

R. v. Liwyj, 2010 CMAC 6

CMAC 530

Corporal A.E. Liwyj

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, May 28, 2010.

Judgment: Ottawa, Ontario, August 3, 2010.

Present: De Montigny J.A., Hughes J.A. and Mainville J.A.

Appeal of conviction and sentence by Disciplinary Court Martial at Canadian Forces Base Shilo, Manitoba, on May 28, 2008.

Delay in bringing case to trial — Cause of delay should be analyzed in sentencing — negative impacts of delay should be considered.

Disobeying a lawful order — Honest but mistaken belief that an order was not lawful is a mistake of law — such honest but mistaken belief is a mitigating factor in sentencing.

The appellant was convicted of three counts of disobeying a lawful order per section 83 of the *National Defence Act*, following an incident regarding repairs of a beavertail trailer. The appellant was instructed to repair a beavertail trailer using one method, but refused based on his belief that another method was superior and safety might be compromised as a result of the first method. The order was given three times, twice by his supervisor, and once by the Unit Equipment Technical Sargent Major, after consulting the Canadian Forces Technical Orders. The appellant appeals the verdict as unreasonable, the dismissal of the defence of honest mistake of fact, and the severity of the sentence.

Held: Leave granted, appeal allowed in part, severity of the sentence reduced.

The appeal is allowed on the narrow circumstances of this case. The Military Judge erred by failing to consider the negative

R. c. Liwyj, 2010 CACM 6

CMAC 530

Caporal A.E. Liwyj

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 28 mai 2010.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 3 août 2010.

Devant : Les juges de Montigny, Hughes et Mainville, J.C.A.

Appel de la déclaration de culpabilité et de la sentence imposée par une cour martiale disciplinaire à la Base des Forces canadiennes Shilo, (Manitoba), le 28 mai 2008.

Temps écoulé avant de porter l'affaire devant la cour — La cause du retard devrait être prise en compte dans la sentence imposée — Les effets négatifs du délai devraient être pris en considération.

Désobéissance à un ordre légitime — La croyance sincère mais erronée qu'un ordre est illégitime équivaut à une erreur de droit — Cette croyance honnête mais erronée constitue une circonstance atténuante dans la détermination de la peine.

L'appelant a été reconnu coupable de trois chefs d'accusation de désobéissance à un ordre légitime en violation de l'article 83 de la *Loi sur la défense nationale*, à la suite d'un incident concernant des réparations à une remorque à porte-à-faux incliné. L'appelant avait reçu l'ordre de réparer une remorque à porte-à-faux incliné en ayant recours à une certaine méthode, mais a refusé d'obéir parce qu'il croyait qu'une autre méthode était préférable et que la première méthode pouvait compromettre la sécurité. L'ordre lui a été donné à trois reprises, deux fois par son supérieur, et une fois par le sergent major — Équipement technique de l'unité, après avoir consulté les Instructions techniques des Forces canadiennes. L'appelant interjette appel du verdict et invoque comme moyens d'appel le caractère déraisonnable du verdict, le rejet de la défense fondée sur l'erreur de fait et la sévérité de la sentence.

Arrêt : L'autorisation est accordée, l'appel est accueilli en partie, la sentence est réduite.

L'appel est accueilli en raison des circonstances bien précises de la présente affaire. Le juge militaire a commis une

consequences of the two year delay in bringing this matter to trial. Further, the reasons do not disclose an analysis as to which party was responsible for the delay. Finally, manifest unlawfulness is assessed on an objective standard—what the reasonable person would find think to be unlawful—therefore, the appellant’s honest belief that he was not disobeying a lawful order is a mistake of law and not a mistake of fact. As a result, this defence should have been considered as a mitigating factor in arriving at a proper sentence. It should be noted that what is perceived as unsafe is not necessarily manifestly unlawful.

erreur en ne tenant pas compte des graves conséquences du retard de deux ans avant que cette affaire ne soit portée en justice. En outre, les motifs ne révèlent pas si une analyse a été faite pour déterminer à qui le retard devait être imputé. Enfin, l’illégitimité manifeste doit être évaluée selon une norme objective — selon ce qu’une personne raisonnable trouverait illégitime —; par conséquent, la croyance sincère de l’appellant qu’il ne désobéissait pas à un ordre légitime est une erreur de droit et non une erreur de fait. Ce moyen de défense aurait donc dû être considéré comme un facteur atténuant dans la détermination de la peine. Il convient de souligner que ce qui est perçu comme non sécuritaire n’est pas nécessairement manifestement illégitime.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 83, 230(a), 240.1.
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>), art. 19.02.

CASES CITED

- R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, 75 OR (2d) 673; *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417, 155 C.C.C. (3d) 362; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Bosley*, 59 O.A.C. 161, 1992 CanLII 2838; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Côté (D.E.)*, 2008 MBCA 70, [2009] 3 W.W.R. 205; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, 248 N.R. 44; *R. v. Dixon*, 2005 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 4; *R. v. Everton*, [1980] M.J. No. 83 (QL), 1980 CarswellMan 362 (MB CA); *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, 112 D.L.R. (4th) 513; *R. v. Forsyth*, 2003 CMAC 9, 6 C.M.A.R. 329; *R. v. Latouche* (2000), 6 C.M.A.R. 173, 190 D.L.R. (4th) 73; *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. Matusheskie*, 2009 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 327; *R. v. McRae*, 2007 CM 4006, 2007 CarswellNat 1526; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, 134 N.R. 321; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, 162 N.R. 1; *R. v. Pearlman*, [2005] R.J.Q. 1465, 2005 CanLII 99 (QC CS); *R. v. Rezaie* (1996), 96 O.A.C. 268, 112 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Scheper*, 5 Q.A.C. 270, [1986] Q.J. No. 1806 (QL); *R. v. Scott*, 2004 CMAC 2, 6 C.M.A.R. 341; *R. v. Shropshire*, [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. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672); *R. v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 83, 230a), 240.1.
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. 19.02.

JURISPRUDENCE CITÉE

- R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, 75 OR (2^d) 673; *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3^d) 417, 155 C.C.C. (3^d) 362; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. v. Bosley*, 59 O.A.C. 161, 1992 CanLII 2838; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. v. Côté (D.E.)*, 2008 MBCA 70, [2009] 3 W.W.R. 205; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, 248 N.R. 44; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4; *R. v. Everton*, [1980] M.J. No. 83 (QL), 1980 CarswellMan 362 (MB CA); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 112 D.L.R. (4th) 513; *R. c. Forsyth*, 2003 CACM 9, 6 C.A.C.M. 329; *R. c. Latouche* (2000), 6 C.A.C.M. 173, 190 D.L.R. (4th) 73; *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. Matusheskie*, 2009 CACM 3, 7 C.A.C.M. 327; *R. c. McRae*, 2007 CM 4006, 2007 CarswellNat 1526; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, 134 N.R. 321; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 162 N.R. 1; *R. c. Pearlman*, [2005] R.J.Q. 1465, 2005 CanLII 99 (QC CS); *R. v. Rezaie* (1996), 96 O.A.C. 268, 112 C.C.C. (3^d) 97; *R. v. Scheper*, 5 Q.A.C. 270, [1986] Q.J. n° 1806 (QL); *R. c. Scott*, 2004 CACM 2, 6 C.A.C.M. 341; *R. c. Shropshire*, [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; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672);

Tupper, 2009 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 357; *The Queen v. Spence / The Queen v. Bradshaw*, [1952] 2 S.C.R. 517, [1953] 1 D.L.R. 241.

R. c. Tupper, 2009 CACM 5, 7 C.A.C.M. 357; *The Queen v. Spence / The Queen v. Bradshaw*, [1952] 2 S.C.R. 517, [1953] 1 D.L.R. 241.

COUNSEL

Col (retired) Me Michel Drapeau, Ms. Zorica Guzina, for the appellant.
Lieutenant-Colonel Marylène Trudel, for the respondent.

AVOCATS

Colonel (à la retraite) Michel Drapeau, Zorica Guzina, pour l'appellant.
Lieutenant-colonel Marylène Trudel, 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

[1] DE MONTIGNY J.A.: This is an appeal of a decision rendered on June 4, 2009 by the Military Judge Lieutenant Colonel L.-V. d'Auteuil of the Standing Court Martial at Canadian Forces Base in Shilo. The Appellant was convicted of three charges of disobedience to a lawful command of a superior officer pursuant to section 83 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (Act). He was sentenced to a reprimand and a fine of \$750. The Appellant challenges the Military Judge's determination that the disobeyed orders were lawful and, in the alternative, claims that he made an honest mistake of fact. In the further alternative, he appeals his sentence based on the principle of proportionality and parity.

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : La Cour est saisie de l'appel d'une décision rendue le 4 juin 2009 par le lieutenant-colonel L.-V. d'Auteuil, juge militaire de la cour martiale permanente à la Base des forces canadiennes Shilo. L'appellant a été reconnu coupable de trois chefs d'accusation de désobéissance à un ordre légitime d'un supérieur, l'infraction prévue à l'article 83 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la Loi). L'appellant a été condamné à une réprimande et à une amende de 750 \$. L'appellant conteste la conclusion du juge militaire suivant laquelle l'ordre auquel il a désobéi était légitime et, à titre subsidiaire, l'appellant soutient qu'il a commis de bonne foi une erreur de fait. Également à titre subsidiaire, il interjette appel de la peine en invoquant le principe de la proportionnalité et de la parité des peines.

I. Facts

[2] The Appellant served as a vehicle technician in the Army Reserve for many years before enrolling in the Regular Force in 2003. Corporal Liwyj has recognized experience and qualifications as a vehicle technician and as an instructor at the Canadian Forces School for Electrical and Mechanical Engineering (CFSEME). Since 2003, the Appellant has been serving at the Canadian Forces Base in Shilo, Manitoba, as a vehicle technician.

I. Les faits

[2] L'appellant a travaillé comme technicien de véhicules à la Force de réserve pendant de nombreuses années avant de s'enrôler dans la Force régulière en 2003. Le caporal Liwyj possède de l'expérience et des compétences reconnues comme technicien de véhicules et comme instructeur à l'École du génie électrique et mécanique des Forces canadiennes (EGEMFC). Depuis 2003, il travaille à la Base des Forces canadiennes Shilo (Manitoba) comme technicien de véhicules.

[3] On October 5, 2006, Corporal Liwyj was assigned to perform a mechanical inspection of a Craig Model TA-15 Beaver Tail trailer (the "trailer"). After performing a routine inspection on the trailer, the Appellant reported some issues to his supervisor, Sergeant Rose, who is also

[3] Le 5 octobre 2006, le caporal Liwyj a été affecté à l'inspection mécanique d'une remorque à porte-à-faux incliné Craig de modèle TA-15 (la remorque). À la suite d'une inspection de routine de la remorque, l'appellant a signalé certains problèmes à son supérieur, le sergent

a vehicle technician. Upon examination of the faults presented to him, Sergeant Rose directed Corporal Liwyj to commence the repairs with a brake adjustment.

