnance datée du 30 octobre 2007, le JMC a libéré l'appelant en application de l'article 248.1 de la LDN jusqu'à ce qu'il soit statué sur son appel (dossier d'appel, vol. III, à la page A-23 : certification de l'ordonnance, 22 février 2008).

[7] Le soldat Tupper a fait appel de la sévérité de la peine pour deux motifs. Le premier motif a trait au caractère suffisant des motifs du JMC (mémoire des faits et du droit de l'appelant, aux paragraphes 18 à 35) (le mémoire). L'appelant soutient que le JMC a commis une erreur en omettant de tirer des conclusions précises au sujet des témoins à décharge appelés durant l'audience de détermination de la peine et en ne fournissant pas une analyse détaillée de ses motifs (mémoire de l'appelant, aux paragraphes 18 et 19). Il ne suffisait pas de présenter simplement de brefs résumés des témoignages dans la décision.

[8] L'appelant fait valoir que cette omission a mené à une [TRADUCTION] « analyse des principes de détermination de la peine qui ne conciliait pas les considérations pertinentes » (mémoire de l'appelant, aux paragraphes 18 et 19).

[9] Le deuxième motif d'appel de l'appelant est que la peine infligée était trop lourde (mémoire de l'appelant, aux paragraphes 36 à 63), surtout parce que la peine traduit un accent excessif mis sur la dénonciation et la dissuasion du public au détriment des principes concurrents de la détermination de la peine, tels que la dissuasion individuelle, la proportionnalité et la réinsertion.

[10] Par souci de commodité, je traiterai séparément des motifs de la peine fournis par le JMC dans mon analyse de toutes les observations de l'appelant.

II. The standard of review

[11] In *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3 (*REM*), Chief Justice McLachlin wrote:

... there is no absolute rule that adjudicators must in all circumstances give reasons. In some adjudicative contexts, however, reasons are desirable, and in a few, mandatory. As this Court stated in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26 at para. 18, quoting from *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 at para. 43, (in the administrative law context), “it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision”. A criminal trial, where the accused’s innocence is at stake, is one such circumstance.

[12] The appellant’s first ground of appeal involves the CMJ’s duty of fairness. Generally, an appellate court will review a question of procedural fairness on a standard of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 129, *per* Binnie J.).

[13] The second ground of appeal calls for a deferential standard of review. Sentencing is a fundamentally subjective and individualized process “where the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses [while] the appellate court can only base itself upon a written record” (*R. v. L.M.*, 2008 SCC 31, [2008] 2 S.C.R. 163, at paragraphs 18 and 22; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at paragraph 46). It is certainly one of the hardest tasks confronting a trial judge (*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368). Absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an over-emphasis of the appropriate factors, this Court should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Dixon*, 2005 C.M.A.C. 2, 7 C.M.A.R. 4, at paragraph 18 (*Dixon*); *R. v. Lui*, 2005 C.M.A.C. 3, 7 C.M.A.R. 18 [*Lui*]).

II. La norme de contrôle

[11] Dans *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 (*REM*), la juge en chef McLachlin a écrit ce qui suit :

[...] Aucune règle absolue n’exige qu’une décision soit motivée en toutes circonstances. En revanche, dans certains contextes juridictionnels, des motifs sont souhaitables et, dans de rares cas, obligatoires. Comme notre Cour l’a affirmé dans *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, par. 18, citant le par. 43 de l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (dans un contexte de droit administratif), « il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l’obligation d’équité procédurale requerra une explication écrite de la décision ». Un procès criminel, où l’innocence de l’accusé est en jeu, figure parmi ces circonstances.

[12] Le premier motif d’appel de l’appelant fait intervenir l’obligation d’équité du JMC. En règle générale, une cour d’appel examine une question d’équité procédurale selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 129, par le juge Binnie).

[13] Le deuxième motif d’appel commande une norme de contrôle empreinte de déférence. La détermination de la peine est un processus fondamentalement subjectif et individualisé “ [où] le juge du procès a l’avantage d’avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d’appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit » (*R. c. L.M.*, 2008 CSC 31, [2008] 2 R.C.S. 163, aux paragraphes 18 et 22; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, au paragraphe 46). C’est sans doute une des tâches les plus difficiles que le juge du procès doit remplir (*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368). Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, la Cour ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4, au paragraphe 18 (*Dixon*); *R. c. Lui*, 2005 CACM 3, 7 C.A.C.M. 18 (*Lui*)).

III. The first ground of appeal: The adequacy of the reasons

[14] Reasons for judgment in a criminal trial serve three main functions. First, reasons tell the parties affected by the decision why the decision was made. Second, reasons provide public accountability of the judicial decision; thus, justice is not only done, but is seen to be done. Third, reasons permit effective appellate review (*REM*, above, at paragraph 11).

[15] The first and third functions are at the heart of the appellant's arguments. After a careful review of the transcript and a functional analysis of the reasons for sentence, I fail to see how the appellant could have been left in doubt about why a conviction had been entered on all charges and why the CMJ had crafted the sentence as imposed.

[16] Understandably, the appellant disagrees with the outcome of his sentencing hearing and wishes that the CMJ had given more weight to the evidence of the defence witnesses.

[17] However, the sufficiency test does not require a detailed description of the judge's process in arriving at his or her decision (*REM*, above, at paragraph 35).

[18] Rather, it requires that the reasons, considered in the context of the record and the live issues at trial, disclose a logical connection between the evidence and the sentence sufficient to allow a meaningful appeal.

[19] In the case at bar, the live issues were easily identifiable. During the sentencing hearing, the prosecution evidence turned principally on discipline, while the defence evidence turned principally on the appellant's drug addiction and its effect on his behaviour (appellant's factum, at paragraph 23).

III. Le premier motif d'appel : le caractère suffisant des motifs

[14] Les motifs du jugement dans un procès criminel remplissent trois fonctions principales : Premièrement, ils révèlent aux parties touchées par la décision pourquoi cette décision a été rendue. Deuxièmement, ils constituent un moyen de rendre compte devant le public de l'exercice du pouvoir judiciaire; non seulement justice est rendue, mais il est manifeste qu'elle est rendue. Troisièmement, ils permettent un examen efficace en appel (*REM*, précité, au paragraphe 11).

[15] Les première et troisième fonctions sont au cœur des arguments de l'appellant. Après avoir examiné attentivement la transcription et procédé à une analyse fonctionnelle des motifs de la peine, je ne vois pas en quoi l'appellant peut avoir été laissé dans l'ignorance quant aux raisons pour lesquelles il a été reconnu coupable de toutes les accusations et aux motifs pour lesquels le JMC a élaboré la peine imposée.

[16] Naturellement, l'appellant est en désaccord avec l'issue de l'audience visant à déterminer sa peine, et il aurait souhaité que le JMC accorde un poids accru à la déposition des témoins à décharge.

[17] Le critère du caractère suffisant n'exige pas toutefois que le juge décrive en détail la procédure qu'il a suivie pour arriver à sa décision (*REM*, précité, au paragraphe 35).

[18] Ce critère requiert plutôt que les motifs, considérés dans le contexte du dossier et des questions sérieuses au procès, révèlent un lien suffisamment logique entre la preuve et la détermination de la peine pour permettre un appel valable.

[19] Il était facile de cerner les questions sérieuses en l'espèce. Au cours de l'audience de détermination de la peine, la preuve de la poursuite était principalement axée sur la discipline, alors que la preuve de la défense concernait surtout la dépendance de l'appellant à la drogue et l'effet de cette dépendance sur son comportement (mémoire de l'appellant, au paragraphe 23).

[20] I hasten to add however, that all the military witnesses, whether testifying for the prosecution or the defence, stressed the critical importance of discipline, especially since 2 RCR was getting ready to be deployed to Afghanistan in the summer of 2008 (Appeal Book, Vol. III, at pages 390, 395 and 506, lines 21 and following). While testifying, Major Basil Joseph Hartson, the appellant's Commanding Officer, indicated that Private Tupper served in Golf Company in Rear Party. At the time, Golf Company from 2 RCR was on the road to high readiness getting ready to be deployed to Texas before leaving for Afghanistan.

[21] After having "accepted as proven all facts expressed or implied that were essential to the court martial panel findings of guilty" (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 505 lines 38 to 40), the CMJ turned his attention to the live issues and indicated which evidence he accepted or rejected.

