

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

Michael Sox

(██████████ Lieutenant, Canadian Forces) *b*
Respondent.

INDEXED AS: R. v. SOX

File No.: CMAC 390

Heard: Ottawa, Ontario, 29 April, 1996

Judgment: Ottawa, Ontario, 4 July, 1996

Present: Strayer C.J., Desjardins and Lysyk, J.J.A.

On appeal, cross-appeal and severity of sentence appeal from a decision of a General Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 9, 10, 11, 16 January, 21, 22, 23, 27, 28 February, 2, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 17 and 20 March, 1995.

National Defence Act, subsection 239(1) — No jurisdiction conferred on Court Martial Appeal Court to substitute a conviction on a charge where the court martial has entered a stay of proceedings — National Defence Act, section 124 — Negligent performance of a military duty — Military duty arises from tasking given by superior officer — Duty to exercise command over subordinates includes duty to safeguard prisoners from physical abuse — Evidence — Evidence which related to Charge 1 and was irrelevant to Charge 2 should not have been considered in relation to Charge 2 — No substantial miscarriage of justice resulted — Appeal from sentence by Crown — Crown seeking more severe sentence — Court must show restraint — Sentence not clearly unreasonable.

On March 16, 1993 Sox was serving with the Canadian Airborne Regiment on a peacekeeping or peacemaking mission in Somalia. At the time, he was commander of 4 Platoon in 2 Commando. Shortly before 9 p.m. on that date, a standing patrol captured a Somali youth, Shidane Abukar Arone. Arone

Sa Majesté la Reine

Appelante,

a c.

Michael Sox

(██████████ Lieutenant, Forces canadiennes)
Intimé.

RÉPERTORIÉ : R. c. SOX

c N° du greffe : CACM 390

Audience : Ottawa (Ontario), le 29 avril 1996

d Jugement : Ottawa (Ontario), le 4 juillet 1996

Devant : le juge en chef Strayer et les juges Desjardins et Lysyk, J.C.A.

e Appel, appel incident et appel contre la sentence prononcée par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), les 9, 10, 11, 16 janvier et 21, 22, 23, 27, 28 février et 2, 6, 7, 8, 14, 15, 16, 17 et 20 mars 1995.

f *Loi sur la défense nationale, paragraphe 239(1) — La Cour d'appel de la cour martiale n'a pas compétence pour substituer un verdict de culpabilité relativement à un chef d'accusation pour lequel la cour martiale a ordonné la suspension d'instance — Loi sur la défense nationale, article 124 - Exécution négligente d'une tâche ou mission militaire — L'obligation militaire découlant des tâches assignées par un supérieur — L'obligation d'exercer son commandement vis-à-vis des subordonnés inclut l'obligation de protéger les prisonniers contre les brutalités — Preuve — La preuve se rapportant au premier chef d'accusation et qui n'était pas pertinente relativement au deuxième chef d'accusation n'aurait pas dû être prise en considération relativement au deuxième chef d'accusation — Il n'y a pas eu erreur judiciaire grave — Appel interjeté par le ministère public relativement à la sentence — Le ministère public demande une sentence plus sévère — La Cour doit faire preuve de retenue — La sentence n'est pas manifestement déraisonnable.*

j Le 16 mars 1993, Sox faisait partie du Régiment aéroporté canadien et participait à une mission de maintien ou de rétablissement de la paix en Somalie. À l'époque, il commandait le 4^e peloton au sein du commando n° 2. Le jour en question, peu après 21 heures, une patrouille en attente a capturé un jeune

was taken to a bunker, where he was later tortured and beaten. He died as a result of injuries sustained in the beating.

On the morning of the day in question, Sox had attended an orders group conducted by his immediate superior, Major Seward. The evidence was that at that orders group, Major Seward had issued a tasking to Captain Sox which included the instruction that prisoners could be abused.

Sox then conducted an orders group for the section commanders in his platoon. Sox was alleged to have said something to the effect that it would be appropriate or acceptable to abuse or rough up anyone captured while attempting to penetrate the compound.

Sox was tried at a General Court Martial on three charges. He was found not guilty with respect to the first charge of unlawfully causing bodily harm to Arone.

Sox was convicted on the second Charge, which was an alternate to Charge 1, of failing to properly exercise command over his subordinates. Expert testimony at the trial indicated that a platoon commander in Sox's situation ought to give clear orders to ensure his troops do not abuse a prisoner and ought to exercise such personal supervision as may be required in the circumstances to make sure that those orders are obeyed.

Proceedings in relation to Charge 3, committing an act to the prejudice of good order and discipline by stating that prisoners could be abused, were stayed. The third Charge was also an alternate to Charge 1. Sox was sentenced to a reduction in rank and a severe reprimand.

The Crown appealed the stay of proceedings with respect to Charge 3, and sought the substitution of a conviction. The Crown also appealed the sentence, seeking one of greater severity. Sox cross-appealed his conviction on Charge 2.

Held: The appeals and the cross-appeal were dismissed.

In its appeal from the stay of proceedings with respect to Charge 3, the Crown argued that the Judge Advocate should have left with the panel the option of finding Sox guilty of both Charges 2 and 3, since the latter were alternative to Charge 1 but not to each other.

The Crown relied upon subsection 239(1) of the *National Defence Act* as providing the necessary authority for substituting a conviction for the stay of proceedings entered on Charge 3. However, the Crown's interpretation of subsection 239(1)

Somalien du nom de Shidane Abukar Arone. Celui-ci a été emmené dans un blockhaus, où, par la suite, il a été torturé et battu. Il est mort des suites de ces sévices.

Le matin du jour en question, Sox avait assisté à un groupe d'ordres conduit par son supérieur immédiat, le major Seward. On a versé en preuve que, lors de ce groupe d'ordres, le major Seward avait assigné une tâche au capitaine Sox qui comprenait la permission de brutaliser les prisonniers.

Par la suite, Sox a conduit un groupe d'ordres pour les chefs de section de son peloton. Sox aurait dit qu'il était indiqué ou acceptable de «brutaliser» ou de «rouer de coups» quiconque serait capturé pendant qu'il cherchait à s'infiltrer dans le camp.

Sox a été jugé en cour martiale générale sous trois chefs d'accusation. Il a été déclaré non coupable relativement au premier chef d'accusation, soit d'avoir causé illégalement des lésions corporelles à Arone.

