

R. v. Ellis, 2010 CMAC 3

CMAC 528

**Ex-Ordinary Seaman C.A.E. Ellis**

*Appellant,*

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, March 26, 2010.

Judgment: Ottawa, Ontario, April 12, 2010.

Present: Letourneau J.A., Mosley J.A. and de Montigny J.A.

Appeal of the legality of the conviction and sentence (with leave) rendered by Standing Court Martial on March 27, 2009 at Canadian Forces Base Esquimalt, Victoria, British Columbia.

*Sentencing — Accused made submissions requesting a sentence of shorter period of incarceration and a fine as opposed to 90 days incarceration — The sentence imposed by the Military Judge was not demonstrably unfit in the circumstances — Sentence proposed by the accused more severe per s. 139 of the National Defence Act than that imposed by Military Judge — It is unnecessary to pronounce on the constitutionality of s. 139 of the National Defence Act.*

The appellant faces charges on two offences contrary to section 130 of the *National Defence Act* and section 5 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, as well as two offences contrary to section 129 of that Act. The charges relate to the sale of cocaine to an undercover National Investigation Service officer in the barracks of Canadian Forces Base Esquimalt. The necessary elements of the offence were admitted, and a conviction was entered on all four counts. The appellant challenges the legality and fitness of his sentence on the basis that section 139 of the *National Defence Act* is unconstitutional pursuant to sections 7 and 12 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held:* Appeal dismissed.

The appeal is dismissed; it would be inappropriate to pronounce on the constitutional validity of section 139 on the facts

R. c. Ellis, 2010 CACM 3

CMAC 528

**Ex-Matelot de 3<sup>e</sup> classe C.A.E. Ellis**

*Appelant,*

c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 26 mars 2010.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 12 avril 2010.

Devant : Les juges Létourneau, Mosley et de Montigny, J.C.A.

Appel de la légalité de la déclaration de culpabilité et de la sentence (avec sursis) rendues par la cour martiale permanente le 27 mars 2009, à la Base des Forces canadiennes Esquimalt, à Victoria (Colombie-Britannique).

*Détermination de la peine — L'accusé a formulé des observations demandant une peine d'incarcération plus courte et une amende plutôt qu'une peine de 90 jours d'incarcération — La sentence imposée par le juge militaire n'était pas manifestement inappropriée dans les circonstances — L'accusé propose une peine plus sévère, selon l'art. 139 de la Loi sur la défense nationale, que celle imposée par le juge militaire — Il est inutile de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 139 de la Loi sur la défense nationale.*

L'appelant est accusé de deux chefs d'accusation en contravention de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 5 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, ainsi que deux chefs d'accusation en contravention de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*. Les chefs d'accusation portent sur la vente de cocaïne à un agent d'infiltration du Service national des enquêtes dans les casernes de la Base des Forces canadiennes Esquimalt. Les éléments nécessaires de l'infraction ont été admis, et l'appelant a été reconnu coupable des quatre chefs d'accusation. L'appelant conteste la légalité et le caractère approprié de cette sentence au motif que l'article 139 de la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnel selon les articles 7 et 12 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt :* Appel rejeté.

L'appel est rejeté, il serait inapproprié de se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 139 en fonction des faits du

of this case. The sentence imposed by the Military Judge was not demonstrably unfit, and the alternative sentence proposed by counsel is more severe per section 139. The matter can be disposed of without making a finding on the constitutional question.

dossier. La sentence rendue par le juge militaire n'était pas manifestement inappropriée; la sentence subsidiaire proposée par l'avocat est plus sévère selon l'article 139. L'espèce peut être réglée sans répondre à la question constitutionnelle.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d), 12.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 5.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1)(b), 73, 77, 82, 83, 84, 85, 718.  
*Military Rules of Evidence*, C.R.C., c. 1049, r. 37(b).  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 129, 130, 139.  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), art. 112.48.

#### CASES CITED

*Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, 61 D.L.R. (4th) 385; *R v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R v. Lui*, 2005 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 18; *R v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672); *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, 16 D.L.R. (4th) 321.

#### AUTHORS CITED

Lamer, Right Honourable Antonio. "The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35". Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003 (online: <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-eng.pdf>).  
Létourneau, Gilles and Michel W. Drapeau. *Canadian Military Law Annotated*, Thomson/Carswell: Toronto, 2006.

#### COUNSEL

*Robert J. McGowan*, for the appellant.  
*Lieutenant-Colonel Marylène Trudel*, for the respondent.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, art 7, 11d), 12.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1)b), 73, 77, 82, 83, 84, 85, 718.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art 5.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art 129, 130, 139.  
*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 112.48.  
*Règles militaires de la preuve*, C.R.C., ch. 1049, r. 37b).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, 61 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 385; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Lui*, 2005 CACM 3, 7 C.A.C.M. 18; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672); *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, 16 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 321.

#### DOCTRINE CITÉE

Lamer, le très honorable Antonio. « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 ». Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003 (en ligne : <http://mgerc-ceegm.gc.ca/documents/lamer-fra.pdf>)  
Létourneau, Gilles et Michel W. Drapeau. *Canadian Military Law Annotated*, Thomson/Carswell, Toronto, 2006.

