

Michael David Page

(██████████) Lieutenant-Commander, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

INDEXED AS: R. v. PAGE

File No.: CMAC 385

Heard: Ottawa, Ontario, 5 February, 1996

Judgment: Ottawa, Ontario, 5 February, 1996

Present: Brooke, MacGuigan and Helper JJ.A

On appeal from a conviction and sentence of a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Halifax, Nova Scotia, on 8, 9 and 10 November, 1994

Appellant convicted of sexual assault under section 130 of the National Defence Act — Six-month limitation provision contained in the summary conviction part of the Criminal Code, section 786(1), not available as a defence — Defence of honest but mistaken belief in consent of the complainant not justified — Sentence of dismissal from the Canadian Forces too severe.

The appellant was convicted of sexual assault under section 130 of the *National Defence Act*. The appellant appealed his conviction on the basis that he was entitled to rely on the six-month limitation provision contained in the summary conviction part of the *Criminal Code*, section 786(1), as a defence. The appellant argued that under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, he was entitled to the same benefit of the law (i.e. the defence provided by section 786(1) of the *Criminal Code*) as a person facing a charge of sexual assault in a civilian court when the Crown proceeds summarily. The appellant further argued that the Court Martial had failed to consider all of the evidence in rejecting the appellant's defence of honest but mistaken belief in the complainant's consent. Finally, the appellant appealed from the sentence that he be demoted from lieutenant-commander to lieutenant and that he be dismissed from the Canadian Forces.

Michael Donald Page

(██████████) Lieutenant-commander, Forces canadiennes) *Appelant*,

a

c.

Sa Majesté la Reine

b *Intimée*.

RÉPERTORIÉ : R. c. PAGE

N° du greffe : CACM 385

c

Audience : Ottawa (Ontario), le 5 février 1996

Jugement : Ottawa (Ontario), le 5 février 1996

d

Devant : les juges Brooke, MacGuigan et Helper, J.C.A.

En appel d'une déclaration de culpabilité et d'une sentence prononcée par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes d'Halifax (Nouvelle-Écosse), les 8, 9 et 10 novembre 1994.

Appelant déclaré coupable d'agression sexuelle en vertu de l'article 130 de la Loi sur la défense nationale — La disposition du paragraphe 786(1) fixant à six mois la prescription des procédures prévues par la partie du Code criminel sur les déclarations de culpabilité par procédure sommaire ne peut être invoquée comme moyen de défense — Le moyen de défense alléguant la croyance sincère mais erronée au consentement n'est pas fondé — La sentence de destitution des Forces canadiennes est trop sévère.

L'appelant a été déclaré coupable d'agression sexuelle en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*. Il a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité au motif qu'il peut invoquer comme moyen de défense la disposition du paragraphe 786(1) fixant à six mois la prescription des procédures prévues par la partie du *Code criminel* sur les déclarations de culpabilité par procédure sommaire. Il allègue que, en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a droit au même bénéfice de la loi (c.-à-d. le moyen de défense du paragraphe 786(1) du *Code criminel*) qu'une personne qui, devant un tribunal civil, serait accusée d'agression sexuelle, dans le cas où le ministère public aurait choisi de porter l'accusation en vertu de la procédure sommaire. Il allègue aussi que la cour martiale a omis de prendre en considération l'ensemble de la preuve en concluant qu'il n'y avait pas de vraisemblance au moyen de défense qu'il a invoqué de croyance sincère mais erronée au consentement de la plaignante. Finalement, il a aussi interjeté appel contre la sentence

Held: Appeal from conviction dismissed; appeal against sentence allowed.

Section 129 of the *National Defence Act* provides that all rules and principles from time to time followed in the civil courts that would render any circumstances a justification or excuse for any act or omission or a defence to any charge are applicable in any proceedings under the Code of Service Discipline.

In this case, the appellant was charged with a breach of the Code of Service Discipline, and not with a breach of the *Criminal Code*. While the *National Defence Act* incorporates the elements of conduct which are proscribed by the *Criminal Code*, it does not incorporate those parts of the *Code* which distinguish between indictable offences and offences punishable on summary conviction. A military tribunal is not a summary conviction court as defined by section 785 of the *Code*.