Sox a été déclaré coupable au deuxième chef d'accusation, qui était un chef d'accusation subsidiaire quant au premier chef d'accusation, soit de ne pas avoir convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés. Un témoignage d'expert, lors du procès, a révélé qu'un chef de peloton se trouvant dans la même situation que Sox devrait donner des ordres clairs pour s'assurer que ses hommes ne brutalisent pas les prisonniers et devrait exercer la surveillance personnelle nécessaire selon les circonstances pour s'assurer que ces ordres sont transmis et exécutés comme il convient.

Il y a eu suspension d'instance eu égard au troisième chef d'accusation, soit avoir commis un acte préjudiciable au bon ordre et la discipline en affirmant que les prisonniers pouvaient être brutalisés. Le troisième chef d'accusation était aussi un chef subsidiaire quant au premier chef d'accusation. Sox a été condamné à la rétrogradation et à un blâme.

Le ministère public a interjeté appel de la suspension d'instance concernant le troisième chef d'accusation et a cherché à y faire substituer un verdict de culpabilité. Il a formé également appel à minima contre la sentence. De son côté, Sox a interjeté appel du verdict de culpabilité à l'égard du deuxième chef.

Arrêt: Les appels et l'appel incident sont rejetés.

Dans son appel contre la suspension d'instance ordonnée relativement au troisième chef d'accusation, le ministère public a allégué que le juge-avocat aurait dû donner à la formation l'option de trouver Sox coupable à la fois des chefs d'accusation 2 et 3, étant donné que ceux-ci étaient formulés subsidiairement au premier chef d'accusation, mais non l'un par rapport à l'autre.

Le ministère public a vu le paragraphe 239(1) de la *Loi* comme autorisant à substituer un verdict de culpabilité à la suspension d'instance prononcée à l'égard du troisième chef d'accusation. Cependant, cette interprétation du paragraphe

cannot be reconciled with the terms employed in that provision. Accordingly, the Appeal Court lacks jurisdiction to substitute a finding of guilty on Charge 3 by invoking subsection 239(1).

With respect to Sox's appeal from his conviction under Charge 2, the panel at the General Court Martial was entitled to find on the evidence before it that a military duty was imposed on Sox by the order which took the form of the tasking given to him by Major Seward in the orders group conducted by Major Seward on the date in question. There was evidence upon which the panel could reasonably find that a "military duty" had been imposed on Sox to exercise his command over subordinates so as to safeguard prisoners against abuse.

With respect to the Judge Advocate's instructions to the panel as to the type of negligence in the performance of a military duty which triggers penal consequences, those instructions generally conformed with recent Supreme Court of Canada decisions and were adequate.

The final issue raised by Sox related to certain hearsay evidence admitted on Charge 1. The Judge Advocate instructed the panel that it could consider the evidence before it on Charge 1 in its deliberations on Charge 2. In this case, the hearsay evidence, regardless of whether it met the "reliability" threshold, was not relevant to Charge 2 and should not have been considered. However, no substantial miscarriage of justice resulted.

With respect to the Crown's appeal from sentence, an appellate court must show restraint in considering whether to vary a sentence on the basis of the lack of fitness in the sentence awarded by the Court Martial. In this case, having regard to the dismissal of the Crown's appeal relating to Count 3 and the evidence before the General Court Martial, the sentence appealed from is not clearly unreasonable or inadequate. Accordingly, the Crown's appeal from sentence was dismissed.

COUNSEL:

Lieutenant-Colonel N.A. Peel, Q.C., and Lieutenant-Colonel P.A. Tinsley, for the appellant
Lieutenant-Colonel W.W.A. Riedel and Major J.L. Dunn, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 269 (as am. S.C. 1994, c. 44, s. 18), 269.1 (added R.S.C., c. 10 (3rd Supp.), s. 2)

239(1) par le ministère public ne s'accorde pas avec le sens ordinaire des termes qui y figurent. Par conséquent, la Cour d'appel n'a pas compétence pour substituer un verdict de culpabilité à l'égard du troisième chef d'accusation en se fondant sur le paragraphe 239(1).

En ce qui concerne l'appel de Sox contre sa déclaration de culpabilité relativement au deuxième chef d'accusation, la formation de la cour martiale générale était fondée à conclure des preuves produites que Sox s'était vu confier une tâche ou mission militaire sous la forme de la tâche que lui avait assignée le major Seward lors du groupe d'ordres réuni par celui-ci le jour en question. La formation disposait de preuves à la lumière desquelles elle était raisonnablement fondée à conclure que Sox était tenu à la «tâche ou mission militaire» d'exercer son commandement vis-à-vis de ses subordonnés de façon à protéger les prisonniers contre les brutalités.

En ce qui concerne les directives données par le juge-avocat à la formation sur la question de savoir dans quels cas l'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire entraîne des conséquences pénales, ces directives ont été généralement conformes aux décisions récentes de la Cour suprême du Canada et étaient appropriées.

Le dernier point soulevé par Sox concerne certains témoignages rapportés par ouï-dire et admis en preuve à l'égard du premier chef d'accusation. Le juge-avocat a dit à la formation qu'en se prononçant sur le deuxième chef d'accusation, elle pouvait tenir compte des preuves produites à l'égard du premier chef. En l'espèce, les propos rapportés, qu'ils aient été ou non suffisamment dignes de foi pour être admissibles en preuve, n'avaient aucun rapport avec le deuxième chef d'accusation et n'auraient pas dû être pris en considération. Cependant, il n'y a pas eu erreur judiciaire grave.

En ce qui concerne l'appel interjeté par le ministère public contre la sentence, une cour d'appel doit faire preuve de retenue lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de modifier une sentence d'une cour martiale pour défaut de justesse. En l'espèce, eu égard au rejet de l'appel du ministère public au sujet du troisième chef d'accusation et compte tenu des preuves produites devant la cour martiale générale, la sentence dont était appel n'était pas manifestement déraisonnable ou inadéquate. En conséquence, l'appel a minima du ministère public a été rejeté.