#### AVOCATS

*Robert J. McGowan*, pour l'appellant.  
*Lieutenant-colonel Marylène Trudel*, pour l'intimée.

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

LÉTOURNEAU J.A.

I. Issues on appeal

[1] The appellant appeals the legality and, with leave, the fitness of his nine month imprisonment sentence for convictions on two charges of trafficking cocaine and two charges of conduct to the prejudice of good order and discipline for using cocaine.

[2] The first two charges were laid pursuant to section 130 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act) and section 5 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. The other two charges were laid pursuant to section 129 of the Act.

[3] The challenge to the legality of the sentence consists of a constitutional challenge to section 139 of the Act, based on sections 7 and 12 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). Section 139 of the Act sets out the military justice scale of punishments for service offences which, through section 130 of the Act, include *Criminal Code* and drug offences.

[4] The allegation is that the system in place violates the right to life, liberty and security of the person (section 7 of the Charter) as well as the presumption of innocence (paragraph 11(d) of the Charter). It also subjects an accused to cruel and unusual treatment or punishment (section 12 of the Charter). At the hearing, counsel for the appellant did not press arguments on paragraph 11(d) of the Charter.

[5] I reproduce sections 130 and 139 of the Act and the relevant Charter provisions:

**National Defence Act**

Service trial of civil offences

**130.** (1) An act or omission

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

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.

I. Points soumis en appel

[1] L'appellant fait appel de la légalité et, avec autorisation, de la justesse de sa peine d'emprisonnement de neuf mois imposée après qu'il eut été reconnu coupable sur deux chefs de trafic de cocaïne et deux chefs de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline pour usage de cocaïne.

[2] Les deux premières accusations ont été déposées conformément à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi) et à l'article 5 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Les deux autres accusations ont été déposées conformément à l'article 129 de la Loi.

[3] La contestation de la légalité de la peine est une contestation constitutionnelle de l'article 139 de la Loi, fondée sur les articles 7 et 12 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). L'article 139 de la Loi indique l'échelle des peines de la justice militaire pour les infractions d'ordre militaire, qui, par le biais de l'article 130 de la Loi, comprennent les infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le *Code criminel*) et les infractions en matière de drogue.

[4] Selon l'appellant, le système en vigueur porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (article 7 de la Charte) ainsi qu'à la présomption d'innocence (alinéa 11d) de la Charte). Il soumet aussi l'accusé à des traitements ou peines cruels et inusités (article 12 de la Charte). Durant l'audience, l'avocat de l'appellant n'a pas poussé plus loin les arguments concernant l'alinéa 11d) de la Charte.

[5] Je reproduis ici les articles 130 et 139 de la Loi ainsi que les dispositions pertinentes de la Charte :

**Loi sur la défense nationale**

Procès militaire pour infractions civiles

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

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

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

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

#### Punishment

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

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

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

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

impose a punishment in accordance with the enactment prescribing the minimum punishment for the offence; or

(b) in any other case,

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

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

#### Code of Service Discipline applies

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

#### Saving provision

(4) Nothing in this section is in derogation of the authority conferred by other sections of the Code of Service

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

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

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

#### Peine

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

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

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

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

b) dans tout autre cas :

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

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

#### Application du code de discipline militaire

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

#### Disposition restrictive

(4) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux pouvoirs conférés par d'autres articles du code de

Discipline to charge, deal with and try a person alleged to have committed any offence set out in sections 73 to 129 and to impose the punishment for that offence described in the section prescribing that offence.

[...]

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;
- (g) reduction in rank;
- (h) forfeiture of seniority;
- (i) severe reprimand;
- (j) reprimand;
- (k) fine; and
- (l) minor punishments.

Definition of "less punishment"

(2) Where a punishment for an offence is specified by the Code of Service Discipline and it is further provided in the alternative that on conviction the offender is liable to less punishment, the expression "less punishment" means any one or more of the punishments lower in the scale of punishments than the specified punishment.

### Canadian Charter of Rights and Freedoms

Life, liberty and security of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

discipline militaire en matière de poursuite et de jugement des infractions prévues aux articles 73 à 129.

[...]

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) rétrogradation;
- h) perte de l'ancienneté;
- i) blâme;
- j) réprimande;
- k) amende;
- l) peines mineures.

Interprétation

(2) Lorsque le code de discipline militaire prévoit que l'auteur d'une infraction, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale une peine donnée, l'autorité compétente peut lui imposer, au lieu de celle-ci, toute autre peine qui la suit dans l'échelle des peines.

### Charte canadienne des droits et libertés

Vie, liberté et sécurité

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce

except in accordance with the principles of fundamental justice.

[...]

Proceedings in criminal and penal matters

**11.** Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

[...]

Treatment or punishment

**12.** Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

[6] As a remedy, the appellant seeks a declaration of invalidity of section 139 of the Act and, consequently, a termination of the proceedings and an Order granting either a permanent stay of the proceedings or, in the alternative, a conditional stay until such time as the sentencing regime is amended by Parliament.

[7] With respect to the fitness of the sentence, the appellant alleges that the sentence imposed violates the principles of proportionality and parity. In his written submissions, counsel for the appellant proposed that a sentence in the range of 40 days of imprisonment and a \$1,000 fine be substituted to the nine months' imprisonment, or such other sentence as this Court would consider just in the circumstances. At the hearing, he requested that the sentence be in the range of six months or less.