[22] There were only two contentious issues and the CMJ made specific findings of fact before relying on them in determining the sentence. For the purposes of this appeal, a full account of the facts relevant to these issues is unnecessary. Suffice to say that they related (a) to the circumstances surrounding Private Tupper's attendance at a detoxification centre, on December 7, 2006, and (b) to the effect of Private Tupper's drug addiction on his behaviour (respondent's memorandum of fact and law, at paragraph 14). On the first issue, the CMJ, as he was entitled to, preferred the testimony of one of the detoxification center's counsellor to that of the appellant (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 507 lines 4 to 20) whom, he found, had used deceit in trying to cover up his escape from barracks from December 7 to 14, 2006 by implicating health services in order to justify his absence from his place of duty (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 511 lines 19 to 36).

[23] On the second issue, the CMJ wrote:

Private Tupper testified about his drug addiction and his recent encounter with the military justice system, as well

[20] Je m'empresse cependant d'ajouter que tous les témoins militaires, qu'ils aient témoigné pour le compte de la poursuite ou de la défense, ont insisté sur l'importance primordiale de la discipline, tout particulièrement parce que le 2 RCR se préparait à être déployé en Afghanistan à l'été 2008 (dossier d'appel, vol. III, aux pages 390, 395 et 506, lignes 21 et suivantes). Durant son témoignage, le major Basil Joseph Hartson, le supérieur de l'appelant, a dit que le soldat Tupper avait servi dans la Compagnie Golf, un groupe arrière. À l'époque, la Compagnie Golf du 2 RCR se préparait à être en état d'alerte élevée en vue de son déploiement au Texas avant de se rendre en Afghanistan.

[21] Après avoir « accepté comme prouvés l'ensemble des faits exprès ou implicites qui étaient essentiels au verdict de culpabilité du comité de la cour martiale » (dossier d'appel, vol. III, à la page 505, lignes 38 à 40), le JMC s'est penché sur les questions sérieuses et a fait savoir quels éléments de preuve il acceptait ou rejetait.

[22] Il n'y avait que deux questions en litige, et le JMC a tiré des conclusions de fait précises avant de s'appuyer sur celles-ci pour déterminer la peine. Il est inutile de dresser un compte rendu complet des faits relatifs à ces questions pour les besoins du présent appel. Il suffit de dire que ces faits se rapportent a) aux circonstances entourant la présence du soldat Tupper à un centre de désintoxication le 7 décembre 2006 et b) à l'effet de la dépendance aux drogues du soldat Tupper sur son comportement (mémoire des faits et du droit de l'appelant, au paragraphe 14). Pour ce qui est de la première question, le JMC a préféré, comme il en avait le droit, le témoignage de l'un des conseillers du centre de désintoxication à celui de l'appelant (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 507, lignes 4 à 20) qui, a-t-il conclu, avait preuve de tromperie en tentant de dissimuler son évasion du quartier du 7 au 14 décembre 2006, en impliquant les services de santé afin de justifier son absence de son lieu de service (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 511, lignes 19 à 36).

[23] Quant à la deuxième question, le JMC a écrit ce qui suit :

Le soldat Tupper a témoigné au sujet de sa dépendance aux drogues et des rapports qu'il avait eus récemment

as civilian justice system. It is clear from his testimony, that he feels that his chain of command has been unfair and unsupportive of him in his battle with drugs. Private Tupper testified that his superiors were picking on him all the time. He said that he wants out of the military and that he could not return to his current unit.

I must say that the evidence before me clearly indicates that Private Tupper was treated as a pure disciplinary and administrative problem who was generating more than his fair share of concerns and paperwork. It may have been the only way to deal with the matter at the time, but in retrospect it is equally clear that the unit authorities did not see signs that could have alerted them to the source of that problem, i.e., Private Tupper's addiction to cocaine. They simply tried to deal with the matter, and they simply tried to deal with some of the consequences (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III at page 508 lines 8-26).

[24] Nonetheless, he concluded:

However, the Court is not satisfied that Private Tupper's attitude, unbecoming of a professional soldier, is only attributable to his addiction. His testimony highlights his disrespect for his chain of command (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III at page 508 lines 27-30).

[25] Having made these findings, the CMJ then stated the sentencing principles and objectives in the context of military justice before proceeding to consider relevant aggravating and mitigating circumstances relating to the offences and the offender.

[26] The following factors were found by the CMJ to aggravate the sentence:

1. The objective gravity of offences under sections 83 and 85 of the NDA;
2. The context of insubordination and disobedience in which other less serious offences were committed;
3. The fact that the appellant had a conduct sheet for similar or related offences;

avec la justice militaire, de même qu'avec la justice civile. Il ressort clairement de son témoignage qu'il estime que sa hiérarchie a été injuste envers lui et qu'elle ne l'a pas soutenu dans son combat contre la drogue. Le soldat Tupper a déclaré que ses supérieurs s'en prenaient à lui tout le temps. Il a affirmé qu'il souhaitait quitter l'armée et qu'il ne pouvait pas retourner dans son unité actuelle.

Je dois préciser que les éléments de preuve qui m'ont été présentés indiquent clairement que le soldat Tupper a été traité comme un problème purement disciplinaire et administratif qui générerait davantage que sa juste part de préoccupations et de paperasserie. C'était peut-être la seule façon de traiter ce problème à l'époque, et il est également clair, avec le recul, que les autorités de l'unité ne voyaient pas les signes qui auraient pu les alerter quant à l'origine du problème, à savoir la dépendance du soldat Tupper à la cocaïne. Elles ont simplement tenté de résoudre le problème en s'attaquant à certaines de ses conséquences (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 508, lignes 8 à 26).

[24] Il a néanmoins conclu ce qui suit :

Cependant, la cour n'est pas convaincue que l'attitude du soldat Tupper, indigne d'un soldat professionnel, soit uniquement attribuable à sa dépendance. Son témoignage révèle son mépris à l'égard de sa hiérarchie (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 508, lignes 27 à 30).

[25] Ayant tiré les conclusions précitées, le JMC a ensuite énoncé les principes et les objectifs de la détermination de la peine dans le contexte de la justice militaire avant d'examiner les circonstances aggravantes et les circonstances atténuantes qui se rapportent aux infractions commises et à leur auteur.

[26] Le JMC a conclu que les facteurs suivants justifiaient l'imposition d'une peine plus lourde :

1. la gravité objective des infractions visées par les articles 83 et 85 de la LDN;
2. le contexte d'insubordination et de désobéissance dans lequel les infractions moins graves ont été commises;
3. le fait que l'appelant avait une fiche de conduite pour des infractions similaires ou connexes;

- | | |
|---|--|
| <p>4. The fact that he tried to cover up his escape from barracks on December 7 to 14, 2006;</p> | <p>4. le fait qu'il a tenté de dissimuler son évvasion du quartier du 7 au 14 décembre 2006;</p> |
| <p>5. The fact that he never served the sentence of confinement to barracks awarded by a service tribunal; and</p> | <p>5. le fait qu'il n'a jamais purgé sa peine de consignation au quartier qui lui a été infligée par un tribunal militaire; et</p> |
| <p>6. The fact that he was an experienced soldier who knew, or ought to have known, the importance of obedience and respect of chain of command (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at pages 510 to 512).</p> | <p>6. le fait qu'il était un soldat expérimenté qui connaissait, ou aurait dû connaître, l'importance de l'obéissance et du respect de la hiérarchie (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, aux pages 510 à 512).</p> |

The judge also considered the following two mitigating factors:

Le JMC a aussi tenu compte des facteurs atténuants suivants :

- | | |
|---|--|
| <p>1. The appellant's young age and his precarious medical situation; and</p> | <p>1. le jeune âge de l'appelant et son état de santé précaire; et</p> |
| <p>2. The fact that these incidents were largely attributable to his addiction to cocaine (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 512 lines 8 to 22).</p> | <p>2. le fait que les incidents en question soient attribuables dans une large mesure à sa dépendance à l'égard de la cocaïne (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 512, lignes 8 à 22).</p> |

[27] Then, having reviewed the evidence, having addressed the contentious issues, and having listed the principles of sentencing, the CMJ concluded that:

[27] Par la suite, ayant examiné la preuve, traité des questions en litige et énuméré les principes de détermination de la peine, le JMC a conclu que :

... the sentence imposed in this case shall answer the protection of the public and the Canadian Forces through punishments that will contribute to the maintenance of discipline and the interest of military justice, and emphasize the objectives of general deterrence, punishment, and denunciation of the conduct (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III at page 509 lines 24-30).