The appellant's submission under section 15 of the *Charter* could not succeed since the different treatment accorded the appellant under section 130 of the *National Defence Act* did not constitute discrimination in accordance with the test set out by the Supreme Court of Canada in the *Andrews and Egan* cases.

With respect to the defence of honest but mistaken belief in the consent of the complainant, there was no evidence to justify this defence.

As to the appeal from severity of sentence, the sentence of dismissal from the Canadian Forces was unduly harsh. A sentence reducing the appellant in rank from lieutenant-commander to lieutenant was appropriate.

COUNSEL:

David J. Bright, for the appellant
Major J.W. Smithers and *Lieutenant-Commander A.V. Wirth*, for the respondent

STATUTES CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c. 11, s. 15
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 271(1) (b) (as am. R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 10; S.C. 1994, c. 44, s. 19), 785 (as am. R.S.C. 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 170; S.C. 1992, c. 1, s. 58(1) (Sch. I, item 16)), 786
National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 129

infligée, soit sa rétrogradation de lieutenant-commander à lieutenant et sa destitution des Forces canadiennes.

Arrêt : L'appel contre la déclaration de culpabilité est rejeté; l'appel contre la sentence est accueilli.

^a L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit que les règles et principes applicables dans des procès tenus devant des tribunaux civils selon lesquels des circonstances données pourraient justifier ou excuser un acte ou omission ou offrir un moyen de défense sont également opérants dans le cas de toute accusation fondée sur le Code de discipline militaire.

^b En l'espèce, l'appellant a été accusé d'un manquement au Code de discipline militaire et non d'une infraction prévue au *Code criminel*. La *Loi sur la défense nationale* incorpore les actes pros crits par le *Code criminel*, mais elle n'incorpore pas, cependant, les parties du *Code* qui distinguent entre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Un tribunal militaire n'est pas une cour des poursuites sommaires telle que l'entend l'article 785 du *Code*.

^c L'argument de l'appellant relatif à l'article 15 de la *Charte* ne pouvait pas être retenu, étant donné que le traitement différent qui lui a été accordé en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* ne constitue pas de la discrimination selon le critère établi par les arrêts de la Cour suprême du Canada *Andrews et Egan*.

^e En ce qui a trait à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement de la plaignante, aucun élément de preuve ne la justifiait.

^f Eu égard à l'appel relatif à la sévérité de la sentence, la sentence de destitution était indûment sévère. La sentence de rétrogradation de lieutenant-commander à lieutenant est appropriée.

AVOCATS :

^g *David J. Bright*, pour l'appellant
Major J.W. Smithers et *Lieutenant-commander A.V. Wirth*, pour l'intimée.

^h LOIS CITÉES :

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, chap.11, art. 15
Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 271(1)b) (mod. par L.R.C. 1985, chap. 19 (3^e suppl.), art. 10; L.C. 1994, chap. 44, art. 19), 785 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 27 (1^{er} suppl.) art. 170; L.C. 1992, chap.1, art. 58(1) (ann. I, art. 16)), 786

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 2, 130, 151 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 47)

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 129

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 2, 130, 151 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 47)

a

CASES CITED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143

Egan v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513

R. v. Généreux (1992), 70 C.C.C. (3d) 1; [1992] 1 S.C.R. 259

b

JURISPRUDENCE CITÉE :

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259; 70 C.C.C. (3D) 1

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

Ce qui suit est la version française des motifs de jugement prononcés à l'audience par

THE COURT: The appellant appeals from his conviction following a Standing Court Martial on a charge under section 130 of the *National Defence Act*. The charge read that the appellant had committed:

d

LA COUR : L'appelant en appelle de sa déclaration de culpabilité prononcée par la cour martiale permanente relativement à l'accusation d'avoir contrevenu à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*. Le chef d'accusation indiquait que l'appelant avait commis une:

AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 130 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT, THAT IS TO SAY, SEXUAL ASSAULT, CONTRARY TO SECTION 271(1)(b)[sic] OF THE CRIMINAL CODE OF CANADA

e

[TRADUCTION] INFRACTION PUNISSABLE SELON L'ARTICLE 130 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE, SOIT UNE AGRESSION SEXUELLE, CONTRAIREMENT À L'ALINÉA 271(1) B) [sic] DU CODE CRIMINEL DU CANADA

In that he, on or about 29 January 1994 on board HMCS ANTICOSTI, while in port in Norfolk, Virginia, United States of America, did commit a sexual assault upon [REDACTED] Petty Officer 2nd Class Dunphy, Karen.

f

En ce que, le ou vers le 29 janvier 1994, à bord du NCSM ANTICOSTI, qui mouillait dans le port de Norfolk, en Virginie, aux États-Unis, a commis une agression sexuelle sur le maître de 2^e classe, [REDACTED] Dunphy, Karen.

He also appeals from the sentence meted out that he be demoted from lieutenant-commander to lieutenant and that he be dismissed from the Canadian Forces.

g

Il en appel aussi de la sentence infligée, soit de sa rétrogradation de lieutenant-commander à lieutenant et de sa destitution des Forces canadiennes.

In this Court the appellant raised three grounds of appeal from conviction:

h

Devant la Cour, l'appelant a invoqué trois moyens d'appel contre sa déclaration de culpabilité :

1) That having regard to the charge, the appellant could rely on the six-month limitation provision in the summary conviction part of the *Criminal Code*, subsection 786(1) as a defence.

i

1) Qu'en ce qui a trait à l'accusation, l'appelant peut invoquer comme moyen de défense la disposition du paragraphe 786(1) fixant à six mois la prescription des procédures prévues par la partie du *Code criminel* sur les déclarations de culpabilité par procédure sommaire.

2) That according to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the appellant is entitled to the same benefit of the law [subsection

j

2) Qu'en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'appelant a droit au même bénéfice de la loi (le paragraphe 786(1) du

786(1) of the *Criminal Code*] as a person facing a charge of sexual assault in the civilian court when the Crown proceeds summarily under paragraph 271(1)(b).

3) That the court martial tribunal erred in finding there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent.

At the conclusion of the appellant's presentation, we called upon the respondent with respect to the first two grounds of appeal from conviction.

1) The Limitation Period

The former section 129 of the *National Defence Act* was:

All rules and principles from time to time followed in the civil courts in proceedings under the *Criminal Code* that would render any circumstances a justification or excuse for any act or omission or a defence to any charge, are applicable to any defence to a charge under the Code of Service Discipline, except in so far as such rules and principles are altered by or are inconsistent with this Act.

Section 129 was amended by S.C., 1985, c. 26, s. 52, and renumbered as section 151. It reads:

All rules and principles from time to time followed in the civil courts that would render any circumstance a justification or excuse for any act or omission or a defence to any charge are applicable in any proceedings under the Code of Service Discipline.

The focus of the appellant's submission on this ground is that the amendment removed an exception provision. Previous jurisprudence relied upon this exception to reject a defence that the six-month limitation provision of subsection 786(1) of the *Criminal Code* was applicable to proceedings under the *National Defence Act*. That jurisprudence is no longer persuasive. The limitation defence must be considered anew based upon the wording of the charge. Subsection 786(1) provides him with a complete defence to the charge because the offence

Code criminel) qu'une personne qui, devant un tribunal civil, serait accusée d'agression sexuelle, dans le cas où le ministère public aurait choisi de porter l'accusation en vertu de la procédure sommaire prévue par l'alinéa 271(1)b).

3) Que le tribunal de la cour martiale a commis une erreur en concluant qu'il n'y avait pas de vraisemblance au moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

À la conclusion de l'exposé de l'appelant, nous avons invité l'intimée à s'exprimer sur les deux premiers moyens de défense invoqués contre la déclaration de culpabilité.