## II. Facts and history of the proceedings

[8] As previously mentioned, the appellant faced four charges before a Standing Court Martial at the Canadian Forces Base Esquimalt. Prior to pleading to the charges, he brought a motion to challenge the scale of punishments of the Act. He pleaded not guilty but made admissions of fact pursuant to paragraph 37(b) of the *Military Rules of Evidence*, C.R.C., c. 1049, in order to protect

droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[...]

Affaires criminelles et pénales

**11.** Tout inculpé a le droit : [...]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

[...]

Cruauté

**12.** Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

[6] L'appellant voudrait que soit rendu un jugement déclarant invalide l'article 139 de la Loi, et par conséquent qu'il soit mis fin à la procédure et que soit rendue une ordonnance de suspension permanente des procédures ou, subsidiairement, de suspension conditionnelle jusqu'à ce que le régime de détermination des peines soit modifié par le Parlement.

[7] S'agissant de la justesse de la peine, l'appellant affirme que la peine imposée contrevient aux principes de proportionnalité et de parité. Dans ses conclusions écrites, l'avocat de l'appellant proposait une peine de quarante jours d'emprisonnement et de 1 000 \$ d'amende, en remplacement de la peine de neuf mois d'emprisonnement, ou telle autre peine que la Cour estimerait juste compte tenu des circonstances. Au cours de l'audience, il a demandé que la peine soit fixée à six mois ou moins.

## II. Les faits et l'historique de la procédure

[8] Comme je l'ai dit plus haut, l'appellant devait répondre à quatre accusations devant une cour martiale permanente, à la Base des Forces canadiennes d'Esquimalt. Avant de plaider coupable ou non coupable, il a déposé une requête contestant l'échelle des peines apparaissant dans la Loi. Il a plaidé non coupable, mais a fait des admissions de fait conformément à l'alinéa 37b)

his right of appeal since his motion had a jurisdictional aspect.

des *Règles militaires de la preuve*, afin de protéger son droit d'appel puisque sa requête comportait un aspect touchant la compétence.

[9] The salient admissions of facts appear at pages 192 to 194 of Vol. 1 of the Appeal Book. They can be summarized as follows:

[9] Les principales admissions de fait figurent aux pages 192 à 194 du vol. 1 du dossier d'appel. Elles peuvent être résumées ainsi :

- |  |   |
|--|---|
| <p>a) On June 14, 2007, undercover military police were inserted into junior ranks singles quarters (specifically Nelles Block) at Canadian Forces Base Esquimalt in response to information indicating that cocaine was being sold and purchased by CF members who lived there;</p> | <p>a) le 14 juin 2007, une police militaire d'infiltration a été intégrée dans les quartiers des caporaux et soldats célibataires (plus précisément le bloc Nelles) à la Base des Forces Canadiennes Esquimalt, suite à des renseignements selon lesquels de la cocaïne était vendue et achetée par des membres des Forces canadiennes qui vivaient là;</p> |
| <p>b) On June 19, 2007, an Undercover Operator (UCO) made contact with an OS Lee and asked him to facilitate the purchase of "coke";</p>   | <p>b) le 19 juin 2007, un agent d'infiltration s'est mis en contact avec un matelot de troisième classe (mat3), Lee, et lui a demandé de lui trouver de la « coke »;</p>  |
| <p>c) After several requests by the UCO for assistance from OS Lee, the latter made arrangements with Ex-OS Ellis and Ex-OS Ellis approached the UCO just after 22:00 hrs on June 20, 2007 and made arrangements to sell the UCO cocaine;</p>  | <p>c) après que l'agent d'infiltration eut demandé plusieurs fois au mat3 Lee d'intervenir pour lui, celui-ci a pris des dispositions avec l'ex-mat3 Ellis, et l'ex-mat3 Ellis a pris contact avec l'agent d'infiltration peu après 22 heures le 20 juin 2007 et s'est entendu avec lui pour lui vendre de la cocaïne;</p>                                  |
| <p>d) The UCO gave Ex-OS Ellis \$100 for two grams of cocaine;</p>   | <p>d) l'agent d'infiltration a remis 100 \$ à l'ex-mat3 Ellis pour deux grammes de cocaïne;</p>   |
| <p>e) At 23:33 hrs on the same evening, Ex-OS Ellis gave the UCO one small clear plastic bag that contained cocaine;</p>   | <p>e) à 23 h 33 le même jour, l'ex-mat3 Ellis a remis à l'agent d'infiltration un petit sac en plastique clair qui contenait de la cocaïne;</p>   |
| <p>f) On June 22, 2007, the UCO attended Ex-OS Ellis' room at Nelles Block and asked if Ex-OS Ellis could purchase an "eight-ball" of cocaine (3.5 grams): The UCO gave Ex-OS Ellis \$180;</p>   | <p>f) le 22 juin 2007, l'agent d'infiltration s'est rendu dans la chambre de l'ex-mat3 Ellis, au bloc Nelles, et lui a demandé s'il pouvait lui trouver un huitième d'once de cocaïne (3,5 grammes) : l'agent d'infiltration a remis 180 \$ à l'ex-mat3 Ellis;</p>  |
| <p>g) A few minutes after 17:03 hrs, a playing card package with a small baggy containing cocaine was slid under the UCO's door;</p>   | <p>g) quelques minutes après, à 17 h 03, un paquet de cartes à jouer accompagné d'un petit sac contenant de la cocaïne fut glissé sous la porte de l'agent d'infiltration;</p>  |
| <p>h) On June 27, 2007, Ex-OS Ellis was arrested for trafficking in a controlled substance. He admitted in</p>   | <p>h) le 27 juin 2007, l'ex-mat3 Ellis était arrêté pour trafic d'une substance désignée. Il a reconnu, dans une</p>  |