[...] la peine [que je dois] prononcer en l'espèce doit répondre à la nécessité de protéger le public et les Forces canadiennes, au moyen de sanctions qui contribuent au maintien de la discipline et à la préservation des intérêts de la justice militaire, en mettant l'accent sur les objectifs de dissuasion générale, de sanction, et de dénonciation de la conduite (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 509, lignes 24 à 30).

[...]

[...]

However, the sentence must allow for rehabilitation, considering the young age of the offender, and not impede his attempts to cure his drug and alcohol addictions that played a significant role in the commission of most of these offences (*ibid.* at lines 31-41).

Cependant, la peine doit permettre la réadaptation, en tenant compte du jeune âge du contrevenant, et elle ne doit pas entraver ses efforts visant à combattre sa dépendance aux drogues et à l'alcool qui a joué un rôle important dans la perpétration de la plupart des infractions en cause (*ibid.*, lignes 31 à 41).

[28] Based on the foregoing, I agree with the respondent that the sentencing reasons of the CMJ do not leave any doubt as to how and why the sentence was imposed.

[28] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'accord avec l'intimée que les motifs de la peine du JMC ne laissent aucun doute quant aux raisons pour lesquelles il

Considered in the context of the record and the live issues at trial, I am satisfied that the reasons disclose a logical connection between the evidence and the sentence, including the aggravating and mitigating factors considered by the CMJ in a military context. These reasons provide for a meaningful appellate review. Therefore, I would dismiss this first ground of appeal. I now turn to the appellant's second ground of appeal.

IV. The fitness of the sentence

A. *The legislative background*

[29] Appeals against the severity of a sentence are governed by sections 230 and 240.1 of the NDA, which provide:

230. Every person subject to the Code of Service Discipline has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

(a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law;

[...]

240.1 On the hearing of an appeal respecting the severity of a sentence, the Court Martial Appeal Court shall consider the fitness of the sentence and, if it allows the appeal, may, on such evidence as it thinks fit to require or receive, substitute for the sentence imposed by the court martial a sentence that is warranted in law.

B. *General Principles*

[30] When crafting a sentence, a trial judge must consider the fundamental purposes and goals of sentencing as found in sections 718 and following of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (Cr. C.). I mention below the most relevant to the case at bar.

[31] With regard to the main goals of sentencing, the Cr. C. outlines the following: general deterrence, specific deterrence, rehabilitation and reform, and denunciation (see section 718 Cr. C.).

a imposé cette peine. Je suis convaincue que les motifs, considérés dans le contexte du dossier et des questions sérieuses au procès, révèlent un lien logique entre la preuve et la peine, notamment les facteurs aggravants et les facteurs atténuants pris en considération par le JMC dans un cadre militaire. Ces motifs permettent un examen efficace en appel. Je rejetterais donc ce premier motif d'appel. Je me penche maintenant sur le deuxième motif d'appel de l'appelant.

IV. Le caractère indiqué de la peine

A. *Le cadre législatif*

[29] Les appels portés contre la sévérité d'une sentence sont régis par les articles 230 et 240.1 de la LDN, qui prévoient :

230. Toute personne assujettie au code de discipline militaire peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale :

a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi;

[...]

240.1 Si elle fait droit à un appel concernant la sévérité de la sentence, la Cour d'appel de la cour martiale considère la justesse de la sentence et peut, d'après la preuve qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir, substituer à la sentence infligée par la cour martiale la sentence qui est justifiée en droit.

B. *Les principes généraux*

[30] Lorsqu'il élabore une peine, le juge du procès doit tenir compte des objectifs fondamentaux de la détermination de la peine qui figurent aux articles 718 et suivants du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le C.cr.). J'énumère ci-dessous les principes les plus importants en l'espèce.

[31] Quant aux objectifs principaux de la détermination de la peine, le C.cr. énonce ceux qui suivent : la dissuasion du public, la dissuasion individuelle, la réinsertion, la réadaptation et la dénonciation (voir l'article 718 du C.cr.).

[32] The sentence must also be “proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (see section 718.1 Cr. C.), as well as “similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances” (paragraph 718.2(b) of the Cr. C.).

[33] Finally, an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions other than imprisonment may be appropriate in the circumstances (see paragraph 718.2(d) Cr. C.; *Lui, above*, at para. 28; *R. v. Forsyth*, 2003 CMAC 9, 6 C.M.A.R. 329, at paragraph 33).

[34] The excerpts from the reasons for sentence cited above show that the CMJ was alert to these goals and principles, which apply in the context of the military justice system (*R. v. Taylor*, 2008 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 125, at paragraph 11). Of course, this particular context may, in appropriate circumstances, “justify and, at times, require a sentence which will promote military objectives” (*Dixon, above*, at paragraph 33).

C. The sentence under review

[35] The scale of punishments that may be imposed in respect of service offences is found under subsection 139(1) of the NDA:

Scale of punishments

139. (1) The following punishments may be imposed in respect of service offences and each of those punishments is a punishment less than every punishment preceding it:

- (a) imprisonment for life;
- (b) imprisonment for two years or more;
- (c) dismissal with disgrace from Her Majesty’s service;
- (d) imprisonment for less than two years;
- (e) dismissal from Her Majesty’s service;
- (f) detention;

[32] La peine doit aussi être « proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (voir l’article 718.1 du C.cr.) et « semblable à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables » (alinéa 718.2b) du C.cr.).

[33] Enfin, un délinquant ne devrait pas être privé de sa liberté lorsque les circonstances justifient l’imposition de sanctions moins contraignantes (voir l’alinéa 718.2d) du C.cr.; *Lui*, précité, au paragraphe 28; *R. c. Forsyth*, 2003 CACM 9, 6 C.A.C.M. 329, au paragraphe 33).

[34] Les extraits des motifs de la peine cités ci-dessus montrent que le JMC était sensible à ces objectifs et à ces principes, qui s’appliquent dans le contexte du système de justice militaire (*R. c. Taylor*, 2008 CACM 1, 7 C.A.C.M. 125, au paragraphe 11). Bien entendu, ce contexte précis peut, dans des circonstances appropriées, « justifier et, à l’occasion, exiger une peine qui favorisera l’atteinte des objectifs militaires » (*Dixon*, précité, au paragraphe 33).

C. La peine à l’examen

[35] L’échelle des peines susceptibles d’être infligées pour des infractions militaires figure au paragraphe 139(1) de la LDN :

Échelle des peines

139. (1) Les infractions d’ordre militaire sont passibles des peines suivantes, énumérées dans l’ordre décroissant de gravité :

- a) emprisonnement à perpétuité;
- b) emprisonnement de deux ans ou plus;
- c) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté;
- d) emprisonnement de moins de deux ans;
- e) destitution du service de Sa Majesté;
- f) détention;

(g) reduction in rank;

(h) forfeiture of seniority;

(i) severe reprimand;

(j) reprimand;

(k) fine;

(l) minor punishments.

g) rétrogradation;

h) perte de l'ancienneté;

i) blâme;

j) réprimande;

k) amende;

l) peines mineures.

[36] Pursuant to section 172 of the NDA, a Disciplinary Court Martial may not pass a sentence that includes a punishment higher than dismissal with disgrace from Her Majesty's Service.

[37] At the sentencing hearing, the prosecution suggested that the minimal punishment should consist of imprisonment for a period of three to six months. The defence argued that any sentence of incarceration should be suspended because the offences were the result of the appellant's use of cocaine (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 512, lines 26 to 32).

[38] Relying on *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688 and *R. v. Baptista*, 2006 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 92, for the principle that imprisonment should be the penal sanction of last resort (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 512, lines 34 to 41), the CMJ wrote:

... Your convictions clearly indicate a profound disrespect for military authority, obedience, and for the rule of law. They are extremely serious in the circumstances, and they take all their significance in the context of the Canadian Forces' involvement in the war against terrorism. These institutional values and skills distinguish members of the military with other members of the society.

If your actions had not been enhanced by your drug addiction to cocaine, a punishment for imprisonment for a period of five months would be totally adequate. In addition, the evidence before me does not provide me with compelling reasons that would allow me to suspend such period of imprisonment (*ibid.* at page 513 lines 8-22).

[36] Selon l'article 172 de la LDN, la peine maximale que la cour martiale disciplinaire peut infliger dans sa sentence est la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

[37] À l'audience de détermination de la peine, la poursuite a fait observer que la peine minimale devrait consister en une période d'emprisonnement comprise entre trois et six mois. L'avocat de la défense a fait valoir qu'il y a lieu de surseoir à toute peine d'emprisonnement parce que les infractions étaient la conséquence de la consommation de cocaïne de l'appelant (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 512, lignes 26 à 32).