AVOCATS :

Lieutenant-colonel N.A. Peel, c.r., et Lieutenant-colonel P.A. Tinsley, pour l'appelante
Lieutenant-colonel W.W.A. Riedel et Major J.L. Dunn, pour l'intimé

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 269 (mod. par L.C. 1994, chap. 44, art. 18), 269.1 (ajouté, L.R.C., chap. 10 (3^e suppl.), art. 2)

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 124, 129, 130, 230.1(d) (added, S.C. 1991, c. 43, s. 21), 239(1) (as am. S.C. 1991, c. 43, s. 24), 239.2 (added, S.C. 1991, c. 43, s. 25), 241

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, (1994 Revision), art. 4.02, 112.05 (18)(g), 112.80

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 124, 129, 130, 230.1d) (ajouté, L.C. 1991, chap. 43, art. 21), 239(1) (mod. par L.C. 1991, chap. 43, art. 24), 239.2 (ajouté, L.C. 1991, chap. 43, art. 25), 241

Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision 1994), art. 4.02, 112.05 (18)g, 112.80

CASES CITED:

R. v. Boland (1995), 5 C.M.A.R. 316
R. v. Brocklebank (1996), 5 C.M.A.R. 390
R. v. Brown (1995), 5 C.M.A.R. 280
R. v. McIntosh, [1995] 1 S.C.R. 686
R. v. Seward (1996), 5 C.M.A.R. 435
R. v. Shropshire, [1995] 4 S.C.R. 227

The following are the reasons for judgment delivered in English by

LYSYK, J.A.: These proceedings relate to the conviction and sentence of the respondent ("Sox") at a General Court Martial, convened under the provisions of Part VII of the *National Defence Act* ("the Act"). At the time of the events which gave rise to the charges against him, Sox was serving in Somalia with the Canadian Airborne Regiment.

At his court martial, Sox was tried on three charges. The charges and particulars were set out on the charge sheet in the following way:

First Charge **AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 130 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT, THAT IS TO SAY, UNLAWFULLY CAUSING BODILY HARM, CONTRARY TO SECTION 269 OF THE CRIMINAL CODE.**

(Alternate to charges 2 & 3) **Particulars:** In that he, on or about 16 March 1993, at the 2 Commando compound at or near the city of Belet Huen, Somalia, did unlawfully cause bodily harm to Shidane Abukar Arone.

Second Charge **NEGLIGENTLY PERFORMED A MILITARY DUTY IMPOSED ON HIM.**

JURISPRUDENCE CITÉE

R. c. Boland (1995), 5 C.A.C.M. 316
R. c. Brocklebank (1996), 5 C.A.C.M. 390
R. c. Brown (1995), 5 C.A.C.M. 280
R. c. McIntosh, [1995] 1 R.C.S. 686
R. c. Seward (1996), 5 C.A.C.M. 435
R. c. Shropshire, [1995] 4 R.C.S. 227

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

LE JUGE LYSYK, J.C.A. : Ces appels portent sur le verdict de culpabilité et la sentence prononcés contre l'intimé («Sox») par une cour martiale générale réunie en application des dispositions de la partie VII de la *Loi sur la défense nationale* («la Loi»). À l'époque des incidents à l'origine des chefs d'accusation relevés contre lui, Sox se trouvait en service en Somalie avec le Régiment aéroporté canadien.

Il était jugé en cour martiale sous trois chefs d'accusation, dont les détails figurent sur l'acte d'accusation comme suit :

[TRADUCTION]

Premier chef d'accusation
 Art. 130 L.D.N.

INFRACTION PUNISSABLE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 130 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE NATIONALE : AVOIR CAUSÉ ILLÉGALEMENT DES LÉSIONS CORPORELLES, EN VIOLATION DE L'ARTICLE 269 DU CODE CRIMINEL.

(Subsidiairement aux 2^e et 3^e chefs)

Détails : En ce qu'au camp du commando n° 2 près de la bourgade de Belet Huen (Somalie), vers le 16 mars 1993, il a illégalement causé des lésions corporelles à Shidane Abukar Arone.

Deuxième chef d'accusation
 Art. 124 L.D.N.

EXÉCUTION NÉGLIGENTE D'UNE TÂCHE OU MISSION MILITAIRE.

(Alternate to Charge 1)	Particulars: In that he, on 16 March 1993, at the 2 Commando compound near Belet Huen, failed to properly exercise command over his subordinates, as it was his duty to do, following the capture of a Somali detainee.	(Subsidairement au premier chef)	Détails : En ce qu'au camp du commando n° 2 près de la bourgade de Belet Huen (Somalie), vers le 16 mars 1993, il n'a pas, à la suite de la capture d'un prisonnier somalien, exercé convenablement son commandement vis-à-vis de ses subordonnés ainsi qu'il y était tenu.
Third Charge Section 129 N.D.A.	AN ACT TO THE PREJUDICE OF GOOD ORDER AND DISCIPLINE	Troisième chef d'accusation Art. 129 L.D.N.	ACTE PRÉJUDICIABLE AU BON ORDRE ET À LA DISCIPLINE.
(Alternate to Charge 1)	Particulars: In that he, on 16 March 1993, at the 2 Commando compound near Belet Huen, Somalia, while briefing his section commanders, passed on information that any prisoners captured as a result of a forthcoming patrol could be "abused", or words to that effect.	(Subsidairement au premier chef)	Détails : En ce qu'au camp du commando n° 2 près de la bourgade de Belet Huen (Somalie), vers le 16 mars 1993, il a essentiellement dit à ses chefs de section qu'ils pouvaient «brutaliser» tout prisonnier capturé lors d'une patrouille imminente.

Sox was found not guilty on Charge 1 but guilty on Charge 2. A stay of proceedings was entered on Charge 3. His sentence with respect to the conviction on Charge 2 was reduction in rank (from captain to lieutenant) and a severe reprimand.

The Crown appeals from the stay of proceedings on Charge 3 and seeks the substitution of a conviction. It also appeals the sentence, seeking one of greater severity. Sox appeals his conviction on Charge 2 for negligent performance of a military duty.

BACKGROUND

The proceedings against Sox relate to events which occurred on March 16, 1993, when he was serving with Canadian Forces on a peacekeeping or peace-making mission near Belet Huen, Somalia. At the time, he was commander of a platoon (4 Platoon) in a unit (2 Commando) forming part of the Canadian Airborne Regiment.

Shortly before 9 p.m. on that date, a standing patrol captured a Somali youth, Shidane Abukar Arone. He was taken to a bunker, located inside and near to the gate of the Canadian Forces compound, where he was later tortured and beaten. He died as a result of injuries sustained in the beating.