a cautioned statement with police that he had used cocaine as recently as June 20 and 22 and that he was aware of the CF drug policy that prohibits CF members from using illicit drugs.

[10] On the basis of the admissions, the Military Judge (Judge) found the appellant guilty on the four charges. He proceeded to hear the motion and dismissed it. He then sentenced the appellant to nine months' imprisonment.

III. The decision of the judge on the constitutional challenge to section 139 of the Act

[11] The Judge first found that paragraph 11(d) of the Charter did not apply to section 139 of the Act because paragraph 11(d) deals with the presumption of innocence afforded to an accused until proven guilty while section 139 of the Act merely comes into play after conviction, at the sentencing stage.

[12] As for section 7 of the Charter, the Judge expressed the view that imprisonment in a custodial facility as a last resort is not a principle of fundamental justice within that section. He found that it was not a legal principle, but rather a mere principle of sentencing: see Appeal Book, Vol. 1, at pages 144 and 145. In the same vein, he ruled that the principle of proportionality in sentencing is not a principle of fundamental justice: Appeal Book, Vol. 1, at page 143.

[13] In his view, imprisonment as a last resort, the principle of proportionality of sentences, the principles enunciated in paragraph 718.2(e) of the *Criminal Code*, conditional sentences and restorative principles are all policy principles of sentencing designed to achieve the purpose of section 718.1, i.e. a sentence which is proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender: Appeal Book, Vol. 1, at pages 140 to 144.

[14] I note in passing that the Judge referred to article 112.48 of the *Queen's Regulations and Orders for the*

déclaration, après mise en garde de la police, qu'il avait consommé de la cocaïne dès les 20 et 22 juin et qu'il avait connaissance de la politique des FC en matière de drogue, qui interdit aux membres des FC de consommer des drogues illicites.

[10] Se fondant sur les aveux, le juge militaire (le juge) a déclaré l'appelant coupable sur les quatre chefs. Il a entrepris d'entendre la requête et l'a rejetée. Il a alors condamné l'appelant à neuf mois d'emprisonnement.

III. La décision du juge sur la contestation constitutionnelle de l'article 139 de la Loi

[11] Le juge a d'abord dit que l'alinéa 11(d) de la Charte ne s'appliquait pas à l'article 139 de la Loi parce que l'alinéa 11(d) concerne la présomption d'innocence dont bénéficie un accusé jusqu'à ce qu'il soit reconnu coupable, alors que l'article 139 de la Loi n'intervient qu'après la déclaration de culpabilité, à l'étape de la détermination de la peine.

[12] Quant à l'article 7 de la Charte, le juge a exprimé l'avis que l'emprisonnement dans un établissement de détention comme solution de dernier ressort n'était pas un principe de justice fondamentale au sens de cet article. Selon lui, ce n'était pas un principe juridique, mais plutôt un simple principe de détermination des peines : voir le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 144 et 145. Dans le même esprit, il a estimé que le principe de proportionnalité en matière de détermination de la peine n'est pas un principe de justice fondamentale : voir le dossier d'appel, vol. 1, à la page 143.

[13] De l'avis du juge, l'emprisonnement comme solution de dernier ressort, le principe de proportionnalité des peines, les principes énoncés dans l'alinéa 718.2(e) du Code criminel, les peines d'emprisonnement avec sursis et les principes de justice réparatrice sont tous des principes de détermination de la peine conçus pour réaliser l'objet de l'article 718.1, c'est-à-dire une peine qui soit proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant : voir le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 140 à 144.

[14] J'observe en passant que le juge s'est référé à l'article 112.48 des *Ordonnances et Règlements royaux*



*Canadian Forces* (QR&O) which enunciates a principle of proportionality different from the principle found in section 718.1 of the *Criminal Code*. Under the QR&O, a sentence has to be commensurate with the gravity of the offence and the previous character of the offender (emphasis added) while under the *Criminal Code* it has to be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

[15] As enunciated in the QR&O, the principle puts the emphasis on the past behaviour of the accused rather than his actual involvement in the offence charged. While it is appropriate in sentencing to take into account the criminal record of an accused, the sentence imposed for the offence charged, however, should reflect the degree of responsibility of the offender for the offence for which he is sentenced. Otherwise, an accused is sentenced for his past rather than his actual behaviour.

[16] Consequently, the Judge ruled that there was no breach of section 7 of the Charter since there had been no breach of principles of fundamental justice.

[17] With respect to section 12 of the Charter, the Judge relied upon the decision of the Supreme Court of Canada in *R v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, to conclude that, in order to constitute cruel and unusual punishment, a sentence had to be “grossly disproportionate” and “more than merely excessive.”