[38] S'appuyant sur *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 et *R. c. Baptista*, 2006 CACM 1, 7 C.A.C.M. 92, pour énoncer le principe que l'emprisonnement devrait être la sanction pénale de dernier recours (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 512, lignes 34 à 41), le JMC a écrit ce qui suit :

[...] Vos condamnations témoignent clairement d'un profond mépris pour l'autorité militaire, l'obéissance et la primauté du droit. Il s'agit d'infractions très graves dans les circonstances et qui prennent toute leur importance dans le contexte de la participation des Forces canadiennes à la guerre contre le terrorisme. Ces valeurs et ces compétences institutionnelles distinguent les membres de l'armée des autres membres de la société.

Si vos agissements n'avaient pas été favorisés par votre dépendance à la cocaïne, une peine d'emprisonnement d'une durée de cinq mois serait tout indiquée. En outre, la preuve qui m'a été présentée ne me donne aucune raison convaincante qui justifierait de suspendre une telle peine (*ibid.*, à la page 513, lignes 8 à 22).

[39] He then added:

Moreover, the evidence before me, including your own testimony, supports the conclusion that there's no place for you in the Canadian Forces anymore. The objective seriousness of these offences, but more particularly the circumstances in which they were committed are so severe that the court must impose a punishment of last resort to effectively meet the required sentencing principles and objectives, as well as maintaining discipline and confidence in the administration of military justice.

However, the sentence of this court can deter others, denounce and punish your conduct with punishments lower in the scale of punishments, and leave room to assist you in the battle against your drug addiction. For these reasons, the court sentences you to dismissal with the accompanying punishment of detention for a period of 90 days (*ibid.* at page 513 lines 22-38).

(1) Dismissal for misconduct

[40] The appellant does not point to any error made by the CMJ in imposing dismissal from the military apart from the CMJ's failure to recognize that one of the indirect consequences of dismissal would be to "deprive the appellant of treatment he could only have received as a serving member of the Canadian Forces" (appellant's factum, at paragraph 51).

[41] I accept the respondent's answers to the appellant's grievance:

46. This argument fails to recognize that addiction treatment is available to service convicts serving a period of incarceration in the detention barracks.

47. It also ignores the fact that Private Tupper was not following a treatment program for addictions (.) at the time of trial (it had been one month since his last session) and was equivocal regarding his need for further treatment. Private Tupper indicated that he could get better without following the treatment recommendations made by [his counsellors]. It also ignores the fact that Private Tupper was eager to leave the Canadian Forces, and expressed this sentiment during his testimony (respondent's memorandum of fact and law at paragraphs 46-47).

[39] Il a ensuite ajouté :

D'autre part, la preuve, y compris votre témoignage, appuie la conclusion selon laquelle il n'y a plus de place pour vous au sein des Forces canadiennes. La gravité objective des infractions en cause, et plus particulièrement les circonstances dans lesquelles elles ont été perpétrées, sont tellement graves que la cour doit infliger une peine de dernier recours afin de répondre aux principes et aux objectifs de la détermination de la peine, et de préserver la discipline et la confiance à l'égard de l'administration de la justice militaire.

Cependant, la peine prononcée par la cour peut assurer la dénonciation et la sanction de votre conduite, au moyen d'une peine moindre sur l'échelle des sanctions et permettre ainsi de vous aider dans votre lutte contre votre toxicomanie. Pour ces motifs, la cour vous condamne à la destitution avec une peine accessoire de détention d'une période de 90 jours (*ibid.*, à la page 513, lignes 22 à 38).

(1) Destitution pour inconduite

[40] L'appelant ne relève aucune erreur qu'aurait commis le JMC en le destituant de l'armée, à part l'omission du JMC de reconnaître que la destitution aurait indirectement pour conséquence de [TRADUCTION] « [le] priver du traitement qu'il peut seulement recevoir en tant que membre des Forces canadiennes » (mémoire de l'appelant, au paragraphe 51).

[41] J'accepte les réponses suivantes de l'intimée au grief de l'appelant :

[TRADUCTION]

46. Cet argument ne reconnaît pas que les condamnés militaires purgeant une peine d'emprisonnement dans une caserne disciplinaire peuvent recevoir un traitement contre la dépendance aux drogues [...]

47. Cet argument ne reconnaît pas également le fait que le soldat Tupper ne suivait pas de traitement pour des dépendances [...] au moment du procès (sa dernière séance remontait à il y a un mois) et qu'il s'est montré équivoque à l'égard de son besoin de suivre d'autres traitements. Le soldat Tupper a affirmé que son état pourrait s'améliorer sans le traitement recommandé par [ses conseillers]. En outre, l'argument ne tient pas compte du fait que le soldat Tupper souhaitait vivement quitter les Forces canadiennes et qu'il a exprimé ce sentiment au cours de son témoignage (mémoire des faits et du droit de l'intimée, aux paragraphes 46 et 47).

[42] Therefore, I find that the punishment of dismissal was not inappropriate, especially in view of Major Hartson's testimony on the impact of the appellant's behaviour on his unit. At the trial, he had stressed the fact that the rear party was a very small organization where "Private Tupper's actions were seen and known to all" (Appeal Book, Vol. III, at pages 393 and 394) adding that:

"In Tupper's case, I almost had to assign a senior NCO to watch him full time because of his various disciplinary problems. In part [*sic*] to Private Tupper, we had to then begin almost regular inspections in the quarters, which we were not doing before hand. We had to do almost fire piquet security on the quarters to try and prevent problems, and indeed the administrative levels for the safety sensitive drug aspect, although not relating to this trial, was significant. So his actions had a huge impact on the unit, and indeed his actions in the quarters also caused problems for other units on the base, because the quarters are mixed between units. They don't solely belong to 2 RCR, so any problems in the quarters had to be shared equally across the base" (Appeal Book, Vol. III at page 394).

[43] It was also mentioned that Private Tupper's conduct "had a significant impact on the operational effectiveness of 2 RCR" (Appeal Book, Vol. III, at page 395).

[44] There was compelling evidence on record highlighting the importance of maintaining discipline in the infantry, which supported the CMJ's conclusion that there "was no place for [Private Tupper] in the Canadian Forces anymore" (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 513).

(2) Weapons prohibition order

[45] Paragraph 147.1(1)(a) of the NDA made it mandatory for the CMJ to consider whether it was desirable to make a weapons prohibition order.

[42] Je conclus donc que la peine de destitution n'était pas contre-indiquée, particulièrement compte tenu du témoignage du major Hartson concernant l'effet du comportement de l'appelant sur son unité. Au procès, il a insisté sur le fait que le groupe arrière était une très petite organisation dont [TRADUCTION] « tous les membres avaient été témoins et étaient au courant des agissements du soldat Tupper » (dossier d'appel, vol. III, aux pages 393 et 394), ajoutant que :

[TRADUCTION] Dans le cas de Tupper, j'étais presque obligé de confier à un sous-officier principal la tâche de le surveiller sans arrêt en raison de ses divers problèmes de discipline. Nous avons dû ensuite commencer à inspecter presque périodiquement les quartiers, chose que nous ne faisons pas auparavant, en partie à cause du soldat Tupper. Il nous a presque fallu faire le piquet d'incendie dans les quartiers afin de prévenir les problèmes. Et, en fait, le fardeau administratif concernant la lutte contre les drogues, quoique non lié à ce procès, était lourd. Donc, ses agissements avaient un effet considérable sur l'unité, et, dans les faits, les actes qu'il a commis dans les quartiers ont aussi posé problème pour les autres unités de la base, car les unités partagent les quartiers. Ceux-ci n'appartiennent pas exclusivement au 2 RCR; par conséquent, tout problème survenu dans les quartiers devait être réglé de façon égale dans l'ensemble de la base (dossier d'appel, vol. III, à la page 394).

[43] Il a aussi été mentionné que la conduite du soldat Tupper « avait eu un impact considérable sur l'efficacité opérationnelle du 2 RCR » (dossier d'appel, vol. III, à la page 395).

[44] La preuve au dossier montre de façon convaincante l'importance de maintenir la discipline dans l'infanterie et étaye la conclusion du JMC qu'« il n'y a plus de place pour [le soldat Tupper] dans les Forces canadiennes » (motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 513).

(2) Ordonnance d'interdiction de posséder des armes

[45] L'alinéa 147.1(1)(a) de la LDN oblige le JMC à examiner l'opportunité de rendre une ordonnance d'interdiction de posséder des armes.