Sox a été acquitté du premier chef d'accusation mais déclaré coupable du deuxième. La suspension d'instance a été prononcée à l'égard du troisième chef. La peine appliquée sur déclaration de culpabilité à l'égard du deuxième chef d'accusation a été la rétrogradation (de capitaine à lieutenant) et un blâme.

Le ministère public interjette appel de la suspension d'instance concernant le troisième chef d'accusation et cherche à y substituer un verdict de culpabilité. Il forme également appel à minima contre la sentence. De son côté, Sox interjette appel du verdict de culpabilité à l'égard du deuxième chef, savoir l'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire.

LES FAITS DE LA CAUSE

La poursuite engagée contre Sox a son origine dans des incidents qui se sont produits le 16 mars 1993, pendant qu'il faisait partie d'une mission des Forces canadiennes de maintien ou de rétablissement de la paix près de Belet Huen (Somalie). À l'époque, il commandait un peloton (le 4^e peloton) au sein d'une unité (le commando n° 2) du Régiment aéroporté canadien.

Le jour en question, peu après 21 heures, une patrouille en attente a capturé un jeune Somalien du nom de Shidane Abukar Arone. Celui-ci a été amené dans un blockhaus à l'intérieur du camp, à proximité de l'entrée, où il a été torturé et battu. Il a fini par succomber des suites de ces sévices.

A number of other Canadian Forces personnel implicated in that affair have been tried at court martial and this Court has entertained several appeals relating to conviction or sentence or both. In *R. v. Brocklebank*,¹ this Court considered, among other issues, the law relating to a charge of negligent performance of a military duty, contrary to section 124 of the *Act*. The Crown's appeal of Private Brocklebank's acquittal of that charge and on an alternative charge of torture (under section 130 of the *Act* and section 269.1 of the *Criminal Code*) was dismissed. In *R. v. Boland*,² this Court allowed a Crown appeal against sentence on Sergeant Boland's conviction under section 124 following a plea of guilty. Also, in its recent judgment in *R. v. Seward*³ this Court allowed a Crown appeal against sentence following Major Seward's conviction under the same provision of the *Act*.

At court martial, a Private Brown was convicted of manslaughter and torture and sentenced to imprisonment for five years. Appeals to this Court relating to conviction and sentence were dismissed⁴. One Corporal Matchee who, according to the evidence of others, was directly involved in inflicting injury on Arone, has been found unfit to stand trial. A Sergeant Gresty, who acted as duty officer on the evening in question, was tried and acquitted at court martial on two charges laid under section 124 of the *Act*.

To return to the role of Sox, the evidence is that on the morning of the day in question he attended an orders group conducted by his immediate superior, Major Seward. In the course of that session, Major Seward spoke about the threat to camp security posed by individuals attempting to penetrate the compound for the purposes of theft. Standing patrols around the perimeter were to apprehend such individuals and the

D'autres militaires canadiens impliqués dans cette affaire sont passés devant la cour martiale et notre Cour a entendu plusieurs appels formés contre les verdicts de culpabilité ou les sentences ou contre les deux à la fois. Dans *R. c. Brocklebank*¹, notre Cour a notamment examiné les règles de droit relatives au chef d'accusation d'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire au sens de l'article 124 de la *Loi*. L'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement du soldat Brocklebank de ce chef d'accusation pour y substituer le chef subsidiaire de torture (sous le régime de l'article 130 de la *Loi* et de l'article 269.1 du *Code criminel*) a été rejeté. Dans *R. c. Boland*², notre Cour a fait droit à l'appel à minima formé par le ministère public contre la peine appliquée au sergent Boland après plaidoyer de culpabilité à l'égard de l'infraction prévue à l'article 124. De même, dans une décision récente, *R. c. Seward*³, notre Cour a fait droit à l'appel à minima du ministère public contre la peine appliquée au major Seward sur déclaration de culpabilité sous le régime de la même disposition.

En cour martiale, un soldat du nom de Brown a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et de torture et condamné à une peine d'emprisonnement de cinq ans. Les appels formés devant notre Cour contre le verdict de culpabilité et contre la sentence ont été rejetés⁴. Un caporal du nom de Matchee qui, selon les témoins, prenait une part directe dans les lésions corporelles infligées à Arone, a été jugé inapte à passer en jugement. Un sergent du nom de Gresty, qui était le sergent de garde le soir en question, a été jugé et acquitté par la cour martiale de deux chefs d'accusation formulés sous le régime de l'article 124 de la *Loi*.

Pour en revenir au rôle de Sox, il ressort des témoignages que le matin du jour en question, il assistait à un groupe d'ordres conduit par son supérieur immédiat, le major Seward. À cette occasion, celui-ci a parlé de la menace que représentaient pour la sécurité du camp les individus qui cherchaient à y pénétrer pour voler. Les patrouilles en attente autour du périmètre avaient pour ordre d'appréhender ces

¹ (1996), 5 C.M.A.R. 390.

² (1995), 5 C.M.A.R. 316.

³ (1996), 5 C.M.A.R. 435.

⁴ *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280.

¹ (1996), 5 C.A.C.M. 390.

² (1995), 5 C.A.C.M. 316.

³ (1996), 5 C.A.C.M. 435.

⁴ *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280.

latter would be held temporarily in the bunker until they could be turned over to local police. Pertinent to what was said by Major Seward at that orders group are the following admissions of fact made by the defence at Sox's court martial:

2. That on March 16 1993, as part of his duties as a Platoon Commander, Captain Sox attended an Orders Group given by his immediate superior, Major Seward. At that Orders Group Major Seward passed on information and issued taskings to Captain Sox and that in the course of passing on that information and issuing those taskings, Major Seward used the word "abuse".

3. That the information and taskings referred to in paragraph 2 above, include the "instruction" referred to in the particulars of the second charge on the charge sheet, dated 8 September 1993, that was prepared in support of the charges laid against Major Seward.

The reference to the second charge against Major Seward is to the charge under section 124 of the *Act* and the particulars on the charge sheet that refer to the "instruction" read as follows:

In that he, on or about 16 March 1993, near Belet Huen, Republic of Somalia, while Officer Commanding 2 Commando of the Airborne Battle Group, by issuing an instruction to his subordinates that prisoners could be abused, failed to properly exercise command over his subordinates, as it was his duty to do.