[18] Looking at the range of punishments provided by section 139 of the Act and, while recognizing that civilian judges possess sentencing options that are not available to military judges, he was of the view that “the scale of punishments offers military judges many alternatives to imprisonment and detention”: see Appeal Book, Vol. 1, at page 147.

[19] Consequently, section 139 of the Act, in his view, could not be said to be imposing cruel and unusual punishments. Furthermore, the advisability of having for the military and the civilian systems the same sentencing options, the Judge said, is a question that “remains within the realm of policy and does not fall within the

*applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), qui énonce un principe de proportionnalité différent du principe figurant à l’article 718.1 du *Code criminel*. Selon les ORFC, la sentence doit être proportionnée à la gravité de l’infraction et aux antécédents du contrevenant (je souligne), tandis que, selon le *Code criminel*, la peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

[15] Comme on peut le lire dans les ORFC, le principe met l’accent sur le comportement passé de l’accusé plutôt que sur son rôle véritable dans l’infraction commise. Il est légitime, dans la détermination d’une peine, de prendre en compte le casier judiciaire de l’accusé, mais la peine imposée pour l’infraction devrait cependant refléter le degré de responsabilité du délinquant dans l’infraction pour laquelle il est condamné. Autrement, l’accusé est condamné pour son comportement passé plutôt que pour son rôle effectif dans l’infraction.

[16] Le juge a donc estimé qu’il n’y avait pas atteinte à l’article 7 de la Charte puisqu’il n’y avait pas eu violation de principes de justice fondamentale.

[17] S’agissant de l’article 12 de la Charte, le juge s’est fondé sur un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, pour conclure que, avant qu’une peine donnée soit qualifiée de cruelle et inusitée, elle devait être « exagérément disproportionnée » et qu’« il ne suffit pas qu’[elle] soit excessive ».

[18] Examinant l’éventail des peines qui apparaît dans l’article 139 de la Loi, et tout en reconnaissant que les juges civils disposent de possibilités de détermination de la peine que n’ont pas les juges militaires, le juge a exprimé l’avis que « l’échelle des peines offre aux juges militaires de nombreuses solutions de rechange à l’emprisonnement et à la détention » : voir le dossier d’appel, vol. 1, à la page 147.

[19] Selon lui, on ne pouvait donc pas dire que l’article 139 de la Loi imposait des peines cruelles et inusitées. Par ailleurs, disait-il, l’opportunité que le système militaire et le système civil offrent les mêmes choix en matière de détermination de la peine est une question qui « relève des politiques et non de la justice

ambit of fundamental justice”: see Appeal Book, Vol. 1, at page 147.

IV. Context of the constitutional challenge: the scope of sections 130 and 139 of the Act

[20] In order to understand the appellant’s complaint, it is useful to say a word about the scope of sections 130 and 139 of the Act. The Act contains a Code of Service Discipline, but its scope “is not limited to military or disciplinary offences *per se*, such as misconduct in presence of the enemy (section 73 and following), treason (section 76 and following), misconduct in the course of operations (section 77), sedition (section 82), insubordination (section 85), physical violence on a superior officer (section 84), disobedience of a lawful command (section 83), to name just a few”: see Létourneau, Gilles and Michel W. Drapeau. *Canadian Military Law Annotated*, Thomson/Carswell: Toronto, 2006, at page 293.

[21] Section 130 of the Act includes in that Code ordinary criminal law or civilian offences which, by the definition of “service offence” in section 2 and the combined effect of section 130, may become military offences triable by military courts. “Service offence”, according to the definition, “means an offence under this Act, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline”. “Service offence” is translated in French by “infraction d’ordre militaire.”

[22] The scope of the Code is also broad with respect to the jurisdictions *rationae loci* and *rationae personae*. The military courts’ jurisdiction extends to offences committed outside Canada by members of the regular, the special and the reserve force as well as civilians who accompany a unit or another element of the Canadian Forces that is on service or acting service in any place: see *Canadian Military Law Annotated*, above, at pages 293 and 294, sections 15, 60, 61 and 67 of the Act for the details of their subjection to the Code.

fondamentale » : voir le dossier d’appel, vol. 1, à la page 147.

IV. Contexte de la contestation constitutionnelle : le champ des articles 130 et 139 de la Loi

[20] Pour comprendre la plainte de l’appelant, il est utile de dire quelques mots sur la portée des articles 130 et 139 de la Loi. La Loi contient un Code de discipline militaire, mais sa portée [TRADUCTION] « ne se limite pas aux infractions militaires ou disciplinaires en tant que telles, par exemple manquement au devoir face à l’ennemi (articles 73 et suivants), trahison (articles 76 et suivants), inconduite au cours d’opérations (article 77), sédition (article 82), insubordination (article 85), violence physique envers un supérieur (article 84), désobéissance à un ordre légitime (article 83), pour n’en nommer que quelques-unes » : voir Létourneau, Gilles et Michel W. Drapeau. *Canadian Military Law Annotated*, Thomson/Carswell, Toronto, 2006, page 293.