[46] Section 147.1 of the NDA reads:

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

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

[...]

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

Duration of prohibition order

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

Application of order

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

Notification

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

[47] In the case of Private Tupper, the order was based on terms that were jointly proposed by the prosecution and the defence (Appeal Book, Vol. III, at pages 498 and 502), both suggesting that the weapons prohibition not extend to the appellant's service in the military (Appeal Book, Vol. III, at page 497, lines 40 to 50).

[48] This joint proposal was not contrary to the public interest and including this Order in the sentence did

[46] L'article 147.1 de la LDN se lit comme suit :

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

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

[...]

Durée de l'ordonnance

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

Application de l'ordonnance

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

Notification

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

[47] Dans le cas du soldat Tupper, l'ordonnance reprenait les modalités recommandées conjointement par la poursuite et la défense (dossier d'appel, vol. III, aux pages 498 et 502), qui ont proposé que l'interdiction de posséder des armes ne s'étende pas à l'appelant dans l'exercice de son service militaire (dossier d'appel, vol. III, à la page 497, lignes 40 à 50).

[48] Cette recommandation conjointe n'allait pas à l'encontre de l'intérêt public et son inclusion dans l'ordonnance

not bring the administration of justice into disrepute. “Appellate Courts, increasingly in recent years, have stated time and again that trial judges should not reject jointly proposed sentences unless they are unreasonable, contrary to the public interest, unfit or would bring the administration of justice into disrepute” (*R v. Castillo*, 2003 C.M.A.R. 318). This is not the case.

[49] Therefore, I am of the view that the CMJ correctly exercised his discretion in that regard.

(3) Detention

[50] This leaves the punishment of detention. According to the appellant, all the relevant circumstances were in place to favour individual deterrence, proportionality and rehabilitation as driving forces in the sentence imposed by the CMJ: the CMJ had accepted the appellant’s evidence in regard to his drug addiction to cocaine and its effect on his military conduct; the appellant was a first-time offender. Therefore, the CMJ should not have ordered his detention as imprisonment is a punishment of last resort reserved for more serious offences. In doing so, the CMJ failed to adequately consider the appellant’s specific circumstances.

[51] I have two answers to the appellant’s submission. First, his statement of the facts is not supported by the record. Private Tupper was not a first time offender when he received his sentence. His conduct sheet listed five previous convictions, including two convictions for absence without leave and one conviction for insubordinate behaviour (Appeal Book, Vol. III, at page 569).

[52] Second, he was serving a period of confinement to barracks at the time of the offences and, as a result of his actions, had not served that sentence. The offences of disobedience and insubordination for which the appellant had been convicted were serious offences “as they undermine the foundation of a military organization” (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 509, line 34).

n’a pas déconsidéré l’administration de la justice. « Ces dernières années, les juridictions d’appel ont affirmé à maintes reprises que les juges de première instance ne doivent pas rejeter des peines proposées conjointement à moins qu’elles ne soient “déraisonnables”, “contraires à l’intérêt public” ou “inadéquates” ou à moins “qu’elles ne soient susceptibles de déconsidérer l’administration de la justice” » (*R c. Castillo*, 2003 C.A.C.M. 318). Ce n’est pas le cas de la recommandation en cause.

[49] Je suis donc d’avis que le JMC a bien exercé son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

(3) Détention

[50] Il reste à examiner la question de la peine de détention. D’après l’appelant, toutes les circonstances pertinentes militaient en faveur de la prise en compte de la dissuasion individuelle, de la proportionnalité et de la réinsertion comme facteurs principaux dans la peine infligée par le JMC : celui-ci avait accepté le témoignage de l’appelant sur sa dépendance à la cocaïne et l’effet de cette dépendance sur sa conduite en tant que membre de l’armée; il était un délinquant primaire. Par conséquent, le JMC n’aurait pas dû ordonner son emprisonnement, car il s’agit d’une peine de dernier recours infligée seulement pour des infractions plus graves. Ce faisant, le JMC n’a pas bien tenu compte de la situation de l’appelant.

[51] J’ai deux réponses à donner à l’observation de l’appelant. Premièrement, le dossier ne confirme pas son énoncé des faits. Le soldat Tupper n’était pas un délinquant primaire lorsqu’il s’est vu infliger sa peine. Sa fiche de conduite faisait état de cinq déclarations de culpabilité antérieures, dont deux pour absence sans permission et une pour acte d’insubordination (dossier d’appel, vol III, à la page 569).

[52] Deuxièmement, il avait été condamné à une peine de consignation au quartier au moment des infractions et, étant donné ses actes, il n’a pas purgé cette peine. Les infractions de désobéissance et d’insubordination dont l’appelant a été reconnu coupable étaient graves, « étant donné qu’elles minent les fondations de l’organisation militaire » (motifs de la peine, dossier d’appel, vol. III, à la page 509, ligne 34).

[53] In his oral argument, counsel for the appellant opined that the combined punishments of dismissal and detention amplified the severity of the sentence stressing that this combination is, as of a general rule, inappropriate and counterproductive.

[54] He asked: “What is the purpose of detention, which generally seeks to rehabilitate service detainees before returning them to their unit (article 104.09 complete), if immediately followed by dismissal from the Canadian Forces? In that context, aren’t the objectives sought by detention averted?”

[55] A careful review of the reasons for sentence convinces me that the CMJ pondered these questions along with all the relevant aggravating and mitigating circumstances in taking “into consideration any indirect consequence of the finding of guilt or of the sentence and imposing a sentence commensurate with the gravity of the offence and the previous character of the offender” (*R. v. St-Jean*, 6 C.M.A.R. 159, 2000 CanLII 29663, at paragraph 20) (*Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), article 112.48). I do not quarrel with the need for general deterrence and denunciation that the CMJ favoured in his reasons.

[56] Although detention could no longer serve as facilitating Private Tupper’s return to the military, this punishment still could serve the purpose of general deterrence while leaving “room to assist [Private Tupper] in [his] battle against [his] drug addiction” (reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 513, lines 34 to 36).

[57] As well, I would add that it reflected and honoured the Canadian Forces’ rich legacy and pride. Detention, with its daily routine and treatment options, would have hopefully reformed Private Tupper and prepared him for a safe return to his civilian life as a healthy and strong individual ready to undertake new challenges and successfully achieve his new goals.

[58] Therefore, I conclude that the second ground of appeal must also fail.

[53] Dans sa plaidoirie, l’avocat de l’appelant s’est dit d’avis que les peines combinées de destitution et de détention augmentaient la sévérité de la sentence, soulignant que pareille combinaison est, en règle générale, contre-indiquée et inefficace.

[54] Il a posé la question suivante : « À quoi bon infliger une peine de détention, qui vise généralement la réinsertion des détenus militaires avant qu’ils ne retournent dans leur unité (article 104.09 dans son intégralité) si cette peine est suivie immédiatement de la destitution des Forces canadiennes? Dans ce contexte, les objectifs de la détention ne sont-ils pas contrecarrés? »

[55] Un examen attentif des motifs de la peine me convainc que le JMC a pondéré ces questions avec toutes les circonstances aggravantes et les circonstances atténuantes lorsqu’il a tenu « compte de toute conséquence indirecte que pouvait avoir la déclaration de culpabilité ou la peine et imposer une peine qui soit proportionnelle à la gravité de l’infraction qui tienne compte des antécédents du contrevenant » (*R. c. St-Jean*, 6 C.A.C.M. 159, 2000 CanLII 29663, au paragraphe 20) (*Ordonnances et règlements royaux applicables aux forces canadiennes* (ORFC), à l’article 112.48). Je ne conteste pas le caractère nécessaire de la dissuasion du public et de la dénonciation préconisée par le JMC dans ses motifs.

[56] Même si la détention ne pouvait plus favoriser le retour du soldat Tupper dans l’armée, cette peine pouvait toujours permettre de réaliser l’objectif de la dissuasion du public tout en « [aidant le soldat Tupper] dans [sa] lutte contre [sa] toxicomanie » (motifs de la peine, dossier d’appel, vol. III, à la page 513, lignes 34 à 36).

[57] De plus, j’ajouterais que cette peine témoigne du grand héritage et de la grande fierté des Forces canadiennes. Avec sa routine quotidienne et les traitements qu’elle permet de fournir, la détention aurait peut-être réadapté le soldat Tupper et l’aurait préparé à retourner de manière sécuritaire à la vie civile en tant que personne forte et en santé, prête à relever de nouveaux défis et à atteindre ses nouveaux objectifs.