[4] Upon being told to perform that task, Corporal Liwyj indicated to Sergeant Rose that he was going to find some caging bolts to perform the brake adjustment. Sergeant Rose explained to the Appellant that it is sufficient to use air pressure alone, without caging bolts, to fix the brakes. A discussion followed between the two men and, confronted with the Appellant's reticence to carry the repair without caging bolts, Sergeant Rose gave the Appellant a direct order to perform the brake adjustment using air pressure only. Expressing some safety concerns, the Appellant refused to perform the adjustment in the ordered manner unless provided with a written order. The trailer brakes were not adjusted by the Appellant and, as a consequence, the unit could not bring that piece of equipment on its upcoming military training exercise during the Thanksgiving long weekend.

[5] On the morning of Tuesday October 10, 2006, Sergeant Rose repeated his order to the Appellant, who once again refused to comply.

[6] Later on that same morning, a meeting was held between the Appellant, Sergeant Rose, Sergeant Lotocki and Unit Equipment Technical Sergeant Major, Master Warrant Officer (MWO) Hansen. The part of the Canadian Forces Technical Orders (CFTO) dealing with air pressure brakes adjustment was read to the Appellant. He reiterated that he had safety concerns about this procedure, but did not explain why it was unsafe. At the end of the meeting, MWO Hansen made Sergeant Rose's order his own, and directed the Appellant to carry out the repair using air pressure only, as indicated in the CFTO.

[7] After this meeting, the Appellant went home for lunch during which he phoned the CFSEME where an unnamed person confirmed to him that a caging bolt was still recommended when adjusting brakes of a Beaver Tail trailer.

Rose, qui est lui aussi technicien de véhicules. Après avoir examiné les défaillances que l'appelant lui avait indiquées, le sergent Rose a donné l'ordre au caporal Liwyj de commencer le réglage des freins.

[4] Après avoir reçu l'ordre d'effectuer cette tâche, le caporal Liwyj a répondu au sergent Rose qu'il allait chercher des vis de compression pour procéder au réglage des freins. Le sergent Rose a expliqué à l'appelant qu'il suffisait de recourir à la pression d'air pour régler les freins et qu'il n'était pas nécessaire d'utiliser des vis de compression. Une discussion a eu lieu entre les deux hommes et, devant la réticence de l'appelant à effectuer la réparation sans vis de compression, le sergent Rose a formellement ordonné à l'appelant de procéder au réglage des freins uniquement par pression d'air. L'appelant a exprimé certaines préoccupations au sujet de la sécurité et a refusé de procéder au réglage de cette manière à moins que l'ordre ne lui soit donné par écrit. L'appelant n'a pas réglé les freins de la remorque, de sorte que l'unité n'a pas été en mesure d'apporter cette pièce de matériel pour l'exercice militaire qui devait avoir lieu au cours de la longue fin de semaine de l'Action de grâces.

[5] Le matin du mardi 10 octobre 2006, le sergent Rose a répété l'ordre en question à l'appelant, qui a de nouveau refusé d'obtempérer.

[6] Plus tard le même matin, une rencontre a eu lieu entre l'appelant, le sergent Rose, le sergent Lotocki et le quartier-maître équipement tactique de l'unité, l'adjudant-maître (adjum) Hansen. On a alors fait lecture à l'appelant des dispositions des Instructions techniques des Forces canadiennes (ITFC) relatives au réglage des freins par pression d'air. L'appelant a répété que cette façon de procéder ne lui paraissait pas sûre, sans toutefois expliquer pourquoi. À la fin de la rencontre, l'adjum Hansen a repris à son compte l'ordre donné par le sergent Rose et a ordonné à l'appelant de procéder à la réparation en utilisant uniquement la pression d'air, conformément aux ITFC.

[7] Après la rencontre, le caporal Liwyj est retourné chez lui pour le dîner. Il a appelé à l'EGEMFC, où une personne dont l'identité n'a pas été précisée lui a confirmé qu'il était encore recommandé d'effectuer le réglage des freins des remorques à porte-à-faux incliné au moyen d'une vis de compression.

[8] Upon the Appellant's return, another meeting was held at 1 p.m., with Sergeants Rose and Lotocki and with MWO Hansen. When questioned about the progress of the brake adjustment, Corporal Liwyj informed the persons present that someone at the CFSEME was also of the view that caging bolts are necessary for a safe brake adjustment. For the last time, the Appellant was ordered to carry out the repair without the caging bolts and, once more, he refused to do so. As a result, the repairs were eventually performed by two other technicians using the air pressure method.

[9] The Appellant was charged on February 22, 2007 with three counts of disobedience to a lawful command of a superior officer, pursuant to section 83 of the Act.

II. Decision of the military judge

[10] The Military Judge started by indicating that the prosecution had to prove the following essential elements beyond a reasonable doubt in order to establish the Appellant's guilt under section 83 of the Act: 1) the identity of the accused and the date and place as alleged in the charged sheet; 2) the fact that an order was given to Corporal Liwyj; 3) that it was a lawful order; 4) that the accused received or knew the order; 5) the fact that the order was given by a superior officer, and that Corporal Liwyj was aware of that officer's status; 6) that the accused did not comply with the order; and finally 7) the blameworthy state of mind of the accused. The Military Judge found that elements 1, 2, 4, 5 and 6 were not in dispute and that they were agreed on by counsel for the defence. Accordingly, the Court was left to determine the two remaining elements, namely whether the order given was lawful and whether the Appellant had the requisite blameworthy state of mind when he did not obey the order.

[11] The Military Judge first determined that the prosecution had proven beyond a reasonable doubt, for the three charges, that the order related to a military duty, which is to repair a piece of equipment belonging to the Canadian Forces and required for military training. He then referred to *R. v. Matusheskie*, 2009 CMAC 3, 7 C.A.C.M. 327 (*Matusheskie*) and *R. v. Finta*, [1994]

[8] Lors du retour de l'appelant, une autre rencontre a eu lieu, à 13 h, avec les sergents Rose et Lotocki et l'adjum Hansen. Lorsqu'on l'a interrogé au sujet de l'état d'avancement du réglage des freins, le caporal Liwyj a informé les personnes présentes que quelqu'un à l'EGEMFC était également d'avis qu'il était nécessaire d'utiliser une vis de compression pour procéder au réglage des freins en toute sécurité. On a ordonné à l'appelant une dernière fois d'effectuer la réparation sans vis de compression et, une fois de plus, il a refusé. Le réglage des freins a donc été effectué par deux autres techniciens de véhicules avec la méthode de la pression d'air.

[9] L'appelant a été accusé le 22 février 2007 de trois chefs d'accusation de désobéissance à l'ordre légitime d'un supérieur, l'infraction prévue à l'article 83 de la Loi.

II. La décision du juge militaire

[10] Le juge militaire a commencé par expliquer que, pour établir la culpabilité de l'appelant en vertu de l'article 83 de la Loi, il incombait à la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments essentiels suivants : 1) l'identité de l'accusé, ainsi que la date et le lieu de l'infraction allégués dans l'acte d'accusation; 2) le fait qu'un ordre avait été donné au caporal Liwyj; 3) le fait que cet ordre était légitime; 4) le fait que l'accusé avait reçu l'ordre ou en avait connaissance; 5) le fait que l'ordre avait été donné par un supérieur et que l'accusé connaissait le grade de l'officier; 6) le fait que l'accusé ne s'était pas conformé à l'ordre; 7) enfin, l'état d'esprit répréhensible de l'accusé. Le juge militaire a conclu que les éléments nos 1, 2, 4, 5 et 6 n'étaient pas contestés et que l'avocat de la défense les avait reconnus. Il restait donc à la Cour de se prononcer sur les deux derniers éléments essentiels, soit les questions de savoir si l'ordre donné au caporal Liwyj était légitime et si l'appelant avait l'état d'esprit répréhensible nécessaire lorsqu'il avait refusé d'obéir à l'ordre.

[11] Le juge militaire a tout d'abord estimé que la poursuite avait prouvé hors de tout doute raisonnable, à l'égard des trois accusations, que l'ordre avait trait à une tâche militaire, laquelle était de réparer une pièce de matériel requise pour un exercice militaire et appartenant aux Forces canadiennes. Il a ensuite renvoyé à la décision *R. c. Matusheskie*, 2009 CACM 3, 7 C.A.C.M. 327

1 S.C.R. 701 (*Finta*) with respect to the test to be applied in assessing whether an order is manifestly unlawful. Applying the standard elaborated in *Finta*, he asked himself whether the orders received by Corporal Liwyj were manifestly unlawful, and came to the conclusion that they were not. He noted that the Appellant only relied on his own opinion as to when it is appropriate or not to use a caging bolt to perform a brake adjustment, an opinion that was disputed by two other vehicle technicians who testified before the Court. He then stated:

Reality is that Corporal Liwyj passed to his superior, Sergeant Rose, his issues further to the inspection he made of the trailer. Sergeant Rose made an assessment of the situation and concluded that the brakes adjustment could be made by using air pressure only, which is the manner described in the CFTO. Corporal Liwyj reached a different conclusion and he decided that he could not assume the risk associated to the task he was ordered to perform, considering his personal assessment of the matter. Was there really a risk? Maybe there was one, but it is not obvious for the court. However, it is clear for the court that the prosecution has proved beyond a reasonable doubt that the way Sergeant Rose wanted Corporal Liwyj to proceed was not obviously, patently and flagrantly wrong.

[12] Turning to the second issue, that of the Appellant's blameworthy state of mind, the Military Judge considered the defence of mistake of fact raised by his counsel but concluded that it had no "air of reality". Applying the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595 (*Osolin*), which explained the burden of proof to establish an air of reality for a defence of mistake of fact, the Military Judge concluded that the Appellant's perception of the facts that the orders were manifestly unlawful were not reasonable and could not therefore ground a defence of mistake of fact. His findings are captured in the following paragraph of his reasons:

Did Corporal Liwyj think that he was doing anything wrong because of his belief in certain facts; this is, did he honestly but mistakenly believe the order was unlawful even if that was not the case? In court, he clearly stated

(*Matusheskie*) et l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701 (*Finta*), au sujet du critère à appliquer pour déterminer si un ordre est manifestement illégitime. Appliquant la norme énoncée dans l'arrêt *Finta*, il s'est demandé si les ordres donnés au caporal Liwyj étaient manifestement illégitimes et est arrivé à la conclusion qu'ils ne l'étaient pas. Il a signalé que l'appelant ne s'était fié qu'à son propre avis en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles il convient ou non d'utiliser une vis de compression pour procéder au réglage des freins, alors que son avis était contesté par deux autres techniciens de véhicules qui ont témoigné devant la Cour. Le juge militaire a ensuite déclaré :

Dans les faits, le caporal Liwyj a transmis à son supérieur, le sergent Rose, ses conclusions à la suite de son inspection de la remorque. Le sergent Rose a évalué la situation et a conclu que les freins pouvaient être ajustés, comme le décrivent les ITFC, avec pression d'air seulement. Compte tenu de son évaluation personnelle de la situation, le caporal Liwyj en est venu à une conclusion différente et il a décidé ne pas être en mesure d'assumer le risque associé à la tâche qu'on lui avait ordonné d'effectuer. Existait-il vraiment un risque? Peut-être était-ce le cas, mais cette évidence n'est pas apparue à la Cour. Il est cependant clair pour la Cour que la poursuite a prouvé hors de tout doute raisonnable que la méthode imposée par le sergent Rose au caporal Liwyj n'était clairement et manifestement pas mauvaise.