1) La prescription

L'ancien article 129 de la *Loi sur la défense nationale* était rédigé comme suit :

Les règles et principes suivis à l'occasion devant les tribunaux civils dans les procédures prévues par le *Code criminel*, qui feraient d'une circonstance quelconque une justification ou une excuse d'un acte ou d'une omission, ou un moyen de défense contre une accusation, s'appliquent à toute défense contre une accusation visée par le Code de discipline militaire, sauf dans la mesure où ces règles et principes sont modifiés par la présente loi ou incompatibles avec elle.

L'article 129 a été modifié (S.C. 1985, chap. 26, art. 52) et est maintenant l'article 151. Il est rédigé comme suit :

Les règles et principes applicables dans des procès tenus devant des tribunaux civils selon lesquels des circonstances données pourraient justifier ou excuser un acte ou omission ou offrir un moyen de défense sont également opérants dans le cas de toute accusation fondée sur le code de discipline militaire.

Quant à ce moyen, l'appelant fait particulièrement observer que la modification a supprimé une disposition d'exception. L'ancienne jurisprudence s'appuyait sur cette disposition pour rejeter tout moyen de défense qui alléguait que la prescription de six mois édictée par le paragraphe 786(1) du *Code criminel* était applicable aux procédures intentées en vertu de la *Loi sur la défense nationale*. Cette jurisprudence ne fait plus autorité. Il faut réexaminer la défense de prescription sur la base du libellé de l'accusation. Le paragraphe 786(1) accorde à l'accusé un

occurred in January, 1994, and he was not charged until August, 1994, seven months later.

This same submission was rejected at trial. We are not persuaded that the tribunal erred.

Subsection 130(1) of the *National Defence Act* states:

(1) An act or omission

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

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

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

The offence with which the appellant was charged was a breach of the military's Code of Service Discipline; an offence punishable under paragraph 130(1)(b) of the *National Defence Act*. He was not charged with a breach of the *Criminal Code*. See *R. v. Généreux* (1992), 70 C.C.C. (3d) 1 at pages 7 and 16; also see section 2 of the *National Defence Act* which defines a "service offence."

The *National Defence Act* incorporates the elements of conduct which is proscribed by the *Criminal Code*. It does not, however, incorporate those parts of the *Code* which distinguish between indictable offences and offences punishable on summary conviction. In any event, these proceedings cannot be characterized as summary conviction proceedings under section 786 of the *Code* and the military tribunal is not a summary conviction court as defined by section 785 of the *Code*.

The legislative amendment to the *National Defence Act* does not support the appellant's argument.

2) *The Charter*

The appellant's submission under section 15 of the *Charter* cannot succeed. There is no evidentiary base

moyen de défense adéquat face à l'accusation, parce que l'infraction a eu lieu en janvier 1994, et que l'accusation n'a pas été portée avant août 1994, soit sept mois plus tard.

Cette argumentation a été rejetée lors du procès. Nous ne sommes pas convaincus que le tribunal ait commis une erreur.

Le paragraphe 130(1) de la *Loi sur la défense nationale* édicte que :

(1) Constitue une infraction à la présente partie tout acte ou omission :

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

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

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

L'infraction qui est imputée à l'appelant est une violation du code de discipline militaire, soit une infraction punissable en vertu de l'alinéa 130(1)b) de la *Loi sur la défense nationale*. Il ne s'agit pas d'une accusation d'infraction au *Code criminel*. Voir *R. v. Généreux* (1992), 70 C.C.C. (3d) 1, aux pages 7 et 16; voir aussi la définition de «infraction d'ordre militaire» à l'article 2 de la *Loi sur la défense nationale*.

La *Loi sur la défense nationale* incorpore les actes pros crits par le *Code criminel*. Elle n'incorpore pas cependant les parties du *Code* qui distinguent entre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. De toute façon, ces procédures ne peuvent pas être qualifiées de procédures sommaires de déclaration de culpabilité aux termes de l'article 786 du *Code* et le tribunal militaire n'est pas une cour des poursuites sommaires telle que l'entend l'article 785 du *Code*.