[21] L’article 130 de la Loi inclut dans ce code les infractions ordinaires du droit criminel, ou infractions de droit commun, qui, par l’effet de la définition de « infraction d’ordre militaire » dans l’article 2, et l’effet combiné de l’article 130, peuvent devenir des infractions militaires relevant de la justice militaire. Une « infraction d’ordre militaire » s’entend d’une infraction — à la Loi, au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale — passible de la discipline militaire. L’expression « infraction d’ordre militaire » est rendue en anglais par « service offence ».

[22] Le champ d’application du code de discipline militaire est large également en ce qui concerne la compétence *rationae loci* (en raison du lieu) et la compétence *rationae personae* (en raison de la personne). La compétence des juridictions militaires s’étend aux infractions commises en dehors du Canada par des membres de la force régulière, de la force spéciale et de la force de réserve, ainsi que par des civils qui accompagnent une unité ou un autre élément des Forces canadiennes qui est en service ou en service actif à tout endroit : voir *Canadian Military Law Annotated*, précité, aux pages 293 et 294, et les articles 15, 60, 61 et 67 de la Loi, pour le détail de leur assujettissement au code.

[23] Section 139 of the Act enumerates the kind and range of punishments that a military court can impose for a service offence. Under subsection 139(2) of the Act, the military court may impose one or more of the punishments lower in the scale of punishments than the punishment specified for the offence. The court possesses this power when the provision creating the offence stipulates that the person found guilty is liable, for example, to imprisonment, dismissal with disgrace *or to lesser punishment*. The words “to lesser punishment” appear in every military offence, including *Criminal Code* offences: see for examples section 77 (offences related to operations), section 78 (spying for the enemy), section 83 (insubordination), section 84 (striking an officer) and subparagraphs 130(2)(b)(i) and (ii) of the Act.

[24] While the Code of Service Discipline over the years has extended its scope of application to all civilian offences, except murder, manslaughter and the abduction of children when these offences are committed in Canada (see section 70 of the Act), the range and scale of punishments provided by section 139 of the Act have not followed and benefited from the evolution of the sentencing options now available to civilian courts. For example, as this Court stated in *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672), at paragraph 36:

[36] An accused convicted by a court martial for *Criminal Code* offences is also deprived of a variety of sentences which would be available to him if he or she were tried before a civilian court. Absolute discharge (section 730 of the *Criminal Code*), conditional discharge (*ibidem*), condition sentences whereby the sentence of imprisonment is served in the community (section 742.1 of the *Criminal Code*), conditional sentence order (section 742.3 of the *Criminal Code*), intermittent sentence (section 732 of the *Criminal Code*) and suspended sentence with probation (section 731 of the *Criminal Code*) are not part of the range of sentences that a court martial can impose pursuant to section 139 of the NDA: see *Dixon v. Her Majesty the Queen*, *supra*, at paragraphs 21 and 22.

[25] As a result, for similar offences committed in similar circumstances, civilian and military accused may

[23] L'article 139 de la Loi énumère les genres et l'éventail de peines qu'une juridiction militaire peut imposer pour une infraction d'ordre militaire. Selon le paragraphe 139(2) de la Loi, la juridiction militaire peut imposer, au lieu de la peine prévue pour l'infraction, toute autre peine qui la suit dans l'échelle des peines. Elle possède ce pouvoir alors même que la disposition qui crée l'infraction prévoit que la personne déclarée coupable encourt, comme peine maximale, par exemple l'emprisonnement, la destitution ignominieuse *ou une peine plus légère*. Les mots « une peine plus légère » figurent dans chaque infraction militaire, y compris dans des infractions prévues par le *Code criminel* : voir par exemple l'article 77 (infractions relatives aux opérations), l'article 78 (espionnage au service de l'ennemi), l'article 83 (insubordination), l'article 84 (violence envers supérieur) et les sous-alinéas 130(2)(b)(i) et (ii) de la Loi.

[24] Au fil des ans, le code de discipline militaire a vu son champ d'application élargi à toutes les infractions de droit commun, sauf le meurtre, l'homicide involontaire et l'enlèvement d'enfants lorsque telles infractions sont commises au Canada (voir l'article 70 de la Loi), mais l'échelle des peines dont parle l'article 139 de la Loi n'a pas suivi l'évolution des possibilités aujourd'hui offertes aux juridictions civiles en matière de détermination de la peine, ni n'a bénéficié de cette évolution. Par exemple, comme la Cour l'écrivait dans l'arrêt *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672), au paragraphe 36 :

[36] L'accusé déclaré coupable par une cour martiale d'infractions au *Code criminel* est aussi privé d'une série de peines qui lui seraient ouvertes s'il était jugé devant un tribunal civil. L'absolution inconditionnelle (article 730 du *Code criminel*), l'absolution sous conditions (*ibidem*), l'octroi d'un sursis par lequel la peine est purgée dans la collectivité (article 742.1 du *Code criminel*), l'ordonnance de sursis (article 742.3 du *Code criminel*), la peine discontinuée (article 732 du *Code criminel*) et la peine suspendue avec probation (article 731 du *Code criminel*) ne font en effet pas partie de l'échelle des peines qu'une cour martiale peut imposer en vertu de l'article 139 de la LDN : voir *Dixon c. Sa Majesté La Reine*, précité, aux paragraphes 21 et 22.