The apparent purpose of this instruction was to deter any person captured and others from such incursions in the future.

Afterward, Sox conducted an orders group for the section commanders reporting to him. These were Warrant Officer Murphy (2nd in command of the platoon) and Sergeants Hillier, Lloyd, Skipton and Boland. At this briefing, apparently seeking to relay what he understood Major Seward to have ordered or authorized, Sox is alleged to have said something to the effect that it would be appropriate or acceptable to "abuse" or "rough up" anyone captured while attempting to penetrate the compound. What the Crown alleges to have been said by Sox to his section commanders on that occasion forms the basis for the particulars supplied for Charge 3, as set out at the beginning of these reasons.

individus, lesquels seraient temporairement détenus dans le blockhaus jusqu'à ce qu'ils puissent être livrés à la police. Voici les faits admis par la défense au procès de Sox en cour martiale, au sujet de ce qu'avait dit le major Seward durant le groupe d'ordres :

[TRADUCTION]

2. Le 16 mars 1993, en sa qualité de chef de peloton, le capitaine Sox assista à un groupe d'ordres réuni par son supérieur immédiat, le major Seward. À cette occasion, en communiquant au capitaine Sox les renseignements et lui assignant les tâches, le major Seward a employé le mot «brutaliser».

3. Les renseignements et tâches susmentionnés comprennent aussi les «consignes» dont fait état l'articulation des faits constitutifs du deuxième chef d'accusation figurant dans l'acte d'accusation en date du 8 septembre 1993, établi à l'appui des chefs d'accusation relevés contre le major Seward.

Le deuxième chef d'accusation susmentionné contre le major Seward est celui qui a été relevé sous le régime de l'article 124 de la *Loi*, et l'articulation des faits constitutifs qui figure dans l'acte d'accusation et qui mentionne ces «consignes» porte ce qui suit :

[TRADUCTION] En ce que vers le 16 mars 1993, dans les environs de Belet Huen (République de Somalie), en sa qualité d'officier commandant le commando n° 2 du Groupe de combat aéroporté et en disant dans ses consignes à ses subordonnés que ceux-ci pourraient brutaliser les prisonniers, il n'a pas convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés ainsi qu'il y était tenu.

Ces consignes avaient manifestement pour but de décourager les personnes capturées et d'autres de s'introduire dans le camp à l'avenir.

Par la suite, Sox a conduit un groupe d'ordres pour les chefs de section sous ses ordres. Y assistaient l'aspirant Murphy (l'adjoint du chef du peloton) et les sergents Hillier, Lloyd, Skipton et Boland. Au cours de ce briefing et transmettant à l'évidence les ordres et autorisation qu'il pensait avoir reçus du major Seward, Sox aurait dit qu'il était indiqué ou acceptable de «brutaliser» ou de «rouer de coups» quiconque serait capturé pendant qu'il cherchait à s'infiltrer dans le camp. Ce que le ministère public reproche à Sox d'avoir dit à ses chefs de section constitue l'articulation des faits constitutifs du troisième chef d'accusation, telle qu'elle figure au début des présents motifs.

The particulars set out for the offence of which Sox was convicted (Charge 2) relate to alleged neglect on his part following Arone's capture, the neglect being his failure at that time "to properly exercise command over his subordinates, as it was his duty to do". As to what Sox ought to have done, the Crown relies primarily on the evidence of Lieutenant-Colonel Geburt, testifying as an expert witness. For present purposes, it will suffice to say that the gist of this testimony, given in response to hypothetical questions put to him, was to the effect that a platoon commander in Sox's situation ought to give clear orders to ensure that his troops do not abuse a prisoner and ought to exercise such personal supervision as may be required in the circumstances to make sure that those orders are properly relayed and obeyed.

THE CROWN'S APPEAL RELATING TO CHARGE 3

The Crown's primary position is that the stay of proceedings on Charge 3 ought to be set aside and a conviction substituted. While its filed Memorandum requested the alternative remedy of an order for a new trial, that request was not pressed in oral submissions at the hearing of this appeal.

Counsel for the Crown submits that the Judge Advocate erred by failing to include among the list of possible verdicts left with the panel the option of finding Sox guilty of both Charges 2 and 3. Since the latter were alternative to the first charge, but not alternative to each other, the panel should not have been precluded, in the Crown's submission, from bringing in a verdict of guilty on Charge 3 as well as on Charge 2.

In his instructions, the Judge Advocate imposed a clear duty upon the panel to decide whether or not the respondent was guilty beyond a reasonable doubt on each of the three charges. He provided a checklist of 13 possible findings from which the panel was directed to select one. If it were to find Sox not guilty of count 1 or its included offence, guilty of count 2

L'articulation des faits constitutifs de l'infraction dont Sox a été déclaré coupable (le deuxième chef d'accusation) concerne la négligence dont il aurait fait preuve après la capture d'Arone, savoir son défaut à cette occasion «d'exercer convenablement son commandement vis-à-vis de ses subordonnés alors qu'il y était tenu». Pour ce qui est de ce que Sox aurait dû faire, le ministère public se fonde principalement sur le témoignage du lieutenant-colonel Geburt, qui comparait en qualité d'expert. Voici la teneur de ce témoignage donné en réponse à des questions hypothétiques et tel qu'il nous intéresse en l'espèce : un chef de peloton se trouvant dans la même situation que Sox doit donner des ordres clairs pour s'assurer que ses hommes ne brutalisent pas les prisonniers et doit exercer la surveillance personnelle nécessaire selon les circonstances pour s'assurer que ces ordres sont transmis et exécutés comme il convient.

L'APPEL DU MINISTÈRE PUBLIC AU SUJET DU TROISIÈME CHEF D'ACCUSATION

Le ministère public soutient essentiellement qu'il faut annuler la suspension d'instance relative au troisième chef d'accusation et y substituer un verdict de culpabilité. Bien que dans son mémoire, il conclue subsidiairement à ordonnance portant nouveau procès, il n'a pas insisté sur ce point au cours des débats.