[58] J’arrive donc à la conclusion qu’il y a lieu de rejeter également le deuxième motif d’appel.

[59] There is no doubt that the sentence is severe. Nonetheless, I would have ended the matter here but for one reason: in June 2008, pending this appeal, Private Tupper was administratively released from the Canadian Forces for unsatisfactory conduct, pursuant to article 15.01 (item 2(a)) of the QR&O).

V. Administrative release pending appeal

[60] This new fact raises the question of the enforceability of the sentence. Considering its terms, one would have expected Private Tupper to serve his time in detention, as a member of the Canadian Forces, and then to be dismissed.

[61] This sequence of events would have served the purposes and goals of the sentence meticulously crafted by the CMJ where denunciation and general deterrence were emphasized while considering the personal circumstances of Private Tupper and his need for treatment to control his dependency to drugs.

[62] The reality is now completely different. Private Tupper has resumed his life as a civilian. He has since gained control over his drug addiction and is attending school to obtain a high school diploma.

[63] Had the CMJ known that Tupper would be administratively released pending his appeal, I am convinced that he would have crafted a sentence better suited to the appellant's new status as a civilian, one that could be executed even after the appellant's release.

[64] However, I need not speculate as to what the proper sentence might have been as I believe that the finality of the administrative release has made the punishments of dismissal and detention inoperative.

[65] It appears clearly from the record that the CMJ was totally unaware of the upcoming release. The record shows the following:

- a) While discussing the weapons prohibition order, counsel for both parties submitted that it should not

[59] La peine est sans aucun doute sévère. Une raison m'empêche toutefois d'en rester là : en juin 2008, alors que le présent appel était en instance, le soldat Tupper a fait l'objet d'une libération administrative des Forces canadiennes pour conduite insatisfaisante, en vertu de l'article 15.01 des ORFC (point 2(a)).

V. Libération administrative en attendant l'issue d'un appel

[60] Ce fait nouveau soulève la possibilité de mettre en application la peine. Étant donné les conditions de la peine, on se serait attendu à ce que le soldat Tupper ait purgé sa peine de détention à titre de membre des Forces canadiennes avant d'être destitué.

[61] La séquence des événements décrite ci-dessus aurait permis de réaliser les objectifs de la peine élaborée avec minutie par le JMC, qui a mis l'accent sur la dénonciation et la dissuasion du public tout en tenant compte de la situation du soldat Tupper de son besoin de suivre un traitement pour mettre un terme à sa dépendance aux drogues.

[62] La réalité est désormais tout à fait différente. Le soldat Tupper est retourné à la vie civile. Il a depuis mis fin à sa dépendance aux drogues et fréquente l'école pour obtenir un diplôme d'études secondaires.

[63] Si le JMC avait su que Tupper ferait l'objet d'une libération administrative en attendant l'issue de son appel, je suis convaincue qu'il aurait élaboré une peine qui s'accorde mieux avec le nouveau statut de civil de l'appelant, c'est-à-dire une peine qui pourrait être mise en application même après la libération de l'appelant.

[64] Je n'ai toutefois pas à conjecturer ce qui aurait pu constituer une peine adéquate, car, à mon avis, le caractère définitif de la libération administrative a rendu caduques les peines de destitution et de détention.

[65] Il ressort clairement du dossier que le JMC n'était pas du tout au courant de la libération prochaine de l'appelant. Voici ce que révèle le dossier :

- a) Alors qu'ils discutaient de l'ordonnance d'interdiction de posséder des armes, les avocats des deux

apply to Private Tupper's duties or employment as a member of the Canadian Forces (section 147.3 of the DNA; reasons for sentence, Appeal Book, Vol. III, at page 497 lines 30 to 43 and page 502 lines 16 to 21).

- b) At the hearing on the application for release from detention pending appeal, the prosecution, although objecting to the application, proposed that certain conditions be imposed if the CMJ agreed to release the offender. All these conditions suggested a continued relationship between the appellant and the Canadian forces (minutes of proceedings of an application for sentence pending appeal, Appeal Book, Vol. III, at page A-17, lines 4 to 40, see also page A-15, lines 25 to 27).
- c) Twice the CMJ expressed the wish that the sentence be served "as quickly as possible for the proper administration of military justice".

[66] As a result, the CMJ granted the application in the following terms, which Private Tupper undertook to obey:

Therefore, I will grant the application made by Private Tupper if he undertakes to obey the following conditions: To remain under military authority; to report twice daily, that is 0715 hours and 1630 hours, to the military police detachment here at CFB Gagetown, or as directed by his Commanding Officer; to remain within the confines of CFB Gagetown, the City of Fredericton, and Oromocto; to refrain from establishments whose primary business is the sale of liquor, except as directed by his chain of command; to abstain from the consumption of alcohol or — and non-prescription drugs; to keep the peace and be of good behaviour; to report any change of address or employment to the military police at CFB Gagetown; to surrender, as directed by authorities; and to surrender his passport, if any (minutes of proceedings of an application for release pending appeal, Appeal Book, Vol. III at page A-21 lines 22-40).

[67] As Private Tupper has already been released from military service, it follows that he can no longer be subjected to punishments reserved for soldiers. Having been

parties ont soutenu que cette ordonnance ne devrait pas s'appliquer aux fonctions du soldat Tupper à titre de membre des Forces canadiennes (article 147.3 de la LDN; motifs de la peine, dossier d'appel, vol. III, à la page 497, lignes 30 à 43, et page 502, lignes 16 à 21).

- b) À l'audition de la demande de libération en attendant l'issue de l'appel, la poursuite, bien qu'elle se soit opposée à la demande, a proposé au JMC d'assortir la libération de conditions, le cas échéant. Toutes ces conditions supposaient la poursuite des rapports entre l'appellant et les Forces canadiennes (procès-verbal de l'audition d'une demande de peine en attendant l'issue de l'appel, dossier d'appel, vol. III, à la page A-17, lignes 4 à 40, voir aussi la page A-15, lignes 25 à 27).
- c) Le JMC a exprimé deux fois le souhait que la peine soit purgée [traduction] « le plus tôt possible pour assurer la bonne administration de la justice militaire ».

[66] Le JMC a donc accueilli la demande aux conditions suivantes, que le soldat Tupper s'est engagé à respecter :

[TRADUCTION] Par conséquent, je ferai droit à la demande du soldat Tupper s'il s'engage à respecter les conditions suivantes : continuer de se soumettre à l'autorité militaire; se présenter deux fois par jour, soit à 7 h 15 et à 16 h 30, au détachement de la police militaire, ici à la BFC Gagetown, ou conformément aux ordres de son supérieur; rester à l'intérieur de la BFC Gagetown, de la ville de Fredericton ou d'Oromocto; ne pas fréquenter des établissements dont l'activité principale est la vente d'alcool, sauf en conformité avec les ordres de sa hiérarchie; s'abstenir de consommer de l'alcool ou des médicaments non prescrits; garder la paix et avoir une bonne conduite; signaler tout changement d'adresse ou d'emploi à la police militaire de la BFC Gagetown; obtempérer aux consignes des autorités; remettre son passeport, s'il en a un (procès-verbal de l'audition d'une demande de libération en attendant l'issue de l'appel, dossier d'appel, vol. III, à la page A-21, lignes 22 à 40).

[67] Puisque le soldat Tupper a déjà été libéré du service militaire, il n'est plus passible des peines réservées aux soldats. Vu sa libération, il ne peut être ensuite

released, he cannot subsequently be dismissed from the Canadian Forces. Similarly, he cannot be placed back into a uniform to serve a period of detention in military barracks.

[68] Members of the Canadian Forces can be subject to both administrative and disciplinary sanctions. If a Canadian Forces member has been charged with an offence under the NDA, Criminal Code or other federal statute, the chain of command may, regardless of the outcome of the offence charged, take administrative action to address any conduct or performance deficiencies arising from the same circumstances (*Defence Administrative Orders and Directives* (DAOD) 5019-0, Conduct and Performance Deficiencies).

[69] According to Dr. Chris Madsen (*Military Law and Operations*, loose-leaf. Aurora: Canada Law Book, 2008 at 2:20.40), administrative action may be initiated against convicted soldiers especially in the case of repeat and habitual offenders. He notes:

Release as no longer suitable for military service is one common outcome, which either compounds or supplants the punishment awarded at trial.

[70] In the present instance, the remission of sentence is the direct result of an administrative intervention into the military judicial process.