[25] En conséquence, pour les mêmes infractions commises dans les mêmes circonstances, l'accusé civil et

receive a different treatment at the sentencing level. Indeed, a civilian who happens to fall under the scope of the Code of Service discipline may receive a treatment different from the one that he would have received if he had been prosecuted before a civilian court for the same offence committed in similar circumstances. In fact, the range and scale of punishments under section 139 of the Act has practically remained the same since its enactment in 1950.

[26] This is the context in which the constitutional challenge to section 139 of the Act is brought. This brings me to the analysis of the appellant's grounds of appeal and to two principles that should govern our approach to the constitutional challenge to the Judge's decision on sentencing.

V. Principles guiding our approach to the constitutional challenge to the judge's decision on sentencing

[27] It is a well established principle that a court "is not bound to answer constitutional questions when it may dispose of the appeal without doing so": *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at page 121. In *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60, at paragraph 7, our Court applied this principle in the following terms:

[7] I will address first the question of the legality of the verdict, since my determination is such that I do not have to rule on the constitutional questions that are raised: see *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at page 121; *C.P. Air v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1134, at page 1154; *The Queen (Man.) v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, at page 320; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at page 71; *Allard Contractors v. Coquitlam*, [1993] 4 S.C.R. 371, at page 413; and *Ordon v. Grail Estate*, [1998] 3 S.C.R. 437, at pages 495 and 496. The Court should generally avoid making any unnecessary constitutional pronouncement: *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, at page 571; see also *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at page 51.

[28] It is also a well-established principle that "Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum": *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pages 361 and 362.

l'accusé militaire seront sans doute traités différemment au stade de la détermination de la peine. En fait, un civil qui se trouve à relever du code de discipline militaire pourrait se voir imposer une peine différente de celle qui lui aurait été imposée s'il avait été poursuivi devant une juridiction civile pour la même infraction commise dans les mêmes circonstances. Il se trouve que l'échelle des peines prévues par l'article 139 de la Loi est pratiquement demeurée la même depuis son adoption en 1950.

[26] C'est là le contexte dans lequel la contestation constitutionnelle de l'article 139 de la Loi est déposée. Cela me conduit à l'analyse des moyens d'appel invoqués par l'appelant et à deux principes qui devraient régir notre manière de considérer la contestation constitutionnelle de la décision du juge sur la détermination de la peine.

V. Principes régissant notre manière d'examiner la contestation constitutionnelle de la décision du juge sur la détermination de la peine

[27] Il est un principe bien établi selon lequel une cour de justice « n'est pas obligée de répondre aux questions constitutionnelles si elle peut disposer du pourvoi sans le faire » : arrêt *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, à la page 121. Dans l'arrêt *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60, au paragraphe 7, notre cour a appliqué ce principe dans les termes suivants :

[7] J'aborderai en premier lieu la question de la légalité du verdict car la conclusion à laquelle j'en suis venu me dispense de me prononcer sur les questions constitutionnelles soulevées : voir *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106, à la page 121; *C.P. Air c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1134, à la page 1154; *La Reine (Man.) c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, à la page 320; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la page 71; *Allard Contractors c. Coquitlam*, [1993] 4 R.C.S. 371, à la page 413; et *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, aux pages 495 et 496. Il convient d'éviter en matière constitutionnelle toute déclaration inutile : *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, à la page 571; voir aussi *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la page 51.

[28] C'est également un principe bien établi que « les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues dans un vide factuel » : arrêt *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pages 361 et 362.

[29] I am of the view that the particular facts in the present instance do not support the constitutional challenge. The appellant does not contest that imprisonment is an appropriate sentence for the offences charged although he would have liked to receive a conditional sentence which would allow him to serve his imprisonment in the community. However, the sentence proposed by counsel for the appellant at trial (who was not counsel appearing on appeal) was, in the scale of punishment, higher than the one actually imposed by the Judge. Counsel for the appellant recommended a dismissal with disgrace (a punishment higher than imprisonment for less than two years), combined with a six months' imprisonment whose execution could be suspended pursuant to section 215 of the Act: see Appeal Book, Vol. 1, at page 170.

[30] The appellant's constitutional arguments are not based on the facts of his case. Rather, they question the policy choices made by Parliament. They rest on the conclusion that the civilian system offers better sentencing options than section 139 of the Act. There is no doubt that this is true and that the military justice system would greatly benefit from a wider variety of options: see "The First Independent Review of the provisions and operation of Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35". Submitted to the Minister of National Defence, September 3, 2003 by the Right Honourable Antonio Lamer where he concluded that the sentencing provisions under the Act require extensive reform. However, this does not mean that there are no acceptable sentencing alternatives under section 139 of the Act. Nor does it necessarily mean that the scale of punishments therein is so grossly disproportionate for an offender that Canadians would find the punishment abhorrent or intolerable and, therefore, that section 139 is unconstitutional: see *R v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at paragraph 26.