[12] Passant à la seconde question, celle de l'état d'esprit répréhensible de l'appelant, le juge militaire a examiné le moyen de défense de l'erreur de fait invoqué par l'avocat de l'appelant, mais a conclu qu'il n'était pas « vraisemblable ». Appliquant l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595 (*Osolin*), qui explique la charge de la preuve dont on doit s'acquitter pour établir la vraisemblance du moyen de défense de l'erreur de fait, le juge militaire a conclu que la perception des faits de l'appelant voulant que les ordres étaient manifestement illégitimes n'était pas raisonnable et qu'elle ne pouvait donc pas fonder le moyen de défense de l'erreur de fait. Ses conclusions sont énoncées dans le paragraphe suivant de ses motifs :

Le caporal Liwyj a-t-il pensé qu'il ne faisait rien de mal en raison de sa croyance en certains faits; c'est-à-dire a-t-il cru de façon sincère mais erronée que l'ordre était illégitime même si cela n'était pas le cas? Devant la Cour,

that he refused to obey the order each time because he had safety concerns based on his personal observations of the brakes and his personal assessment of the situation. Additionally, he was confronted with the reference, the CFTO, supporting the order. There is no air of reality to this defence because the evidence put forward is not related to the existence or not of facts supporting his belief, but instead it is related to the personal interpretation he made of those facts. Then, the evidence is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could not have acquitted.

[13] Finally, the Military Judge considered the circumstances surrounding the commission of the offences, the applicable principles of sentencing, and the representations made by counsel in order to determine the appropriate sentence. In arriving at what he considered a fair and appropriate sentence, he considered both mitigating and aggravating factors. As for the latter, he mentioned the objective and subjective seriousness of the offence, the repetition of the offence and the fact that his decision to disobey the orders had a clear impact on the operations of the unit and placed an additional burden on his fellow soldiers. Conversely, the Military Judge found that the following circumstances are mitigating: the fact that the Appellant did not have a criminal record, that he is a very competent and knowledgeable vehicle technician, that his conduct did not have an impact on discipline in his organization, that he had already received an administrative warning in relation to this incident that will remain in his file, that facing the court martial already had some deterrent effect, and that the two and half year delay in bringing this case to court makes the punishment less relevant and efficient on the morale and the cohesion of the unit members.

[14] In the end, the Military Judge found that a fine only, whatever its amount, would not be sufficient and that a reprimand was called for in the circumstances of this case, as “[i]t reflects that there is some reasons to have doubts about somebody’s commitment at the time of the offence, and it reflects consideration given to the seriousness of the offence committed, but it also means that there is good hope for rehabilitation”. He also invited

il a clairement déclaré qu’il avait refusé à chaque fois d’obéir à l’ordre en raison de préoccupations liées à la sécurité fondées sur son propre examen des freins et son évaluation personnelle de la situation. De plus, il a été mis en présence du document de référence justifiant l’ordre, soit les ITFC. Cette défense n’offre aucune vraisemblance parce que la preuve produite n’est pas liée à l’existence de faits au soutien de sa croyance ou à leur non-existence, mais plutôt à son interprétation personnelle de ces faits. La nature de la preuve est telle qu’elle ne permettrait pas au jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées qui y prêterait foi de prononcer l’acquittement.

[13] Enfin, le juge militaire a tenu compte des circonstances entourant la perpétration des infractions, les principes régissant la détermination de la peine et les observations des avocats pour déterminer la peine appropriée. Pour arrêter la peine qu’il estimait juste et appropriée, le juge militaire a tenu compte des circonstances atténuantes et des circonstances aggravantes. S’agissant de ces dernières, il a parlé de la gravité objective et de la gravité subjective de l’infraction, de la répétition de l’infraction et du fait que la décision de l’appelant de désobéir aux ordres donnés avait eu des conséquences concrètes sur les activités de l’unité et avait imposé un fardeau supplémentaire aux autres soldats. En revanche, le juge militaire a retenu les circonstances atténuantes suivantes : l’appelant n’avait pas de casier judiciaire; il était un technicien de véhicules très compétent et expérimenté; les actes de l’appelant n’ont pas eu d’incidence sur la discipline au sein de l’organisation; l’appelant avait déjà reçu, relativement à cet incident, un avertissement administratif qui demeurerait dans son dossier; le fait d’être traduit devant la cour martiale avait déjà eu un certain effet dissuasif. En outre, le fait que deux ans et demi se soient écoulés avant que l’affaire ne soit entendue faisait en sorte que la peine infligée devenait moins pertinente et efficace pour le moral et la cohésion des membres de l’unité.

[14] En fin de compte, le juge militaire a estimé que condamner l’appelant à une amende ne constituerait pas une peine suffisante, peu importe son montant, en ajoutant qu’une réprimande était justifiée eu égard aux circonstances de l’espèce, étant donné qu’une réprimande « montre qu’il existe des raisons de douter de l’engagement de la personne concernée lors de l’infraction et tient compte de la gravité de celle-ci, mais signifie également

the Appellant to be more trustful of his superiors, and to obey their lawful orders even if he disagrees.

III. Issues

[15] The issues raised in the present appeal are the following:

- Did the Military Judge err by finding that the Appellant failed to obey the lawful command of a superior?
- Did the Military Judge err by concluding that the Appellant's defence of mistake of fact had no air of reality?
- Did the Military Judge commit an error in imposing a demonstrably unfit sentence?

IV. Analysis

A. *Standard of review*

[16] The first ground of appeal raised by the Appellant challenges the verdict itself. Verdicts in criminal law are subject to review on appeal only if they are unreasonable. The jurisprudence is to the effect that convictions are legal issues that involve an assessment of evidence: *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at paragraphs 19 to 27. That being the case, significant deference must be given to the Military Judge's finding that the orders were lawful commands. In reviewing a verdict, as stated by this Court in *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7, 7 C.M.A.R. 60, at paragraph 51, an appellate court "must examine the evidence, not in order to substitute its own assessment, but in order to determine whether the verdict is one that a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have returned".

[17] The second ground of appeal pertains to the application by the trial judge of the "air of reality" test in deciding whether or not to consider the defence of mistake

qu'il est permis d'espérer la réinsertion ». Il a également invité l'appelant à faire davantage confiance à ses supérieurs et à obéir à leurs ordres légitimes, même s'il n'est pas d'accord avec eux.

III. Les questions en litige

[15] Les questions soulevées dans le présent appel sont les suivantes :

- Le juge militaire a-t-il commis une erreur en concluant que l'appelant avait fait défaut d'obéir à l'ordre légitime d'un supérieur?
- Le juge militaire a-t-il commis une erreur en concluant que le moyen de défense de l'erreur de fait invoqué par l'appelant n'était pas vraisemblable?
- Le juge militaire a-t-il commis une erreur en infligeant une peine qui n'était manifestement pas indiquée?

IV. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[16] Le premier moyen d'appel invoqué par l'appelant vise le verdict lui-même. En matière pénale, les verdicts ne peuvent faire l'objet d'un contrôle en appel que s'ils sont déraisonnables. Suivant la jurisprudence, les déclarations de culpabilité sont des questions de droit qui exigent une appréciation de la preuve (*R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, aux paragraphes 19 à 27). Dans ces conditions, il convient de faire preuve d'une grande déférence à l'égard de la conclusion du juge militaire selon laquelle les ordres qui ont été donnés étaient légitimes. Ainsi que notre Cour l'a affirmé dans la décision *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7, 7 C.A.C.M. 60, au paragraphe 51, la cour d'appel « doit examiner la preuve, non pas pour y substituer son appréciation, mais pour décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury ayant reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre ».

[17] Le deuxième moyen d'appel a trait à l'application que le juge de première instance a faite du critère de la « vraisemblance » pour décider s'il y avait lieu ou

of fact put forward by the Appellant. Such an issue has repeatedly been held to be a question of law (*R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, at paragraph 77):

In order for the appellant to succeed on this ground of appeal, he must establish two things. First, that the trial judge failed to consider the defence, and second, that there was an air of reality to the defence. Failure of a trial judge to consider the defence when there is an air of reality to it, whether sitting alone or with a jury, is an error of law.

See also *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3 (*Cinous*), at paragraph 55.

[18] As such, this ground of appeal must be reviewed against the standard of correctness. There is no room for error when the interpretation of such an important legal issue is at stake. Indeed, this is the standard that was recently applied by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Côté (D.E.)*, 2008 MBCA 70, at paragraphs 9 and 10.

[19] Lastly, it is settled law that the standard of review applicable to a sentencing order is that of reasonableness. Writing for a unanimous court in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, Justice Iacobucci stressed that a deferential approach must be adopted by appellate courts when reviewing a sentencing judge's order:

[46] ... An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable.

[20] Chief Justice Lamer reiterated this view a year later in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500. Also writing on behalf of all of his colleagues, he wrote the following:

[90] Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the

non d'examiner le moyen de défense de l'erreur de fait avancé par l'appelant. Il est de jurisprudence constante que cette question est une question de droit (*R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, au paragraphe 77) :

Pour obtenir gain de cause sur ce moyen d'appel, l'appelant doit établir deux choses. Premièrement, que le juge du procès n'a pas examiné la défense et, deuxièmement, que la défense a quelque vraisemblance. L'omission par le juge du procès d'examiner la défense lorsqu'elle a une certaine vraisemblance, qu'il siège seul ou avec un jury, constitue une erreur de droit.

Voir également *R. c. Cinous*, [2002] 2 R.C.S. 3, 2002 CSC 29 (*Cinous*), au paragraphe 55.

[18] Ce moyen d'appel est donc assujéti à la norme de contrôle de la décision correcte. Il n'y a pas place à l'erreur lorsque l'interprétation d'une question de droit aussi importante est en jeu. D'ailleurs, c'est la norme que la Cour d'appel du Manitoba a récemment appliquée dans l'arrêt *R. v. Côté (D.E.)*, 2008 MBCA 70, aux paragraphes 9 et 10.

[19] Enfin, il est bien établi en droit que la norme de contrôle applicable à la peine est celle de la décision raisonnable. S'exprimant au nom d'une cour unanime, le juge Iacobucci a souligné, dans l'arrêt *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, que les cours d'appel devaient faire preuve de retenue lorsqu'elles contrôlent l'ordonnance du juge qui a prononcé la peine :

[46] [...] Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation d'une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; 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. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable.