[71] I am not suggesting that the Canadian Forces cannot act the way it did and administratively sanction an offender despite the court martial proceedings. The application of military law is influenced not only by the particular circumstances of an offence, but also by the broader circumstances faced by the Canadian Forces, such as its current combat role in Afghanistan.

[72] I can imagine cases where the military would want to swiftly remove a problematic individual in order to restore discipline and promote confidence among its ranks, especially in cases where that individual has expressed the wish to leave the Canadian Forces.

destitué des Forces canadiennes. Dans la même veine, on ne peut le réintégrer dans l'armée pour qu'il purge une peine de détention dans une caserne militaire.

[68] Les membres des Forces canadiennes sont passibles à la fois de sanctions administratives et de sanctions disciplinaires. Si un militaire est accusé d'une infraction en vertu de la LDN, du *Code criminel* ou d'une autre loi fédérale, et quel qu'en soit l'aboutissement, la chaîne de commandement peut prendre des mesures administratives pour traiter tout manquement à la conduite ou au rendement émanant des mêmes circonstances (*Directives et ordonnances administratives de la Défense* (DOAD) 5019-0, Manquement à la conduite et au rendement).

[69] Selon M. Chris Madsen (*Military Law and Operations*, feuilles mobiles. Aurora, Canada Law Book, 2008, à 2:20.40), il est possible de prendre des mesures administratives à l'encontre de soldats condamnés, tout particulièrement dans le cas de récidivistes chroniques. Il fait remarquer ce qui suit :

La libération pour inaptitude au service militaire est une issue courante, qui complète la peine imposée au procès ou l'emporte sur celle-ci.

[70] En l'espèce, une intervention de nature administrative dans le système judiciaire militaire entraîne directement la remise de la peine.

[71] Je ne laisse pas entendre que les Forces canadiennes ne peuvent pas agir comme elles l'ont fait en imposant à un délinquant une sanction administrative malgré la procédure de cour martiale. L'application du droit militaire est non seulement fonction des circonstances propres à une infraction, mais aussi des circonstances plus générales avec lesquelles doivent composer les Forces canadiennes, telles que son rôle actuel de combattant en Afghanistan.

[72] Je peux imaginer des situations où l'armée voudrait se débarrasser rapidement d'un cas problème afin de rétablir la discipline et de favoriser la confiance dans ses rangs, surtout lorsque la personne concernée a manifesté le désir de quitter les Forces canadiennes.

[73] There could also be instances where the need to suspend carrying into effect a period of imprisonment or detention would arise, for example because the expertise of a convicted soldier is required in the field. (See sections 216 and following of the NDA and articles 114.01 and 114.02 of the QR&O)

[74] Major Hartson testified to the effect that self-discipline and general discipline were “critical to the Canadian Forces mission in Afghanistan” (Major Hartson’s testimony, Appeal Book, Vol. III, at page 396). This could have been a case where the chain of command felt justified to request Private Tupper’s release, as he was seen as an administrative burden at a time where any disturbance was harmful to the interests of service and unit.

[75] However, such a decision comes with important consequences as it may very well circumvent a given sentence which then becomes in part, or in whole, incompatible with the administrative release. As mentioned before, this is the conclusion that I have reached in this appeal.

[76] It was suggested at the hearing that a more expedient appeal process might have prevented this situation. Looking at this particular file, I am unable to accept this proposition.

[77] Firstly, knowing the importance of the sentence in terms of denunciation and general deterrence, the chain of command could have opted to have Private Tupper relieved from the performance of his military duties while the proceedings lasted, as it was done in the case of *Dixon*, above, at paragraph 17, rather than have him released with the ensuing consequences on the sentence.

[78] Secondly, an examination of the Summary of Recorded Entries reveals that this appeal was scheduled to be heard within five months of the requisition for hearing. All other delays are attributable to the parties. The notice of appeal was filed on November 30, 2007 but the memoranda could not be filed before the issuance, by the Appeal Committee, of its decision on Private Tupper’s application for military Counsel on this appeal, which

[73] Il peut aussi y avoir des situations où le besoin de suspendre la mise en application d’une peine d’emprisonnement ou de détention se fait sentir, par exemple lorsque l’expertise d’un soldat condamné est requise sur le terrain (Voir les articles 216 et suivants de la LDN et les articles 114.01 et 114.02 des ORFC).

[74] Le major Hartson a témoigné que la discipline personnelle et la discipline en général sont [TRADUCTION] « essentielles pour la mission des Forces canadiennes en Afghanistan » (témoignage du major Hartson, dossier d’appel, vol. III, à la page 396). La chaîne de commandement aurait pu estimer qu’il y avait lieu de demander la libération du soldat Tupper, car il était considéré comme un fardeau administratif à une époque où tout dérangement était préjudiciable aux intérêts du service et de l’unité.

[75] Une décision de ce genre a toutefois des répercussions importantes, car elle peut très bien neutraliser une peine donnée, laquelle devient alors, en tout ou en partie, incompatible avec la libération administrative. Comme je l’ai déjà mentionné, c’est la conclusion à laquelle je suis arrivée dans le cadre du présent appel.

[76] On a soutenu à l’audience qu’une procédure d’appel plus expéditive aurait peut-être empêché que cette situation ne se produise. Ayant examiné le présent dossier, je ne puis accepter cet argument.

[77] Premièrement, connaissant l’importance de la peine au chapitre de la dénonciation et de la dissuasion du public, la chaîne de commandement aurait pu décider de relever le soldat Tupper de ses fonctions militaires au cours de la procédure, comme cela avait été fait dans *Dixon*, précité, au paragraphe 17, plutôt que de le libérer avec les répercussions que cette mesure a eues sur la peine.

[78] Deuxièmement, un examen du résumé des inscriptions enregistrées révèle que le présent appel devait être entendu moins de cinq mois après la demande d’audience. Tous les autres délais sont attribuables aux parties. L’avis d’appel a été déposé le 30 novembre 2007, mais le mémoire ne pouvait pas l’être avant que le comité d’appel ne statue sur la demande du soldat Tupper visant à se faire représenter par un avocat militaire dans le cadre

application was authorized on May 21, 2008. Finally, each party sought an extension to file its memorandum.

VI. Conclusion

[79] For these reasons, I would grant leave to appeal and allow this appeal and although I have found the sentence to be demonstrably fit, I would set aside the punishments of dismissal and detention as they are inoperative following the appellant's administrative release from the Canadian Forces.

NADON J.A.: I agree.

[80] PHELAN J.A. (dissenting reasons): I have had the benefit of reading the majority's reasons in this case. With the greatest of respect, I find that I cannot concur in the result.

[81] I agree with the majority in everything except the analysis of the effect of "administrative release pending appeal" on the merits of the appeal. On that ground alone, the majority would grant the appeal in part and set aside the punishment of dismissal with disgrace (commonly called a dishonourable discharge) and detention. In effect the appellant is left with only a seven-year weapons prohibition despite having been convicted of among the most serious offences in the military — disobeying a lawful command of the superior officer. He was found to have shown complete disrespect for the chain of command.

[82] In my view, this Court has no grounds for allowing the appeal under section 240.1 of the *National Defence Act* and therefore has no basis for substituting the sentence of the CMJ. This Court has found that the sentence, as passed, was appropriate and neither too severe nor unfit.

[83] The guiding principle on sentence appeals is set forth in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at paragraph 90:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a

du présent appel, laquelle demande a été accueillie le 21 mai 2008. Enfin, chacune des parties a sollicité une prorogation du délai pour déposer son mémoire.

VI. Conclusion

[79] Pour ces motifs, je ferais droit à la demande d'autorisation d'appel et accueillerais le présent appel et, même si j'ai conclu que la sentence était manifestement indiquée, j'annulerais les peines de destitution et de détention, vu qu'elles sont caduques à la suite de la libération administrative de l'appelant des Forces canadiennes.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

[80] LE JUGE PHELAN (motifs dissidents) : J'ai eu l'avantage de lire les motifs rendus par la majorité en l'espèce. Avec tout le respect que je dois à celle-ci, j'estime ne pas pouvoir être d'accord avec le dispositif.

[81] Je suis d'accord avec la majorité sur tous les points, sauf son analyse de l'effet de la « libération administrative durant l'appel en instance » sur le bien-fondé de celui-ci. Pour ce seul motif, la majorité accueille l'appel en partie et annule la peine de destitution ignominieuse (appelée communément destitution déshonorante) et de détention. Dans les faits, l'appelant ne fait l'objet que d'une ordonnance d'interdiction de posséder des armes même s'il a été reconnu coupable d'infractions parmi les plus graves de l'armée – avoir désobéi à un ordre légitime du supérieur. On a jugé qu'il avait fait preuve d'un mépris total envers la chaîne de commandement.