L'avocat représentant le ministère public soutient que le juge-avocat avait commis une erreur fautive d'avoir mentionné dans la liste des verdicts possibles remise à la formation de jugement de la cour martiale, l'option de trouver Sox coupable à la fois des chefs d'accusation 2 et 3. Ceux-ci étant formulés subsidiairement au premier chef d'accusation, mais non l'un par rapport à l'autre, la formation n'aurait pas dû être dans l'impossibilité de prononcer un verdict de culpabilité à l'égard du troisième chef d'accusation tout aussi bien que du deuxième.

Dans ses directives, le juge-avocat a clairement fait savoir à la formation qu'elle devait décider si oui ou non l'intimé était coupable sans l'ombre d'un doute raisonnable de chacun de ces chefs d'infraction. Il lui a fait tenir une liste de 13 verdicts possibles dont elle devait choisir un. Si la formation jugeait que Sox n'était pas coupable du premier chef d'accusation ou

and not guilty of count 3, the panel was to select option 9 from the checklist:

Not guilty of unlawfully causing bodily harm or of common assault, guilty of charge two and not guilty of charge three; a
(Emphasis added.)

If the panel were to conclude that Sox was not guilty of count 1 or its included offence but was guilty of count 2 and guilty of the equally serious offence of count 3, then the panel was directed to select option 10:

Not guilty of unlawfully causing bodily harm or of common assault, guilty of charge two and a stay of proceedings on charge three; (Emphasis added.) c

As its verdict, the panel chose option 10.

The Crown contends that option 10 constituted a misdirection and that the stay of proceedings on Charge 3 ought therefore to be set aside and a conviction substituted in its place. In support of its conviction that the Judge Advocate erred, the Crown relies on the provisions relating to a stay of proceedings set out in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* ("QR & O"), article 112.05(18)(g), which states that the court shall:

(i) where offences have been charged in the alternative and the accused has been found guilty of one of the alternative charges, pronounce the finding of guilty and direct that the proceedings be stayed (see article 112.80) on the charge or charges alternative thereto, and

(ii) in respect of all other charges, pronounce the finding on each charge, and . . .

(Article 112.80 provides that with certain exceptions a stay of proceedings shall have the effect of a dismissal of the charge on which it is directed.) Counsel for the Crown submits that since Charge 3 was not laid in the alternative to Charge 2, and since the panel by choosing option 10 instead of option 9 must have concluded that Sox was guilty of Charge 3, it was not open to the Court to direct a stay on the latter charge. By its appeal, the Crown invites this Court to substitute a conviction for the stay of proceedings entered on Charge 3.

de l'infraction incluse, qu'il était coupable du deuxième chef et non coupable du troisième, elle devait choisir l'option 9 de la liste :

[TRADUCTION] Non coupable de lésions corporelles ou de voies de fait, coupable du deuxième chef d'accusation et non coupable du troisième. [Soulignement ajouté.]

Si la formation concluait que Sox n'était pas coupable du premier chef d'accusation ou de l'infraction incluse, mais coupable du deuxième chef et de l'infraction tout aussi grave du troisième chef, elle devait choisir l'option 10 :

[TRADUCTION] Non coupable de lésions corporelles ou de voies de fait, coupable du deuxième chef d'accusation et suspension de l'instance à l'égard du troisième. [Soulignement ajouté.]

Pour son verdict, le jury a choisi l'option 10.

Le ministère public soutient que l'option 10 était une mauvaise directive et que de ce fait, il fallait annuler la suspension d'instance à l'égard du troisième chef d'accusation et y substituer un verdict de culpabilité. À l'appui de son argument que le juge-avocat a commis une erreur, le ministère public cite les dispositions relatives à la suspension d'instance, savoir l'alinéa 112.05(18)g) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (les «ORFC»), qui prévoit que la cour doit :

(i) s'il y a des accusations en alternative et que l'accusé a été reconnu coupable sur l'un des chefs d'accusation en alternative, prononcer le verdict de culpabilité et ordonner une suspension d'instance (voir l'article 112.80) à l'égard de l'accusation ou des accusations alternatives,

(ii) à l'égard de toutes autres accusations, prononcer le verdict sur chaque chef d'accusation;

(L'article 112.80 prévoit qu'à quelques exceptions près, la suspension d'instance vaut acquittement vis-à-vis du chef d'accusation à l'égard duquel elle est ordonnée). L'avocat du ministère public soutient que le troisième chef d'accusation n'ayant pas été formulé subsidiairement au deuxième, et étant donné que la formation, ayant choisi l'option 10 au lieu de l'option 9, a dû conclure que Sox était coupable du troisième chef d'accusation, il n'était pas loisible à la cour martiale de prononcer la suspension d'instance à l'égard de ce dernier. Par cet appel, le ministère public engage la Cour à substituer un verdict de culpabilité à la suspension d'instance prononcée à l'égard du troisième chef d'accusation.

In response, counsel for Sox advances two submissions. First, he contends that in discussions with counsel conducted by the Judge Advocate prior to instructing the panel, there was agreement on an instruction to the effect that the panel ought not to bring in a verdict of guilty on more than one of the three charges. Counsel for Sox says that the Crown cannot take a different position on appeal. Counsel for the Crown freely concedes the latter point, namely, that agreement at that time would preclude the Crown from taking a different position on appeal. But he (counsel for the Crown) vigorously denies that there was in fact agreement by the Crown to a charge along those lines; instead, he submits, there was simply recognition on the part of Crown counsel that the Judge Advocate was not persuaded of the position taken by the Crown at that time.

The second submission advanced on behalf of Sox is that this Court in any event lacks jurisdiction to substitute a verdict of guilty for the stay entered on Charge 3. Being a statutory court, its jurisdiction is limited to that which Parliament has conferred. There is nothing in the Act, counsel for Sox contends, which authorizes this Court to substitute one verdict for another in the circumstances here present. For the following reasons I agree with this second submission and, since it is determinative of the issue, it becomes unnecessary to explore further the somewhat unusual difficulty raised by the first submission.