[20] Le juge en chef Lamer a repris cette opinion à son compte l'année suivante dans l'arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500. S'exprimant lui aussi au nom de tous ses collègues, il a écrit :

[90] Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance

appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

[21] These two decisions were endorsed by this Court in the context of military law: see *R. v. St. Jean*, 6 C.M.A.R. 159, 2000 CanLII 29663, at paragraphs 16 to 19 and *R. v. Forsyth*, 2003 CMAC 9, 6 C.M.A.R. 329. This standard of review was indeed reiterated in many subsequent decisions: *R. v. Tupper*, 2009 CMAC 5, 7 C.M.A.R. 357, at paragraph 13; *R. v. Taylor*, 2008 CMAC 1, 7 C.M.A.R. 125, at paragraph 17; *R. v. Dixon*, 2005 CMAC 2, 7 C.M.A.R. 4, at paragraphs 18 and 19; *R. v. Lui*, 2005 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 18, at paragraphs 13 and 14.

B. *The lawfulness of the command*

[22] The offence set out in section 83 of the Act is particular to the military world and reflects the fact that obedience to orders is the fundamental rule of military life. A corollary of that rule is that he who gives the command must bear responsibility for it. As the Supreme Court stated in this regard (*Finta*, above, at page 829):

The absolute necessity for the military to rely upon subordinates carrying out orders has, through the centuries, led to the concept that acts done in obedience to military orders will exonerate those who carry them out. The same recognition of the need for soldiers to obey the orders of their commanders has led to the principle that it is the commander who gives the orders who must accept responsibility for the consequences that flow from the carrying out of his or her orders.

[23] It appears, therefore, that this duty to obey a superior's order discharges the soldier who complies from possible liability resulting from the execution of that order. But that is not the end of the matter. After reviewing the literature about the regrettable consequences of this duty throughout history and the transfer of liability that it creates, the Supreme Court endorsed the internationally recognized exception that an order is not to be obeyed if it is "manifestly unlawful". In such a situation, it is the obedience to a manifestly unlawful command that makes the soldier who carried it out liable. The lawfulness of a

trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée.

[21] Notre Cour a souscrit à ces deux arrêts dans le contexte du droit militaire (voir les décisions *R. c. St. Jean*, 6 C.A.C.M. 159, 2000 CanLII 29663, aux paragraphes 16 à 19, et *R. c. Forsyth*, 2003 CACM 9, 6.C.A.C.M. 329). Elle a en fait repris cette norme de contrôle dans de nombreuses décisions subséquentes : *R. c. Tupper*, 2009 CACM 5, 7 C.A.C.M. 357, au paragraphe 13; *R. c. Taylor*, 2008 CACM 1, 7 C.A.C.M. 125, au paragraphe 17; *R. c. Dixon*, 2005 CACM 2, 7 C.A.C.M. 4, aux paragraphes 18 et 19, et *R. c. Lui*, 2005 CACM 3, 7 C.A.C.M. 18, aux paragraphes 13 et 14.

B. *La légitimité de l'ordre*

[22] L'infraction prévue à l'article 83 de la Loi est propre au monde militaire et témoigne du fait que l'obéissance aux ordres constitue le principe fondamental de la vie militaire. Un corollaire de ce principe est que celui qui donne un ordre doit en assumer la responsabilité. Ainsi que la Cour suprême l'a expliqué (*Finta*, précité, à la page 829) :

Au fil des siècles, la nécessité absolue pour le régime militaire de pouvoir compter sur l'obéissance des subalternes aux ordres reçus a donné naissance à un concept suivant lequel l'auteur d'un acte accompli conformément à des ordres militaires sera exonéré. La même reconnaissance de la nécessité que les soldats obéissent aux ordres de leurs commandants a engendré le principe suivant lequel le commandant qui donne les ordres assume lui-même la responsabilité des conséquences qui découlent de leur exécution.

[23] Il semble donc que cette obligation d'obéir aux ordres d'un supérieur exonère le soldat qui s'y conforme de la responsabilité éventuelle découlant de l'exécution de ces ordres. Mais la question ne s'arrête pas là. Après avoir passé en revue les conséquences regrettables qu'a entraînées cette obligation au cours de l'histoire et le transfert de responsabilité qu'elle crée, la Cour suprême a retenu l'exception reconnue partout suivant laquelle il n'y a pas lieu d'obéir à un ordre qui est « manifestement illégal ». En pareil cas, c'est l'obéissance à un ordre manifestement illégal qui fait que le soldat qui l'a exécuté

command and the duty to obey it unless it is manifestly unlawful are two sides of the same coin. Accordingly, the lawfulness element of the actus reus must be proven by the prosecution beyond a reasonable doubt. In other words, the prosecution has to prove beyond a reasonable doubt that the order was not manifestly unlawful in order to meet its burden of proof regarding lawfulness.

[24] An order that is not related to military duty would obviously not meet the necessary threshold of lawfulness. In other words, a command that has no clear military purpose will be considered manifestly unlawful: see *R. v. Scott*, 2004 CMAC 2, 6 C.M.A.R. 341, at paragraph 11; *The Queen v. Spence / The Queen v. Bradshaw*, [1952] 2 S.C.R. 517.

[25] Because blind submission to an order has led to dire consequences in certain circumstances, the Supreme Court expanded the definition of a “manifestly unlawful” command in *Finta* (above, at page 834) and came up with an expanded notion of that concept:

The manifest illegality test has received a wide measure of international acceptance. Military orders can and must be obeyed unless they are manifestly unlawful. When is an order from a superior manifestly unlawful? It must be one that offends the conscience of every reasonable right-thinking person; it must be an order which is obviously and flagrantly wrong. The order cannot be in a grey area or be merely questionable; rather it must patently and obviously be wrong.

[26] Even more telling is this excerpt from a decision of the Israel District Military court in the case of *Ofer v. Chief Military Prosecutor*, quoted by the Supreme Court in that same paragraph of its *Finta* decision as a “very helpful discussion” of the manifestly unlawful concept:

The identifying mark of a “manifestly unlawful” order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: “forbidden”. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and

en soit responsable. La légalité de l’ordre et l’obligation d’y obéir sauf s’il est manifestement illégal sont les deux revers d’une même médaille. En conséquence, la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable l’élément légalité de l’*actus reus*. En d’autres termes, la poursuite doit démontrer, au-delà de tout doute raisonnable, que l’ordre n’était pas manifestement illégal pour s’acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe en ce qui concerne la légitimité.

[24] L’ordre qui ne se rapporte pas à des fonctions militaires ne satisfait évidemment pas au critère de la légitimité. Autrement dit, l’ordre qui est sans objet militaire évident sera considéré comme un ordre manifestement illégitime : voir *R. c. Scott*, 2004 CACM 2, 6 C.A.C.M. 341, au paragraphe 11; *The Queen v. Spence / The Queen v. Bradshaw*, [1952] 2 S.C.R. 517.

[25] Parce que l’obéissance aveugle aux ordres a conduit à des conséquences désastreuses dans certaines situations, la Cour suprême a élargi la définition de l’ordre « manifestement illégal » dans l’arrêt *Finta* (précité, à la page 834) et a proposé la conception élargie suivante de ce concept :

Le critère de l’illégalité manifeste est aujourd’hui grandement reconnu sur le plan international. On peut et l’on doit obéir aux ordres militaires à moins que ceux-ci ne soient manifestement illégaux. Quand l’ordre d’un supérieur est-il manifestement illégal? Il doit être de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée. Il doit être clairement et manifestement répréhensible. L’ordre ne peut se situer dans une zone grise ou être seulement douteux; il doit au contraire être manifestement et clairement répréhensible. [...]

[26] L’extrait suivant de la décision rendue par la Cour militaire de district d’Israël dans *Ofer v. Chief Military Prosecutor*, que la Cour suprême cite dans le même paragraphe de l’arrêt *Finta*, est encore plus éloquent et constitue ce que la Cour suprême qualifie d’« analyse très utile » du concept de l’ordre manifestement illégal :

[TRADUCTION] Le signe déterminant d’un ordre « manifestement illégal » doit flotter au-dessus de l’ordre donné comme un drapeau noir en guise de mise en garde disant : « interdit ». La question importante en l’espèce n’est pas l’illégalité formelle, dissimulée ou à demi dissimulée, ni l’illégalité qui se détecte par les seuls experts juridiques,

obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of “manifest” illegality required in order to annul the soldier’s duty to obey and render him criminally responsible for his actions.

[27] This language indicates that the threshold is high and that it should be assessed objectively. Were it otherwise, the very foundation of the military would be at risk of collapse. This threshold was adopted in the *Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O) at article 19.015:

19.015 — LAWFUL COMMANDS AND ORDERS

Every officer and non-commissioned member shall obey lawful commands and orders of a superior officer.

NOTES

...

(B) Usually there will be no doubt as to whether a command or order is lawful or unlawful. In a situation, however, where the subordinate does not know the law or is uncertain of it he shall, even though he doubts the lawfulness of the command, obey unless the command is manifestly unlawful.

(C) An officer or non-commissioned member is not justified in obeying a command or order that is manifestly unlawful. In other words, if a subordinate commits a crime in complying with a command that is manifestly unlawful, he is liable to be punished for the crime by a civil or military court. A manifestly unlawful command or order is one that would appear to a person of ordinary sense and understanding to be clearly illegal; for example, a command by an officer or non-commissioned member to shoot a member for only having used disrespectful words or a command to shoot an unarmed child.

[28] In the case at bar, the Military Judge determined that the prosecution had proven beyond a reasonable doubt, for the three charges, that the order was related to a

mais une violation manifeste et frappante de la loi, une illégalité certaine et évidente qui découle de l’ordre lui-même, de la nature criminelle de ce dernier ou des actes qui doivent être commis de ce fait, une illégalité qui transperce et trouble le cœur, si l’œil n’est pas aveugle ni le cœur fermé ou corrompu. Il s’agit là du degré d’illégalité « manifeste » requis pour annuler le devoir d’obéissance du soldat et rendre ce dernier criminellement responsable de ses actes.

[27] Il ressort de cet extrait que la barre est haute et que le critère doit être apprécié de manière objective. S’il en était autrement, les fondements mêmes de l’armée risqueraient d’être ébranlés. Ce critère est celui qui a été retenu dans les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC), à l’article 19.015 :

19.015 — COMMANDEMENTS ET ORDRES LÉGITIMES

Tout officier et militaire du rang doit obéir aux commandements et aux ordres légitimes d’un supérieur.

NOTES

[...]

(B) D’ordinaire il n’y a pas à se demander si un commandement ou un ordre est légitime ou non. Toutefois, lorsque le subordonné ignore la loi ou n’en est pas certain, il obéira au commandement même s’il doute de sa légitimité, sauf si celui-ci est manifestement illégitime.

(C) Un officier ou militaire du rang n’est pas justifié d’obéir à un commandement ou à un ordre qui est évidemment illégitime. En d’autres termes, le subordonné qui commet un crime par soumission à un commandement qui est évidemment illégitime est passible de punition pour le crime par un tribunal civil ou militaire. Un ordre ou un commandement qui apparaît à une personne possédant un jugement et une compréhension ordinaires comme étant nettement illégal constitue un acte manifestement illégitime; par exemple, un commandement donné par un officier ou militaire du rang d’abattre un autre militaire qui s’est adressé à lui en termes irrespectueux ou le commandement de tirer sur un enfant sans défense.