[82] À mon avis, la Cour n'a aucune raison d'accueillir l'appel en vertu de l'article 240.1 de la LDN et il n'y a donc pas lieu pour elle de substituer sa peine à celle du JMC. La Cour a conclu que la peine, telle qu'infligée, était indiquée et ni trop sévère ni inadéquate.

[83] Le principe directeur applicable aux appels d'une peine est exposé dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au paragraphe 90 :

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel

sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*. As s. 717(1) reads:

717. (1) Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts the person who commits the offence. [Emphasis added.]

This principle applies equally to the Court Martial Appeal Court.

[84] This Court acknowledges that the CMJ applied all the right principles to the sentence, did not fail to consider a relevant factor or overemphasize an appropriate factor. The CMJ recognized the importance of maintaining discipline in the military and the need to ensure confidence in the administration of military justice.

[85] The maintenance of discipline is so fundamental to the military that it is virtually the *sine qua non* of a military organization. It is an essential feature which distinguishes military life from that of civilian life. Discipline is essential to the effectiveness of the military, its control of its personnel for the protection of the civilian population and the exercise of civil control of the military.

[86] Tupper's conduct directly undermined that core value at a critical time in his infantry unit's life — preparation for combat operations.

[87] There was clear evidence of Tupper's adverse impact on unit effectiveness and morale during the time of his misconduct. Dismissal from the military appears to be the only viable option. He was unable to function as a member of the military, required special attention and was disruptive to his unit and other units on the base (see paragraph 42 of the Court's reasons).

[88] The point on which this appeal turns is whether the military must keep on its roster a wholly unsatisfactory

ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel*. Comme le prévoit le par. 717(1) :

717. (1) Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à imposer est, sous réserve des restrictions continues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction. [Je souligne.]

Ce principe s'applique également à la Cour d'appel de la cour martiale.

[84] La Cour reconnaît que le JMC a appliqué tous les principes pertinents à la peine, n'a pas omis de prendre en considération un facteur pertinent ou insisté trop sur un facteur approprié. Le JMC a pris acte de l'importance de maintenir la discipline dans l'armée et de la nécessité d'assurer la confiance dans l'administration de la justice militaire.

[85] Le maintien de la discipline est si fondamental pour l'armée qu'il est pratiquement la condition *sine qua non* de cette dernière. Il s'agit d'une caractéristique essentielle qui distingue la vie militaire de la vie civile. La discipline est nécessaire à l'efficacité de l'armée, au contrôle de son personnel pour protéger la population civile et au contrôle par les civils de l'armée.

[86] La conduite de Tupper a miné directement cette valeur fondamentale à un moment crucial dans la vie de son unité d'infanterie : la préparation à des opérations de combat.

[87] Des éléments de preuve montrent clairement l'incidence néfaste qu'a eue l'inconduite de Tupper sur l'efficacité et le moral de son unité. La destitution de l'armée semble être la seule solution valable. Il était incapable de fonctionner comme membre de l'armée, avait besoin d'attention spéciale et dérangeait les unités de la base, dont la sienne (voir le paragraphe 42 des motifs de la Cour).

[88] La question sur laquelle porte le présent appel est de savoir si l'armée doit garder dans ses rangs un

soldier pending appeals so that the member can serve the entirely justified penalty of detention and dismissal with disgrace.

[89] In my view, the military is not required to make this “either-or” choice. Moreover, this Court should not decide this aspect of the case without a proper record of the circumstances which led to the military’s decision to grant administrative release. It must be remembered that Tupper was more determined to separate from the military than the military had been to separate from Tupper.

[90] The Court only heard of Tupper’s release at the appeal. It has no record of the options which the military had or the circumstances which may have necessitated or justified administrative release. The Court had been left to speculate on this matter. There is too thin a record upon which to base the Court’s decision that administrative release vitiates the otherwise justifiable sentence.

[91] I do not see anything unfair requiring Tupper to serve his sentence even after having left the service as occurs for a civilian who has been released from custody pending an appeal. The change in his circumstances cannot vitiate his sentence. Tupper is being punished for his wrongful acts while he was in the military, a life which he chose.

[92] The Court was pointed to no authority that the military lacks the jurisdiction to carry out the sentence even after the member has been administratively discharged or that changed circumstances renders the sentence excessive.

[93] Administrative release itself cannot be grounds for overturning a sentence. Administrative releases can be granted in many circumstances — unfitness, medical circumstance, compassionate grounds, etc. How could it be that as a result of the myriad of circumstances for granting administrative release, a member of the military can escape legally sound consequences for wrongful conduct?

soldat au rendement tout à fait insatisfaisant en attendant l’issue d’appels pour que ce soldat puisse purger une peine, entièrement justifiée, de détention et de destitution ignominieuse.

[89] J’estime que l’armée n’a pas à faire ce choix. En outre, la Cour ne devrait pas trancher cet aspect de l’affaire sans avoir un exposé adéquat de la situation qui a mené l’armée à accorder une libération administrative. Il faut garder à l’esprit que Tupper était plus déterminé à quitter l’armée que l’armée l’était à libérer Tupper.

[90] La Cour a été avisée de la libération de Tupper seulement au cours de l’appel. Elle n’a aucune liste des options qui s’offraient à l’armée ni compte rendu des circonstances qui auraient peut-être nécessité ou justifié une libération administrative. La Cour a dû émettre des hypothèses en l’espèce. Il n’y a pas assez de renseignements sur lesquels la Cour peut s’appuyer pour décider que la libération administrative vicie une peine par ailleurs justifiée.

[91] À mon avis, il n’y a rien d’injuste à exiger que Tupper purge sa peine même après avoir quitté l’armée, comme dans le cas d’un civil libéré en attendant l’issue d’un appel. Le changement de sa situation ne saurait vicier la peine qui lui a été infligée. Tupper a été puni pour les actes répréhensibles qu’il a perpétrés durant son service militaire, une vie qu’il a choisie.

[92] On a signalé à la Cour aucun précédent établissant que l’armée n’a pas compétence pour mettre en application la peine même après que le militaire ait fait l’objet d’une libération administrative, ou qu’un changement de situation rend la peine excessive.

[93] Une libération administrative ne peut pas justifier en soi l’annulation d’une peine. Des libérations de ce genre peuvent être accordées dans un grand nombre de circonstances : inaptitude, raisons de santé, motifs d’ordre humanitaire, etc. Comment se fait-il qu’étant donné l’éventail des circonstances justifiant une libération administrative, un militaire puisse échapper aux conséquences logiques sur le plan légal de sa conduite répréhensible?

[94] The impact of granting this appeal is to reward Tupper by letting him escape the serious elements of his punishment, detention and dismissal with disgrace, because he was potentially such a burden on the military that his administrative release was necessary.

[95] The ultimate effect of administrative release is to allow the perpetrator to escape the consequences of his action and to punish the victim by undermining its justice system.

[96] With greatest respect to my colleagues on this bench, general deterrence is such an important aspect of military discipline and punishment that it ought not to be undermined nor should appropriate punishment be foregone.

[97] The preservation of respect for military justice should be reinforced by this Court by upholding a sentence which is considered, at the time it was passed, as being entirely appropriate.

[98] Therefore, I would dismiss this appeal in whole, require Tupper to serve his sentence of detention and have it recorded that he was dismissed with disgrace.

[94] L'accueil du présent appel a pour incidence de récompenser Tupper en lui permettant d'échapper aux éléments graves de sa peine, en l'occurrence la détention et la destitution ignominieuse, parce qu'il représentait peut-être un tel fardeau pour l'armée que sa libération administrative était nécessaire.

[95] La libération administrative a, en fin de compte, pour effet de laisser le contrevenant échapper aux conséquences de ses actes, et de punir la victime en minant le système de justice.

[96] Avec tout le respect que je dois à mes collègues de la présente formation, la dissuasion du public est un aspect tellement important de la discipline et des punitions militaires qu'il ne faut pas la saper ni éviter d'infliger une punition indiquée.

[97] La Cour doit renforcer le respect de la justice militaire en maintenant une peine que l'on a considéré tout à fait indiquée lorsque celle-ci a été infligée.

[98] Je rejetterais donc le présent appel dans son ensemble et exigerait que Tupper purge sa peine de détention et qu'il soit inscrit au dossier que Tupper a fait l'objet d'une destitution ignominieuse.