La modification apportée à la *Loi sur la défense nationale* n'était pas l'argument de l'appelant.

2) *La Charte*

L'argument de l'appelant relatif à l'article 15 de la *Charte* ne peut pas être retenu. Aucun élément de

to support the argument that the different treatment accorded the appellant under section 130 of the *National Defence Act* constitutes discrimination in accordance with the test set out in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, confirmed in *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513. Also see *Généreux*, *supra*, at page 38.

3) Honest But Mistaken Belief

The appellant's argument relating to this ground of appeal is that the President of the tribunal considered only the evidence of the complainant and the appellant in making his determination that there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent. He should have reviewed all of the evidence before reaching a decision on this issue.

Assuming without deciding that this was so, we are of the view that there was no evidence to justify this defence.

The appeal against conviction is accordingly dismissed.

Sentence Appeal

We are of the view that leave to appeal sentence should be granted and that the sentence appeal should succeed.

A sentence reducing the appellant from lieutenant-commander to lieutenant is a fit one in the circumstances of this case.

The Crown conceded in its opening submission to the tribunal that the reference to a summary conviction offence in the charge was indicative of the seriousness of the appellant's conduct in terms of punishment. The President of the tribunal adopted that submission. He was correct in so doing, based upon the evidence.

The President then went on, however, to impose one of the harshest penalties that was available to him — dismissal from the Canadian Forces. Having

preuve n'appuie son allégation selon laquelle le traitement différent qui lui est accordé en vertu de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* constitue de la discrimination selon le critère établi par l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, confirmé dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Voir aussi l'arrêt *Généreux*, précité, à la page 38.

^b 3) La croyance sincère mais erronée au consentement

^c Relativement à ce moyen d'appel, l'appellant fait valoir que le président du tribunal a considéré seulement les témoignages de la plaignante et de l'appellant avant de tirer sa conclusion qu'il n'y avait pas de vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Il aurait dû examiner toute la preuve avant de tirer une conclusion sur cette question.

^e En supposant, mais sans l'affirmer, qu'il en ait été ainsi, nous sommes d'avis qu'aucun élément de preuve ne justifiait cette défense.

L'appel contre la déclaration de culpabilité est par conséquent rejeté.

^f L'appel de la sentence

Nous sommes d'avis d'autoriser l'appel de la sentence et d'accueillir l'appel de la sentence.

^g La sentence rétrogradant l'appellant de lieutenant-commander à lieutenant est celle qui convient en l'espèce.

^h Le ministère public a admis, dans les observations préliminaires qu'il a présentées au tribunal, que la référence faite dans l'acte d'accusation à une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire était une indication de la gravité de la conduite de l'appellant eu égard à la sentence. Le président du tribunal a accepté cette observation, et il a eu raison de le faire, compte tenu de la preuve.

^j Cependant, le président a ensuite imposé l'une des peines les plus sévères qu'il était en son pouvoir d'infliger, soit la destitution des Forces canadiennes.

regard to all of the evidence, including the complainant's apparent appreciation of the appellant's conduct, the total lack of physical violence, the circumstances and seriousness of the assault, and the appellant's antecedents, we are of the view that the sentence was unduly harsh.

Accordingly, the sentence appeal is allowed. That part of the sentence which dismissed the appellant from the Canadian Forces is set aside. The appellant's rank is reduced from lieutenant-commander to lieutenant.

The appellant will have his costs.

Compte tenu de l'ensemble de la preuve, y compris la compréhension apparente par la plaignante de la conduite de l'appelant, l'absence totale de violence physique, les circonstances et la gravité de l'agression et les antécédents de l'appelant, nous sommes d'avis que la sentence était indûment sévère.

Par conséquent, l'appel contre la sentence est accueilli. La partie de la sentence qui ordonne la destitution de l'appelant des Forces canadiennes est annulée. L'appelant est rétrogradé du grade de lieutenant-commander à celui de lieutenant.

Le Cour accorde à l'appelant ses dépens.