[28] Dans le cas qui nous occupe, le juge militaire a estimé que la poursuite avait établi hors de tout doute raisonnable, dans le cas des trois chefs d’accusation, que

military duty. He then relied on the above quoted excerpt from *Finta*, as well as on the decision of this Court in *Matusheskie*, above, to conclude that the order was not a manifestly unlawful command.

[29] The Appellant does not object to the Military Judge's conclusion of fact that the order was related to a military duty. Nor does he dispute that a lawful command must be obeyed. The Appellant rather argues that the Military Judge should have concluded in the existence of a reasonable doubt that the order was lawful. What the Appellant attempted to argue in his submissions on this matter is that there were two procedures available to fix the brakes, and that the caging method that he wanted to use was safer given the condition of the brakes. This line of argument, however, is deficient for two reasons.

[30] First of all, this Court is loath to disturb findings of fact made by a trial judge. It was put in evidence before the Military Judge that the caging bolt method and the air pressure method could both safely be used to perform the adjustment and that the adjustment could be successfully accomplished using either method. It was further shown that the air pressure method was the fastest and was the only approved method in the CFTO for the Beavertail trailer. At trial, the Military Judge was provided by the Appellant with a complete in-Court demonstration of the braking system with the use of a pair of training aid air brake systems. The Appellant also presented and commented on a PowerPoint slide show he had prepared to further explain the components of the air brake system for the Beavertail trailer and the use of a caging bolt to perform a brake adjustment. The Appellant claimed that it was safer to use a caging bolt to perform the brake adjustment, but could not substantiate this with any Canadian Forces approved or civilian publications or references of any kind and solely based his argument on his personal views and a phone conversation with an unnamed person. Moreover, two of his supervisors, who were also vehicle technicians, did not perceive any risks. It is on that basis that the Military Judge made a finding of fact that the safety issue was not obvious. The Appellant has failed to convince this Court that

l'ordre se rapportait à des fonctions militaires. Il s'est ensuite fondé sur l'extrait précité de l'arrêt *Finta*, ainsi que sur la décision *Matusheskie*, précitée, de notre Cour, pour conclure que l'ordre n'était pas un ordre manifestement illégitime.

[29] L'appelant ne s'oppose pas à la conclusion de fait du juge militaire suivant laquelle l'ordre se rapportait à une fonction militaire. Il ne conteste pas non plus qu'il faut obéir à un ordre légitime. Il soutient plutôt que le juge militaire aurait dû conclure à l'existence d'un doute raisonnable quant à la légitimité de l'ordre. Ce que l'appelant a tenté de faire valoir dans les observations qu'il a présentées sur cette question est qu'il existait deux méthodes pour régler les freins, et que la méthode de la vis de compression qu'il souhaitait employer présentait moins de danger compte tenu de l'état des freins. Ce raisonnement est toutefois mal fondé pour deux raisons.

[30] En premier lieu, notre Cour répugne à modifier les conclusions de fait tirées par un juge de première instance. Les éléments de preuve présentés au juge militaire démontraient que la méthode de la vis de compression et celle de la pression d'air pouvaient toutes deux être utilisées sans danger pour procéder au réglage des freins et que celui-ci pouvait être exécuté avec tout autant de succès en employant l'une ou l'autre méthode. Il a également été démontré que la méthode de la pression d'air était plus rapide et qu'elle était la seule qui était approuvée dans les ITFC dans le cas des remorques à porte-à-faux incliné. Au procès, l'appelant a démontré le fonctionnement des freins au moyen de modèles de systèmes de freinage pneumatique utilisés pour la formation. L'appelant a également présenté et commenté des diapositives Power Point qu'il avait préparées pour expliquer plus en détail les composantes du système de freinage pneumatique de la remorque à porte-à-faux incliné et l'utilisation d'une vis de compression pour procéder au réglage des freins. L'appelant a soutenu qu'il était plus sûr d'utiliser une vis de compression pour effectuer le réglage des freins, mais il n'a pas été en mesure de confirmer ses dires en renvoyant à des publications ou à des références civiles ou approuvées par les Forces canadiennes, faisant reposer son opinion uniquement sur son avis personnel et sur la conversation téléphonique qu'il avait eue avec une personne

such a finding is unreasonable, on the basis of the evidence that was before the Military Judge.

[31] The Appellant relied on his superiors' failure to inspect the brakes, the failure to provide him with a written order, the absence of urgent operational need to conduct the repairs, the absence of detailed explanations as to the air pressure method in the CFTO, his due diligence to demonstrate the unlawfulness of the order and the unreasonableness of the Military Judge's finding. Having carefully reviewed these arguments, I fail to see how any of these elements would tend to demonstrate that the air pressure method was obviously creating a serious safety risk. Some of these arguments were appropriately taken into account by the Military Judge when he considered the *mens rea*, but they could not affect the lawfulness of the order.

[32] Even if the Court were to agree with the Appellant that the caging bolt method was the safest method and that in the circumstances described by the Appellant the air pressure method was not as safe, the orders given to the Appellant to perform the brake adjustment using the air pressure method would still be lawful commands. Clearly, such orders did not meet the high threshold required to be found "manifestly illegal"; they do not "offend the conscience of every reasonable, right-thinking persons", and they are not "obviously and flagrantly wrong", to use the words of the Supreme Court of Canada in *Finta*, above. If courts were to start second-guessing the opinion of military officers as to the proper procedure to be used in repairing a vehicle, it would dangerously lower the threshold to declare an order manifestly unlawful. This is not a case where conscience is shocked by the blatant disregard of military officers for the life or security of others. It is, at best, an instance of disagreement between fair-minded persons as to the method best suited to get a job done

dont l'identité n'a pas été précisée. De plus, deux de ses supérieurs, qui étaient également des techniciens de véhicules, ne voyaient aucun danger dans le recours à la méthode de la pression d'air. C'est pour cette raison que le juge militaire est arrivé à la conclusion de fait que la question de la sécurité n'était pas évidente. L'appelant n'a pas réussi à convaincre notre Cour que cette conclusion est déraisonnable, vu l'ensemble de la preuve dont disposait le juge militaire.

[31] Pour démontrer l'illégitimité de l'ordre et le caractère déraisonnable de la conclusion du juge militaire, l'appelant a invoqué le défaut de ses supérieurs d'inspecter les freins, leur défaut de lui donner un ordre écrit, l'absence d'urgence de procéder aux réparations, l'absence d'explications détaillées au sujet de la méthode de la pression d'air proposée dans les ITFC et enfin la diligence dont il avait fait preuve. Après avoir examiné attentivement ces arguments, je ne vois pas comment l'un quelconque de ces éléments tendrait à démontrer que la méthode de la pression d'air présentait de toute évidence un grave danger. Le juge militaire a, à bon droit, tenu compte de certains de ces arguments lorsqu'il a étudié la question de la *mens rea*, mais aucun ne pouvait avoir d'incidence sur la légitimité de l'ordre.

[32] Même si notre Cour devait convenir avec l'appelant que la méthode de la vis de compression était la méthode la plus sûre et que, dans la situation décrite par l'appelant, la méthode de la pression d'air n'était pas aussi sûre, les ordres qui ont été donnés à l'appelant pour qu'il procède au réglage des freins en utilisant la méthode de la pression d'air seraient quand même des ordres légitimes. De toute évidence, de tels ordres ne satisfont pas au critère rigoureux exigé pour pouvoir conclure qu'ils étaient « manifestement illégaux »; ils n'étaient pas « de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée » et ils n'étaient pas « clairement et manifestement répréhensibles », pour reprendre les termes employés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Finta*, précité. Si les tribunaux devaient commencer à remettre en question l'opinion des officiers militaires au sujet de la méthode à suivre pour réparer un véhicule, on affaiblirait dangereusement le critère minimal à respecter pour pouvoir déclarer un ordre manifestement illégitime. Il ne s'agit pas ici d'un cas où

in a particular set of circumstances. This is a far cry from the examples found in the case law of an order that would be considered “manifestly illegal”.

[33] Finally, the Appellant submitted that he was faced with a choice between following the order of his immediate superior or following the dictates of the Commanding Officer’s Safety Directive. This policy stated, inter alia, that “[a]ll soldiers are empowered to ensure a safe environment exists within 1 RCHA, that “[l]eaders are to encourage soldiers to take responsibility for their actions and to care for their own and others’ well-being”, and that “[a]ny unsafe act that is about to be committed must be stopped and corrected before that activity can continue” (Appeal Book, Vol. III, at page 513).

[34] I would venture the following two comments with respect to this argument. First, the Safety Directive is only a policy, and is not a binding rule of law, while obedience to a lawful order is a legal duty pursuant to section 83 of the Act. Second, even if I were to assume that the Safety Directive is the equivalent of an order, the law is clearly to the effect that the duty to obey a command remains even in the case of a previous conflicting order. This is clearly stated in the QR&O at article 19.02:

19.02 — CONFLICTING LAWFUL COMMANDS AND ORDERS

- (1) If an officer or non-commissioned member receives a lawful command or order that he considers to be in conflict with a previous lawful command or order received by him, he shall orally point out the conflict to the superior officer who gave the later command or order.
- (2) If the superior officer still directs the officer or non-commissioned member to obey the later command or order, he shall do so.

le mépris flagrant d’officiers militaires envers la vie ou la sécurité d’autrui offense la conscience. Il s’agit tout au plus d’un exemple de désaccord entre des personnes sensées au sujet de la méthode la mieux adaptée pour effectuer un travail donné dans une situation déterminée. On est loin des exemples d’ordres qui seraient considérés comme « manifestement illégaux » que l’on trouve dans la jurisprudence.

[33] L’appelant soutient enfin qu’il devait choisir entre obéir à l’ordre de son supérieur immédiat ou se conformer à la directive sur la sécurité du commandant. Cette politique prévoyait notamment que [TRADUCTION] « tous les soldats sont autorisés à s’assurer qu’il existe un milieu sûr au sein de la 1^{re} RALC », que [TRADUCTION] « les supérieurs doivent inciter les soldats à accepter la responsabilité de leurs actes et à veiller à leur propre bien-être et à celui des autres » et [TRADUCTION] qu’« il faut empêcher tout acte dangereux qui est sur le point d’être commis et rectifier la situation avant de reprendre l’activité en question » (dossier d’appel, vol. III, à la page 513).