The Crown's appeal with respect to Charge 3 is one falling within the terms of paragraph 230.1(d) of the Act in that it is in respect of the "legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge." The Crown concedes that it is obliged to rely on subsection 239(1) of the Act as providing the necessary authority for substituting a conviction for the stay of proceedings entered on Charge 3. That provision reads as follows (in part):

(1) Where an appellant has been found guilty of an offence and the court martial could ... have found the appellant guilty ... of some other offence ... on any alternative charge that was laid and, on the actual finding, it appears to the Court Martial Appeal Court that the facts proved the appellant guilty

L'avocat représentant Sox réplique par deux arguments. En premier lieu, dit-il, les avocats avaient préalablement convenu avec le juge-avocat que celui-ci donnerait à la formation pour directive de ne pas prononcer un verdict de culpabilité à l'égard de plus d'un chef d'accusation. Le ministère public ne peut donc s'en dédire en appel. L'avocat de ce dernier admet volontiers qu'un accord conclu à l'époque l'eût empêché de se dédire en appel, mais nie catégoriquement qu'il y ait eu en fait accord du ministère public pour des directives dans ce sens; au contraire, dit-il, il ne faisait que reconnaître que le juge-avocat n'acceptait pas le point de vue du ministère public à l'époque.

Le second argument proposé par l'avocat de Sox est que de toute façon, la Cour n'a pas compétence pour substituer un verdict de culpabilité à la suspension d'instance ordonnée à l'égard du troisième chef d'accusation. La Cour étant une créature de la loi, sa compétence ne dépasse pas celle dont le législateur l'a investie. Il n'y a rien dans la Loi, dit-il, qui l'autorise à substituer un verdict à un autre dans les circonstances de la cause. Par les motifs qui suivent, j'accueille ce second argument et, comme il représente la solution du point litigieux, il est inutile que je m'étende sur la difficulté plutôt inhabituelle que soulève le premier argument.

L'appel formé par le ministère public au sujet du troisième chef d'accusation tombe dans le champ d'application de l'alinéa 230.1d) de la Loi, qui vise «la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations ou qui refuse ou fait défaut d'exercer sa juridiction à l'égard d'une accusation». Le ministère public concède qu'il n'a d'autre choix que de voir dans le paragraphe 239(1) de la Loi la disposition autorisant à substituer un verdict de culpabilité à la suspension d'instance prononcée à l'égard du troisième chef d'accusation. Cette disposition porte notamment ce qui suit :

(1) Lorsqu'un appellant condamné par la cour martiale aurait pu être déclaré coupable par celle-ci d'une autre infraction ... sur la base de toute accusation subsidiaire portée contre lui, la Cour d'appel de la cour martiale peut, si elle conclut que les faits ont établi sa culpabilité en l'occurrence, substituer au

of that other offence, the Court may, instead of allowing or dismissing the appeal, substitute for the finding of guilty made by the court martial a finding of guilty of that other offence.

In my view, the interpretation of subsection 239(1) upon which the Crown relies cannot be reconciled with the ordinary meaning of the terms employed in that provision. I say that for three reasons. First, the Crown seeks to have this Court substitute a finding of guilty on the same offence as that on which the Court Martial has entered a different verdict. By its terms, subsection 239(1) deals with substitution of a finding of guilty on some "other offence", that is to say, an offence other than the one on which the court martial has pronounced. Second, the provision is stated to apply to a situation in which the court martial could have found the appellant guilty of some other offence on any "alternative charge". Here, of course, the Crown seeks substitution of a finding of guilty not on an alternative charge but on the same charge. Third, subsection 239(1) speaks of an appellant who has been found guilty. Nothing in the terms of the subsection indicates that it can be invoked when the appeal is taken, not by the person who has been found guilty, but by the Crown.

Counsel for the Crown submits that insofar as subsection 239(1) is ambiguous it ought to be given a purposive interpretation to permit the substituted finding of guilty on Charge 3 that the Crown seeks. I do not consider that there is ambiguity on the point under consideration. In any event, subsection 239(1) is a provision which potentially affects the liberty of the subject. Where two interpretations of such a provision are available, the one more favourable to the accused ought to be adopted: see, e.g., *R. v. McIntosh*.⁵

I conclude, therefore, that this Court lacks jurisdiction to substitute a finding of guilty on Charge 3 on the basis necessarily relied upon by the Crown, that is to say, by invoking subsection 239(1).

verdict de culpabilité rendu par la cour martiale un verdict de culpabilité à l'égard de cette autre infraction.

À mon avis, cette interprétation du paragraphe 239(1) par le ministère public ne s'accorde pas avec le sens ordinaire des termes qui y figurent, et ce pour trois raisons. En premier lieu, le ministère public demande à la Cour de substituer au verdict, qui est différent, de la cour martiale, un verdict de culpabilité à l'égard de la même infraction. Dans ses termes mêmes, le paragraphe 239(1) prévoit la substitution du verdict de culpabilité sur la base de «quelque autre accusation», c'est-à-dire de quelque infraction autre que celle sur laquelle la cour martiale s'est prononcée. En deuxième lieu, cette disposition s'applique expressément au cas où la cour martiale aurait pu déclarer l'appellant coupable d'une autre infraction sur la base de toute «accusation subsidiaire». Il se trouve qu'en l'espèce, le ministère public conclut à la substitution d'un verdict de culpabilité sur la base non pas d'un chef subsidiaire, mais du même chef d'accusation. En troisième lieu, le paragraphe 239(1) vise l'appellant qui a été déclaré coupable. Il ne comporte aucune disposition indiquant qu'il peut être invoqué en cas d'appel interjeté, non pas par la personne qui a été déclarée coupable, mais par le ministère public.

Le ministère public soutient par son avocat que dans la mesure où le paragraphe 239(1) est ambigu, il faut en donner une interprétation téléologique pour permettre la substitution du verdict de culpabilité à l'égard du troisième chef d'accusation, qu'il demande. Je ne pense pas que cette disposition soit ambiguë en ce qui concerne le point en question. Quoi qu'il en soit, le paragraphe 239(1) est une disposition qui peut affecter la liberté de l'individu, c'est-à-dire une disposition telle que si deux interprétations en sont possibles, il faut adopter celle qui est la plus favorable à l'accusé; voir par exemple *R. c. McIntosh*.⁵

Je conclus de ce qui précède que la Cour n'a pas compétence pour substituer à la décision de la cour martiale un verdict de culpabilité à l'égard du troisième chef d'accusation par le motif auquel en est réduit le ministère public par la force des choses, savoir l'application du paragraphe 239(1).

⁵ [1995] 1 S.C.R. 686 at 702.

⁵ [1995] 1 R.C.S. 686, à la page 702.