[29] Je suis d'avis que les faits particuliers dont il s'agit ici ne justifient pas la contestation constitutionnelle. L'appelant ne conteste pas que l'emprisonnement est une peine légitime pour les infractions dont il a été reconnu coupable, encore qu'il eût préféré se voir imposer une peine d'emprisonnement avec sursis, ce qui lui aurait permis de purger sa peine dans la collectivité. Cependant, la peine proposée par l'avocat de l'appelant au procès (qui n'était pas celui qui a comparu en appel) était, dans l'échelle des peines, plus élevée que la peine qui a été imposée par le juge. L'avocat de l'appelant a recommandé une destitution ignominieuse (peine plus élevée qu'un emprisonnement de moins de deux ans), combinée à une peine d'emprisonnement de six mois dont l'exécution pourrait être suspendue conformément à l'article 215 de la Loi : voir le dossier d'appel, vol. 1, à la page 170.

[30] Les arguments constitutionnels de l'appelant ne sont pas fondés sur les circonstances factuelles de la présente affaire. Ils mettent plutôt en doute les choix stratégiques faits par le législateur. Ils reposent sur la conclusion selon laquelle le système civil offre, en matière de détermination de la peine, de meilleurs choix que l'article 139 de la Loi. Il ne fait aucun doute que cela est vrai et que le système de justice militaire bénéficierait grandement d'une plus grande diversité de choix : voir « Le premier examen indépendant des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, conformément à l'article 96 des Lois du Canada 1998, ch. 35 ». Présenté au ministre de la Défense nationale, le 3 septembre 2003, par le très honorable Antonio Lamer, où il concluait que les dispositions de la Loi en matière de détermination de la peine appellent une réforme approfondie. Cependant, cela ne signifie pas que l'article 139 de la Loi ne renferme pas des solutions de rechange acceptables en matière de détermination de la peine. Cela ne signifie pas non plus nécessairement que l'échelle des peines qu'il contient est exagérément disproportionnée en ce qui concerne un délinquant, au point où la population canadienne considérerait cette peine odieuse ou intolérable, rendant par conséquent l'article 139 inconstitutionnel : voir l'arrêt *R c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, au paragraphe 26.

[31] In short, on the facts of this case, the Court would be ill-advised to pass judgment in the abstract on the constitutionality of section 139 of the Act and I will refrain from doing so. The appellant's complaints can be addressed through the principles governing the fitness of sentences.

#### VI. Principles governing the fitness of a sentence

[32] The standard applicable to the review of the severity of a sentence is not disputed. In *R. v. Lui*, 2005 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 18, at paragraph 14, this Court wrote:

[14] As for the standard of review applicable to appeals against the severity of sentences, this Court restated it in the following terms in the case of *Dixon v. Her Majesty the Queen*, [2005] C.M.A.J. No. 2, CMAC-477, February 8, 2005. At paragraph 18, it wrote, subject to any express provision of the Act:

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

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

[33] The Judge reviewed the authorities submitted by both parties. He diligently addressed the mitigating and aggravating factors. There is no allegation or evidence that he omitted to consider relevant factors. He concluded from his review of the authorities and the facts and circumstances surrounding the commission of the offences that imprisonment was the appropriate punishment. I can see no error in his approach and conclusion that would justify a reversal of this conclusion.

[34] As for the length of the imprisonment and its resulting severity, I cannot say that, in the circumstances, a

[31] En résumé, vu les circonstances de la présente affaire, la Cour serait malavisée de s'exprimer dans l'abstract sur la constitutionnalité de l'article 139 de la Loi, et je m'abstiendrai de le faire. Les plaintes de l'appelant peuvent être réglées par application des principes régissant la justesse des peines.

#### VI. Principes régissant la justesse d'une peine

[32] La norme applicable à l'examen de la sévérité d'une peine n'est pas contestée. Dans l'arrêt *R. c. Lui*, 2005 CACM 3, 7 C.A.C.M. 18, au paragraphe 14, la Cour s'exprimait ainsi :

[14] Quant à la norme de contrôle applicable aux appels contre la sévérité de la peine, la Cour l'a reformulée dans les termes suivants dans l'affaire *Dixon c. Sa Majesté la Reine*, CACM-477, 8 février 2005. Au paragraphe 18, elle a écrit, sous réserve d'une disposition expresse de la Loi :

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

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

[33] Le juge a passé en revue les précédents invoqués par les deux parties. Il a examiné avec soin les circonstances atténuantes et les circonstances aggravantes. Il n'est pas allégué, ni prouvé, qu'il a négligé de prendre en compte des facteurs pertinents. Après examen des précédents ainsi que des faits et circonstances entourant la perpétration des infractions, il a conclu que l'emprisonnement était la peine qui s'imposait. Je ne puis voir, dans son approche et dans sa conclusion, une erreur qui justifierait l'annulation de cette conclusion.

[34] Quant à la durée de la peine d'emprisonnement et à la sévérité qui en résulte, il m'est impossible de dire

sentence of nine months' imprisonment is demonstrably unfit.

VII. Conclusion

[35] For these reasons, I would grant leave to appeal against the severity of the sentence and dismiss the appeal.

MOSLEY J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

que, au vu des circonstances, une peine d'emprisonnement de neuf mois est manifestement injustifiée.

VII. Dispositif

[35] Pour ces motifs, j'accorderais l'autorisation de faire appel de la sévérité de la peine et je rejetterais l'appel.

LE JUGE MOSLEY, J.C.A. : J'y souscris.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : J'y souscris.