[34] Je hasarderai deux observations sur cet argument. Premièrement, la directive sur la sécurité n’est qu’une politique et elle n’a pas force de loi, alors que l’obéissance à un ordre légitime est un devoir imposé par l’article 83 de la Loi. Deuxièmement, même si je devais conclure que la directive sur la sécurité doit être assimilée à un ordre, la loi précise que l’obligation d’obéir à un ordre demeure, même en cas d’un ordre antérieur incompatible. C’est ce qu’indique clairement l’article 19.02 des ORFC :

19.02 — ORDRES ET COMMANDEMENTS LÉGITIMES INCOMPATIBLES

- (1) Si un officier ou militaire du rang reçoit un commandement ou un ordre légitime qu’il juge incompatible avec un commandement ou un ordre qu’il a déjà reçu, il signale l’incompatibilité de vive voix au supérieur qui a donné le dernier commandement ou ordre.
- (2) Si le supérieur lui donne encore instruction d’obéir au dernier commandement ou ordre, l’officier ou militaire du rang doit l’exécuter.

See also Matusheskie, above, at para. 15.

C. Air of reality test/Mistake of fact

[35] It is well established that for a defence to be considered, it must have an evidentiary basis. As stated by the Supreme Court in *Cinous*, above, at paragraph 51, this basic principle gives rise to two corresponding principles:

First, a trial judge must put to the jury all defences that arise on the facts, whether or not they have been specifically raised by an accused. Where there is an air of reality to a defence, it should go to the jury. Second, a trial judge has a positive duty to keep from the jury defences lacking an evidential foundation. A defence that lacks an air of reality should be kept from the jury.

[36] A defence possesses an “air of reality” if a properly instructed jury, acting reasonably, could acquit the accused on the basis of the defence that he put forward: see *Cinous*, above, at paragraph 2; *Osolin*, above, at paragraph 198. In the case at bar, the defence that the Appellant presented to the trial judge was the mistake of fact. To succeed in this defence, the Appellant had to demonstrate that he had an honest belief that the order was manifestly unlawful, that is to say that the Appellant had a reasonable belief that his superiors’ orders were of the nature of a manifestly unlawful order as defined by the Supreme Court of Canada in *Finta*, above. Such a defence, if accepted, would annihilate the infractions’ *mens rea*.

[37] For the Appellant to submit that he had a reasonable belief that he could disobey a lawful order simply because he personally considered it to be unsafe would constitute a mistake of law. Mistake of law is not a defence when it relates to obeying a manifestly unlawful command and it should not be when it relates to disobedience of a lawful command: see *Finta*, above, at pages 844 and 845. This Court expanded on the difference between a mistake of fact and a mistake of law in the

Voir aussi la décision Matusheskie, précitée, au paragraphe 15.

C. Le critère de la vraisemblance et l’erreur de fait

[35] Il est bien établi que le tribunal n’accepte d’examiner un moyen de défense que s’il est étayé par la preuve. Ainsi que la Cour suprême l’a expliqué au paragraphe 51 de l’arrêt *Cinous*, précité, deux principes bien établis découlent de cette règle de base :

[...] Premièrement, le juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui peuvent être invoqués d’après les faits, peu importe que l’accusé les ait expressément invoqués ou non. Lorsqu’un moyen de défense est vraisemblable, il doit être soumis à l’appréciation du jury. Deuxièmement, le juge du procès est formellement tenu de soustraire à l’appréciation du jury le moyen de défense qui est dépourvu de fondement probant. Le moyen de défense qui n’est pas vraisemblable doit être soustrait à l’appréciation du jury. [...]

[36] Un moyen de défense est « vraisemblable » s’il peut permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement d’acquitter l’accusé sur le fondement du moyen de défense invoqué : voir *Cinous*, précité, au paragraphe 2; *Osolin*, précité, au paragraphe 198. En l’espèce, le moyen de défense que l’appelant a soumis au juge de première instance reposait sur l’erreur de fait. Pour que ce moyen de défense soit retenu, l’appelant devait démontrer qu’il croyait honnêtement que l’ordre était manifestement illégitime. En d’autres termes, l’appelant devait croire de façon raisonnable que l’ordre de ses supérieurs était de la nature d’un ordre manifestement illégal au sens que la Cour suprême du Canada a donné à cette expression dans l’arrêt *Finta*, précité. S’il était retenu, ce moyen de défense aurait pour effet d’annihiler la *mens rea* des infractions.

[37] Ce serait une erreur de droit de conclure que l’appelant pouvait affirmer qu’il croyait raisonnablement qu’il pouvait désobéir à un ordre légitime simplement parce qu’il estimait personnellement que la méthode proposée n’était pas sans danger. L’erreur de droit ne constitue pas un moyen de défense valable lorsqu’elle a trait à l’obéissance à un ordre manifestement illégitime et elle ne devrait pas en constituer un lorsqu’elle se rapporte à la désobéissance à un ordre légitime : voir

following terms (*R. v. Latouche* (2000), 6 C.M.A.R. 173, at paragraph 35):

As a general rule, a mistake of fact, which includes ignorance of fact, exists when an accused is mistaken in his belief that certain facts exist when they do not, or that certain facts do not exist when they do. Ignorance of fact exists when an accused has no knowledge of a matter and no actual belief or suspicion as to the true state of the matter. By contrast, a mistake of law exists when the mistake relates not to the actual facts but rather to their legal effect: see *R. v. Jones*, [1991] 3 S.C.R. 110. Mistake of law also includes ignorance of the law, which exists when the accused is ignorant as to the existence, meaning, scope or interpretation of the law: *R. v. Molis*, [1980] 2 S.C.R. 356. ...

[38] In his reasons, the Military Judge quoted this passage and then considered the whole of the evidence to determine if the defence presented by the Appellant had an air of reality. He further applied the decision of the Supreme Court in *Osolin*, above, at pages 686 and 687, which explained the burden of proof to establish an air of reality for a defence of mistake of fact:

The question that arises is whether this means that in order for the defence to be put to the jury there must be some evidence of mistaken belief in consent emanating from a source other than the accused. In my view, this proposition cannot be correct. There is no requirement that there be evidence independent of the accused in order to have the defence put to the jury. However, the mere assertion by the accused that “I believed she was consenting” will not be sufficient. What is required is that the defence of mistaken belief be supported by evidence beyond the mere assertion of a mistaken belief. In the words of the Lord Morris of Borth-y-gest, there must be more than a “facile mouthing of some easy phrase of excuse” (*Bratty*, supra, at p. 417).

In order to have the defence put to the jury the same requirement must be satisfied as for all other defences. Just as a defence of provocation will not be put to the jury on the basis of the bare assertion of the accused that “I was provoked” (.), so too the bare assertion of the accused that “I thought she was consenting” will not warrant putting the defence of mistaken belief in consent to the jury. The requisite evidence may come from the detailed testimony

Finta, précité, aux paragraphes 265 et 266. Notre Cour a expliqué plus en détail la différence qui existe entre une erreur de fait et une erreur de droit (*R. c. Latouche* (2000), 6 C.A.C.M. 173, au paragraphe 35) :

En règle générale, il y a erreur de fait, qui inclut l'ignorance d'un fait, lorsqu'un accusé croit à tort à l'existence de certains faits alors qu'ils n'existent pas, ou que certains faits n'existent pas alors qu'ils existent. Constitue l'ignorance d'un fait, le fait pour un accusé de ne rien savoir relativement à une question et de ne réellement pas connaître ou se douter du véritable état des choses. Au contraire, il y a erreur de droit lorsque l'erreur ne porte pas sur les faits mêmes mais plutôt sur leur conséquence juridique : voir *R. c. Jones*, [1991] 3 R.C.S. 110. Constitue également une erreur de droit l'ignorance de la loi, lorsqu'un accusé ignore l'existence, la signification, la portée ou de l'interprétation d'une loi : *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356. [...]

[38] Dans ses motifs, le juge militaire a cité ce passage et a examiné l'ensemble de la preuve pour décider si le moyen de défense invoqué par l'appelant était vraisemblable. Il a également appliqué l'arrêt *Osolin*, précité, aux pages 686 et 687, dans lequel la Cour suprême explique la charge de la preuve dont il faut s'acquitter pour établir la vraisemblance d'un moyen de défense fondé sur l'erreur de fait :

Il s'agit maintenant de savoir si cela signifie que, pour que le moyen de défense soit présenté au jury, il doit y avoir une preuve de la croyance erronée au consentement qui provienne d'une autre source que de l'accusé. À mon avis, cette proposition n'est pas correcte. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé pour que ce moyen de défense soit soumis au jury. Toutefois, il ne suffit pas que l'accusé affirme simplement « je croyais qu'elle consentait ». Il faut que la défense de la croyance erronée soit étayée par une preuve qui va plus loin que la seule affirmation en ce sens. Dans les mots de lord Morris of Borth-y-Gest, il doit y avoir plus que [TRADUCTION] « l'expression creuse d'une formule d'excuse facile » (*Bratty*, précité, à la p. 417).

Pour que le moyen de défense soit soumis au jury, il faut satisfaire au même critère que celui qui s'applique à tous les autres moyens de défense. Tout comme une défense de provocation ne sera pas présentée au jury uniquement parce que l'accusé a prononcé les mots « j'ai été provoqué » (voir l'arrêt *Faid*, précité, à la p. 278), le seul fait que l'accusé affirme « je pensais qu'elle consentait » ne justifiera pas de soumettre au jury la défense de la

of the accused alone, on this issue or from the testimony of the accused coupled with evidence from other sources. For example, the complainant's testimony may supply the requisite evidence.

[39] Having properly instructed himself on the concept of mistake of fact and on the requirement that a defence has an air of reality, the Military Judge found that the defence put forward by the Appellant had no foundation. In reaching that decision, the Military Judge was correct in law and his findings of fact were supported by the evidence.

[40] The Appellant's argument is that he honestly but mistakenly believed that the task was unsafe, and that he refused to obey the order because he had legitimate concerns about the safety of the procedure. For a reasonably held mistake of fact to provide a complete defence, however, it must be based on the Appellant's reasonable perception of the facts. Here, the Appellant's perception of the facts that the orders were manifestly unlawful—as defined in *Finta*—was not reasonable, as already demonstrated. The Appellant's view on the safety of the air pressure method was based exclusively on his own perception and on a conversation with an unnamed person of whose credentials we know nothing.

[41] Even if the facts which the accused believed were true, they would not vitiate his criminal responsibility. In other words, even if using air pressure would be an unsafe method to adjust the brake, it would not mean that the order to perform the brake adjustment with that method would be manifestly unlawful. Otherwise, it would amount to saying that “unsafe” equates “manifestly unlawful”. This cannot be.

[42] It must be remembered that the lawfulness of a command is defined by an objective standard: orders must be obeyed unless they are manifestly unlawful in the eyes of a reasonable person put in the same circumstances. An honest belief that an order is manifestly unlawful will therefore amount to a mistake of law, and

croissance erronée au consentement. La preuve nécessaire peut provenir du seul témoignage détaillé de l'accusé sur cette question ou de son témoignage corroboré par celui d'autres sources. Par exemple, le témoignage du plaignant peut fournir les éléments de preuve nécessaires.

[39] Après s'être donné des directives convenables sur l'erreur de fait et l'exigence de la vraisemblance du moyen de défense, le juge militaire a conclu que le moyen de défense avancé par l'appelant n'était pas fondé. La décision du juge militaire à cet égard était fondée en droit et ses conclusions de fait reposaient sur la preuve.

[40] L'argument de l'appelant est qu'il a cru de bonne foi, mais par erreur, que la tâche comportait des dangers et qu'il a refusé d'obéir à l'ordre parce qu'il avait des préoccupations légitimes au sujet de la sécurité de la méthode. Pour pouvoir ouvrir droit à un moyen de défense complet, une erreur de fait raisonnable doit toutefois être fondée sur la perception raisonnable des faits qu'a l'appelant. En l'espèce, il a déjà été démontré que la perception factuelle de l'appelant suivant laquelle les ordres étaient manifestement illégaux — au sens de l'arrêt *Finta* — n'était pas raisonnable. L'opinion de l'appelant au sujet de la sécurité de la méthode de la pression d'air reposait exclusivement sur sa propre perception et sur une conversation qu'il avait eue avec une personne dont l'identité n'a pas été précisée et dont on ignore totalement les titres de compétence.

[41] Même si les faits auxquels l'accusé croyait étaient vrais, ils ne changeraient rien à sa responsabilité pénale. En d'autres termes, même si la méthode de la pression d'air pour régler les freins était une méthode dangereuse, il ne s'ensuivrait pas pour autant que l'ordre d'effectuer le réglage des freins avec cette méthode serait manifestement illégitime. Conclure autrement reviendrait à assimiler « dangereux » à « manifestement illégitime », ce qu'on ne saurait accepter.

[42] Il faut se rappeler que la légitimité d'un ordre se définit en fonction d'une norme objective : il faut obéir aux ordres, sauf s'ils sont manifestement illégitimes aux yeux de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation. La conviction sincère qu'un ordre est manifestement illégitime équivaut donc à une erreur de

not of fact, when it is found that a reasonable person would come to the opposite conclusion. Indeed, accepting the Appellant's submission would be tantamount to substituting one's own interpretation of the manifestly unlawful threshold for the objective standard that has so far been developed in applying section 83 of the Act.

[43] This is to be distinguished from a real mistake pertaining to an underlying fact. This would be the case, for example, where the accused was mistaken as to the actual content of the order or as to the identity of the person giving the order. Such a mistake is much different from a mistake as to the lawfulness of the order, because such an element constitutes a legal interpretation of the facts as opposed to a fact as such. This latter kind of mistake cannot negate the *mens rea* of the Appellant.

D. Sentencing

[44] Paragraph 230(a) of the Act provides that a sentence can only be appealed with leave. Accordingly, this Court grants Corporal Liwyj leave to appeal his sentence.

[45] Section 240.1 of the Act establishes that the Court Martial Appeal Court shall consider the fitness of a sentence on the hearing of an appeal respecting the severity of such sentence. In *R. v. Dixon*, above, Mr. Justice Létourneau offered some guidance as to the powers of this Court to vary a sentence:

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

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

[46] Additional guidance with respect to what is meant by an "error in principle" can be derived from the Ontario

droit, et non à une erreur de fait, lorsqu'on constate que la personne raisonnable serait arrivée à la conclusion opposée. De fait, accepter l'argument de l'appelant équivaudrait à remplacer la norme objective qu'on a jusqu'ici utilisée pour appliquer l'article 83 de la Loi par sa propre interprétation de ce qui est manifestement illégitime.

[43] Il convient ici d'établir une distinction avec l'erreur véritable portant sur un fait sous-jacent. Il en serait ainsi, par exemple, si l'accusé se méprenait sur la teneur réelle de l'ordre ou sur l'identité de la personne qui a donné l'ordre. Une telle erreur est fort différente de l'erreur portant sur la légitimité de l'ordre, parce qu'un tel élément constitue une interprétation juridique des faits par opposition aux faits eux-mêmes. Ce dernier type d'erreur ne peut faire disparaître la *mens rea* de l'appelant.

D. La détermination de la peine

[44] L'alinéa 230(a) de la Loi dispose qu'il ne peut être interjeté appel de la sentence qu'avec l'autorisation de notre Cour. La Cour accorde donc au caporal Liwyj l'autorisation d'interjeter appel de la sentence.

[45] L'article 240.1 de la Loi dispose que, saisie d'un appel concertant la sévérité de la sentence, la Cour d'appel de la cour martiale considère la justesse de la sentence. Dans la décision *R. c. Dixon*, précitée, le juge Létourneau propose quelques balises en ce qui concerne le pouvoir de notre Cour de modifier la peine :

[18] 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, la Cour a réaffirmé le principe énoncé par le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500 selon lequel un tribunal d'appel ne doit intervenir que si la peine est illégale ou si elle n'est manifestement pas indiquée. À la page 565, le juge en chef a dit :

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 ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée.

[46] On trouve d'autres balises sur ce qu'il faut entendre par « erreur de principe » dans l'arrêt *R. c. Rezaie*

Court of Appeal. In *R. v. Rezaie* (1996), 96 O.A.C. 268, 112 C.C.C. (3d) 97, at paragraph 20, the Court stated:

These two decisions [*R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227 and *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500] demonstrate that an appellate court may interfere with a trial judge's sentencing discretion in only two kinds of cases. First, an appellate court may interfere if the sentencing judge commits an "error in principle". Error in principle is a familiar basis for reviewing the exercise of judicial discretion. It connotes, at least, failing to take into account a relevant factor, taking into account an irrelevant factor, failing to give sufficient weight to relevant factors, overemphasizing relevant factors and, more generally, it includes an error of law [case citations deleted]. If the sentencing judge commits an error in principle, the sentence imposed is no longer entitled to deference and an appellate court may impose the sentence it thinks fit.

[47] To gauge the fitness of a sentence, guidance can be found in sections 718.1 and 718.2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which respectively provides that the "sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender" and that it "should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender".

[48] In the case at bar, the Military Judge correctly identified the sentencing principles and objectives that must be followed by a trial court:

Firstly, the protection of the public, and this, of course, includes the Canadian Forces;

Secondly, the punishment and the denunciation of the unlawful conduct;

Thirdly, the deterrence of the offender and any other persons from committing similar offences;

Fourthly, the rehabilitation of offenders;

Fifthly, the proportionality to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender;

(1996), 96 O.A.C. 268, 112 C.C.C. (3d) 97, au paragraphe 20 :

[TRADUCTION] Il ressort de ces deux arrêts [*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, et *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500] qu'une cour d'appel ne peut intervenir dans l'exercice que le juge de première instance a fait de son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine que dans deux cas. Premièrement, la cour d'appel peut intervenir si le juge qui a prononcé la peine a commis une « erreur de principe ». L'erreur de principe est un motif bien connu lors du contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire. Elle comprend, à tout le moins, une omission de tenir compte d'un facteur pertinent, le fait de tenir compte d'un facteur non pertinent, le fait de ne pas accorder suffisamment de poids à des facteurs pertinents, le fait de leur accorder trop de poids et, de façon plus générale, elle comprend les erreurs de droit [...]. Si le juge qui a prononcé la peine commet une erreur de principe, il n'y a plus lieu de faire preuve de retenue envers la peine infligée et la cour d'appel peut infliger la peine qu'elle juge appropriée.

[47] Pour évaluer la justesse de la peine, on peut s'inspirer des articles 718.1 et 718.2 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui disposent respectivement que la « peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » et que « la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ».

[48] En l'espèce, le juge militaire a correctement identifié les principes et les objectifs que le tribunal de première instance devait appliquer pour déterminer la peine :

premièrement, protéger le public, y compris les Forces canadiennes;

deuxièmement, punir et dénoncer le comportement illégal;

troisièmement, dissuader le délinquant, et quiconque, de commettre des infractions semblables;

quatrièmement, favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

cinquièmement, la sentence doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant;

Sixthly, the sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances; and

Finally, the court shall consider any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender.

[49] Counsel for the Appellant drew the Court's attention to two mitigating factors that he believes were not taken into account by the Military Judge. First, he submitted that the delay to bring this matter to trial was very significant, as it took close to three years for this matter to come to trial. The trial judge agreed that it was a mitigating factor, but counsel argued that he clearly diminished the importance of that factor by stating that the delay had little impact as this case was brought "in the turmoil of some important legal debate about the military justice system because of different and inherent circumstances". Second, counsel submitted that the sentencing judge should have considered the fact that the Appellant honestly believed that the safety policy emanating from the Commanding Officer was to take precedence over his superior's command.

[50] In general, unreasonable delay is addressed through a Charter application alleging a breach of paragraph 11(b) and/or s. 7, and seeking a remedy under subsection 24(1): see, for example, *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199 and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771 (*Morin*). In both of these cases, the Supreme Court came to the conclusion that excessive delay may justify a stay of proceedings, and that administrative and institutional delays are to be attributed to the Crown.

[51] In the present case, the Appellant did not plead the Charter. He simply submitted that the delay, although listed by the Military Judge as a mitigating factor, was not actually truly taken into account in assessing the sentence. The Supreme Court has recently held, in *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206 (*Nasogaluak*), that state conduct not rising

sixièmement, la sentence prononcée doit être semblable à celles infligées pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

enfin, le tribunal doit prendre en considération, le cas échéant, les circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant.

[49] L'avocat de l'appelant a attiré l'attention de la Cour sur deux circonstances atténuantes dont le juge militaire n'aurait pas tenu compte, à son avis. Il affirme en premier lieu que le retard à juger l'affaire était très important, étant donné qu'il avait fallu près de trois ans avant la tenue du procès. Le juge de première instance a convenu qu'il s'agissait là d'une circonstance atténuante, mais l'avocat a fait valoir que le juge avait de toute évidence minimisé l'importance de ce facteur en déclarant que le retard en question avait eu peu d'incidence, étant donné que la « présente affaire a été introduite dans le tumulte d'un important débat juridique au sujet du système judiciaire militaire en raison de circonstances différentes et inhérentes ». En second lieu, l'avocat de l'appelant soutient que le juge qui a prononcé la peine aurait dû tenir compte du fait que l'appelant croyait honnêtement que la politique en matière de sécurité du commandant devait avoir préséance sur l'ordre donné par son supérieur.

[50] En règle générale, un retard excessif donne lieu à une demande fondée sur la Charte dans laquelle on affirme qu'il y a eu violation de l'alinéa 11b), de l'article 7 ou des deux et dans laquelle on réclame une réparation en vertu du paragraphe 24(1) : voir, par exemple, les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199 et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771 (*Morin*). Dans ces deux arrêts, la Cour suprême est arrivée à la conclusion qu'un retard excessif pouvait justifier un arrêt des procédures et que les retards administratifs et institutionnels doivent être imputés à la Couronne.

[51] En l'espèce, l'appelant n'a pas invoqué la Charte. Il affirme simplement que, même si le juge militaire l'a retenu au nombre des circonstances atténuantes, il n'avait en fait pas véritablement pris en compte le retard au moment de la détermination de la peine. La Cour suprême a récemment jugé, dans l'arrêt *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206 (*Nasogaluak*), qu'une

to the level of a Charter breach can be properly considered as a mitigating factor in sentencing:

[3] As we shall see, the sentencing regime provides some scope for sentencing judges to consider not only the actions of the offender, but also those of state actors. Where the state misconduct in question relates to the circumstances of the offence or the offender, the sentencing judge may properly take the relevant facts into account in crafting a fit sentence, without having to resort to s. 24(1) of the Charter. Indeed, state misconduct which does not amount to a Charter breach but which impacts the offender may also be a relevant factor in crafting a fit sentence.

[52] As noted in *Nasogaluak*, above, excessive delay has been accepted as a mitigating factor by Canadian courts without the need to prove a Charter breach. In *R. v. Bosley*, 59 O.A.C. 161, 1992 CanLII 2838, the Ontario Court of Appeal stated (at paragraph 43):

Before leaving this issue, I would add that excessive delay which causes prolonged uncertainty for the appellant but does not reach constitutional limits can be taken into consideration as a factor in mitigation of sentence: *R. v. Cooper* (No. 2) (1977), 35 C.C.C. (2d) 35, 4 C.R. (3d) S-10 (Ont. C.A.). The trial judge expressly held that the delay occasioned in this case served as a mitigating factor in his determination of the appropriate sentence. The sentence he imposed reflected that mitigation.

[53] In the present case, the Military Judge erred in two respects. First, he failed to give any consideration to the serious consequences caused by the delay on the Appellant's life, including the breakdown of his marriage. Despite compelling evidence submitted by the Appellant in this respect, the Military Judge failed to address it except by simply stating that facing a court martial had a deterrent effect on the Appellant and on others. In doing so, I believe the Military Judge failed to meaningfully take into consideration the delay and the particular circumstances of the Appellant.

conduite répréhensible des représentants de l'État qui ne viole pas la Charte peut être une circonstance atténuante lors de l'établissement de la peine appropriée :

[3] Comme nous le verrons, ce régime accorde aux juges chargés de prononcer les peines la latitude de considérer non seulement les actes du délinquant, mais également ceux des représentants de l'État. Dans les cas où la conduite répréhensible de ces derniers se rapporte aux circonstances liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant, le juge qui prononce la peine peut tenir compte des faits pertinents lorsqu'il établit une sanction juste, sans devoir invoquer le par. 24(1) de la *Charte*. En effet, une conduite répréhensible des représentants de l'État qui ne viole pas la *Charte*, mais cause néanmoins préjudice au délinquant, peut constituer un facteur pertinent pour l'établissement de la peine appropriée.

[52] Comme on l'a relevé dans l'arrêt *Nasogaluak*, précité, les tribunaux canadiens considèrent que le retard excessif peut constituer une circonstance atténuante sans qu'il soit nécessaire de prouver pour autant qu'il y a eu violation de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Bosley*, 59 O.A.C. 161, 1992 CanLII 2838, la Cour d'appel de l'Ontario a écrit (au paragraphe 43) :

[TRADUCTION] Avant de passer à une autre question, je tiens à ajouter qu'un retard qui, sans être inconstitutionnel, est excessif et maintient l'appelant dans l'incertitude peut être considéré comme une circonstance atténuante aux fins de la détermination de la peine (*R. v. Cooper* (No. 2) (1977), 35 C.C.C. (2d) 35, 4 C.R. (3d) S-10 (C.A. Ont.)). Le juge de première instance a expressément dit que le retard en l'espèce constituait une circonstance atténuante dont il tenait compte lors de la détermination de la peine appropriée. La peine qu'il a infligée tient compte de cette circonstance atténuante.

[53] En l'espèce, le juge militaire a commis deux erreurs. Premièrement, il n'a pas tenu compte des graves conséquences que le retard avait eues sur la vie de l'appelant, y compris l'échec de son mariage. Malgré les éléments de preuve convaincants présentés par l'appelant à cet égard, le juge militaire n'a pas tenu compte de cet aspect, se contentant d'affirmer que le fait d'être traduit devant une cour martiale avait un effet dissuasif sur l'appelant et sur d'autres personnes. J'estime que, ce faisant, le juge militaire n'a pas tenu dûment compte du retard et de la situation particulière de l'appelant.

[54] Second, the Military Judge failed to perform any analysis as to whom the delay should be attributed to. He simply stated that “[t]he court does not want to blame anybody in this case”. This is a fundamental misunderstanding of the purpose of attributing the delay to the accused or to the Crown. It has been expressly stated by the Supreme Court of Canada in *Morin*, above, at paragraphs 44 to 46, that the purpose is not to assign blame, but to determine whether the delay should be taken into consideration to reduce the sentence or not. Yet, the Military Judge simply listed the long delay to bring this matter to trial among the mitigating factors, and cancelled the impact it could have on the sentence by stating that he considered the delay “to be of little impact in these particular circumstances”. While part of the delay was attributable to the fallout of this Court’s decision in *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 7 C.M.A.R. 180 (leave to appeal to SCC refused, Court file number: 32672), other significant periods were completely unexplained and could only be accounted for as a result of a lack of resources and of administrative deficiencies. The Appellant should not have been made to pay for this, and the Military Judge should have factored these unnecessary delays more clearly as part of the mitigating factors, just as it was done in *R. v. McRae*, 2007 CM 4006, 2007 CarswellNat 1526. In that case, Master Corporal McRae was found guilty of the same offence as the Appellant but was sentenced to a \$200 fine essentially as a result of the delay in bringing the charge to trial and its effect on the accused’s personal life.

[55] Finally, I am also of the view that the Military Judge erred in not taking into account the Appellant’s honest belief as one of the mitigating factors. As previously mentioned, the Appellant’s conviction that he was doing the right thing in refusing to adjust the brakes with air pressure was clearly mistaken and amounted to a mistake of law, not to a mistake of fact. Such a kind of mistake, however, has been considered in the past as a mitigating factor in sentencing; the underlying rationale being that an honest belief by an offender that his action or behaviour is not unlawful does not negate his or her criminal responsibility but may certainly lower it. In this regard, the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Everton*, [1980] M.J. No. 83 (QL), 1980 CarswellMan 362 (MB

[54] Deuxièmement, le juge militaire n’a pas analysé à qui le retard devait être imputé, se contentant de déclarer que « [l]a cour ne veut blâmer personne en l’espèce », ce qui trahit une incompréhension fondamentale de la raison pour laquelle on attribue le retard à l’accusé ou à la Couronne. La Cour suprême du Canada a explicitement dit, aux paragraphes 44 à 46 de l’arrêt *Morin*, précité, qu’il ne s’agit pas de trouver quelqu’un à blâmer, mais de décider s’il y a lieu de tenir compte du retard pour réduire ou non la peine. Pourtant, le juge militaire s’est contenté de mentionner le long retard avant le procès parmi les circonstances atténuantes, et a fait abstraction de l’incidence que ce retard pouvait avoir sur la peine en déclarant qu’il considérait que le retard avait « des répercussions minimales en pareilles circonstances ». Il est vrai que le retard était en partie attribuable aux retombées de la décision de notre Cour *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, 7 C.A.C.M. 180 (autorisation de pourvoi à la CSC refusée, dossier de la cour : 32672), mais d’autres retards importants sont restés sans explication et ne peuvent découler que d’un manque de ressources et de lacunes administratives. L’appellant n’aurait pas dû avoir à en payer le prix, et le juge militaire aurait dû tenir compte plus clairement de ces retards inutiles parmi les circonstances atténuantes qu’il a mentionnées, comme c’était le cas dans *R. c. McRae*, 2007 CM 4006, 2007 CarswellNat 1526. Dans cette affaire, le caporal-chef McRae avait été reconnu coupable des mêmes infractions que l’appellant, mais avait été condamné à une amende de 200 \$, essentiellement en raison du retard à faire juger l’affaire et en raison des effets sur la vie personnelle de l’accusé.

[55] Enfin, je suis également d’avis que le juge militaire a commis une erreur en ne tenant pas compte de la conviction honnête de l’appellant parmi les circonstances atténuantes. Comme nous l’avons déjà mentionné, la conviction de l’appellant qu’il agissait bien en refusant de régler les freins avec la pression d’air était manifestement erronée et équivalait à une erreur de droit et non à une erreur de fait. Une telle erreur a toutefois été considérée dans le passé comme une circonstance atténuante lors de la détermination de la peine, le raisonnement sous-jacent étant que la croyance honnête du délinquant que ses actes ou son comportement ne sont pas illicites ne l’exonère pas de toute responsabilité pénale, mais peut contribuer à l’atténuer. À cet égard,

CA), explained that “[w]hile ignorance of the law is not an excuse it may be a mitigating factor in sentencing” (at paragraph 4); see also *R. v. Barrow*, [2001] 54 O.R. (3d) 417 (ON CA) and *R. v. Scheper*, 5 Q.A.C. 270, [1986] Q.J. No. 1806 (QL). A mistake of law should be considered as a mitigating factor, as “[h]onest action is not treated as severely as deliberate disregard of the law”: *R. v. Pearlman*, [2005] R.J.Q. 1465, 2005 CanLII 99 (QC CS). A failure to consider this mitigating factor has resulted in a sentence that was disproportionate to “the degree of responsibility of the offender” and therefore unfit. As such, it was an error in principle that warrants this Court’s intervention and the reduction of the sentence.

[56] Considering the Appellant’s honest mistake of law and the Military Judge’s failure to consider the effect of the delay on the Appellant, the imposition of a reprimand in addition to the fine is unreasonable in the very specific circumstances of this case.

la Cour d’appel du Manitoba explique, dans l’arrêt *R. v. Everton*, [1980] M.J. No. 83 (QL), 1980 CarswellMan 362 (MB CA) : [TRADUCTION] « Certes, nul n’est censé ignorer la loi, mais l’ignorance de la loi peut constituer une circonstance atténuante lors de la détermination de la peine » (au paragraphe 4); voir également les arrêts *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3^d) 417 (ON CA), et *R. c. Scheper*, 5 Q.A.C. 270, [1986] Q.J. No. 1806 (QL). L’erreur de droit devrait être considérée comme une circonstance atténuante, étant donné qu’un [TRADUCTION] « acte commis de bonne foi ne doit pas être jugé aussi sévèrement qu’un mépris délibéré de la loi » : *R. c. Pearlman*, [2005] R.J.Q. 1465, 2005 CanLII 99 (QC CS). Le défaut de tenir compte de cette circonstance atténuante s’est traduit par une peine qui était disproportionnée par rapport au « degré de responsabilité du délinquant » et qui n’était donc pas indiquée. Il s’agit donc d’une erreur de principe qui justifie l’intervention de notre Cour et la réduction de la peine.

[56] Vu l’erreur de droit commise de bonne foi par l’appelant et le défaut du juge militaire de tenir compte des conséquences du retard sur l’appelant, la condamnation à une réprimande en plus d’une amende constitue une peine abusive compte tenu des circonstances particulières de l’affaire.