Assuming error in the Judge Advocate's instructions on this point, section 239.2 of the *Act* does enable this Court to direct a new trial. But, as previously noted, on the hearing of this appeal counsel for the Crown did not press for this alternative remedy. Nor, in my view, would such an order be appropriate, having regard to my conclusions respecting the remaining issues raised by the appeal and cross-appeal.

Accordingly, the Crown's appeal relating to Charge 3 ought to be dismissed.

THE CROSS-APPEAL RELATING TO THE CONVICTION UNDER CHARGE 2

The principal grounds of attack on the conviction entered under Charge 2 are three in number. First, it is submitted on behalf of Sox that no "military duty" within the meaning of those words in section 124 of the *Act* was imposed on him to safeguard the detainee against maltreatment in the bunker. Second, it is said that the Judge Advocate's instructions were inadequate on the essential elements of the offence and, in particular, on the degree of departure from the appropriate standard of care that must be shown. Third, it is contended that the Judge Advocate mistakenly admitted certain hearsay statements into evidence which, in the submission of counsel for Sox, were highly prejudicial.

The first issue relates to the source of the military duty alleged to have been imposed upon Sox to safeguard prisoners or detainees at the material time and the adequacy of the Judge Advocate's directions to the panel in that regard. Section 124 of the *Act* reads as follows:

124. Every person who negligently performs a military duty imposed on that person is guilty of an offence and on conviction is liable to dismissal with disgrace from Her Majesty's service or to less punishment.

In the recent decision of this Court in *R. v. Brocklebank*⁶, Décary J.A., delivering the majority

⁶ *Supra* note 1. The decision was issued in the interval between trial and hearing of the appeal in this case. [(1996) 5 C.M.A.R. 390]

Au cas où les directives du juge-avocat seraient erronées sur ce point, la *Loi* tient de l'article 239.2 de la *Loi* le pouvoir d'ordonner un nouveau procès. Mais, comme noté *supra*, l'avocat du ministère public n'a pas insisté sur ce moyen subsidiaire à l'audition de l'appel. Je ne juge pas non plus pareille ordonnance indiquée, vu mes conclusions sur les autres points soulevés dans l'appel et l'appel incident.

En conséquence, il faut rejeter l'appel du ministère public au sujet du troisième chef d'accusation.

L'APPEL INCIDENT RELATIF AU VERDICT DE CULPABILITÉ À L'ÉGARD DU DEUXIÈME CHEF

Les principaux motifs d'appel contre le verdict de culpabilité prononcé à l'égard du deuxième chef d'accusation sont au nombre de trois. L'avocat de Sox soutient en premier lieu que celui-ci n'était tenu à aucune «tâche ou mission militaire» au sens de l'article 124 de la *Loi* pour protéger le prisonnier contre les sévices dans le blockhaus. En deuxième lieu que le juge-avocat ne donnait pas des directives conformes sur les éléments essentiels de l'infraction, en particulier sur le degré de déviation par rapport à la norme de diligence qui doit être observée. Et en dernier lieu que le juge-avocat a commis une erreur en admettant comme preuve certains propos rapportés par oui-dire, propos qui, selon l'avocat de Sox, sont de nature très préjudiciable.

Le premier argument se rapporte à la source de la tâche ou mission militaire dont Sox aurait été chargé pour protéger les prisonniers ou détenus au moment considéré et à la conformité des directives données par le juge-avocat à la formation à ce sujet. L'article 124 de la *Loi* porte :

124. L'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

Dans une décision récente de notre Cour, *R. c. Brocklebank*⁶, le juge Décary, J.C.A., prononçant le

⁶ Note 1 *supra*. Cette décision a été rendue durant l'intervalle séparant le procès devant la cour martiale et l'audition de l'appel en instance. [(1996) 5 C.A.C.M. 390]

judgment, noted⁷ that previous cases in this Court on section 124 offences provided very little guidance as to the meaning to be given to the expression "military duty". This was so because in none of those cases had it been disputed that such a duty was imposed on the accused. He addressed the question of the source of the duty to safeguard prisoners in two different situations: first, where the prisoner is in the direct, physical custody of the accused and, second, where the prisoner is not in such custody of the accused, although in custody of the Canadian Forces. He stated⁸:

Counsel for the prosecution relies on a stream of English and Canadian jurisprudence for what he refers to as a common law duty of care. While I agree that the principle exists, I would hesitate to apply *mutatis mutandis* to the military milieu a jurisprudence developed in a non-military context. Although all military duties are subsumed into the broader category of legal duties, general private law duties such as a tort law duty of care owed by prison guards to prisoners are not, in my opinion contemplated by the term "military duty". As I earlier stated, it is clear that Parliament did not intend to codify a civil law duty of care in the Code of Service Discipline.

The soldier who receives an order from a superior officer to guard a prisoner becomes to some extent the arm of the state and inherits the state's obligation to ensure the life and security of the person being detained. Implicit, therefore, in the order or command to guard a prisoner, is the duty to take reasonable steps in all the circumstances to safeguard the prisoner from injury. In that sense, it may be said that this implicit duty derives its authority not from the law of negligence, but from general principles of military law and the duty of all soldiers to obey the lawful command of their superiors.

In this respect, I take no issue with the instructions given to the panel. The Judge Advocate correctly instructed the panel that before they could find Private Brocklebank guilty of the charge, they had to establish beyond a reasonable doubt that the prisoner was in his custody, or that he had custodial responsibilities in respect of the prisoner sufficient to invoke the military duty to safeguard the prisoner. (My emphasis.)

jugement de la majorité, note⁷ que les décisions antérieures de la Cour relatives à l'infraction prévue à l'article 124 ne sont guère utiles pour ce qui est du sens à donner au concept de «tâche ou mission militaire». Il en est ainsi parce que dans aucune de ces causes, l'accusé ne contestait qu'il fût tenu à cette tâche ou mission. Le juge Décary a examiné la source de l'obligation de protéger les prisonniers dans deux cas différents. Le premier cas est celui où le prisonnier est sous la garde directe et matérielle de l'accusé, et le second est celui où il n'est pas sous sa garde directe, mais sous la garde des Forces canadiennes. Le juge Décary a fait à ce propos l'observation suivante⁸ :

L'avocat de la poursuite invoque une série de décisions anglaises et canadiennes à l'appui de ce qu'il appelle une obligation de diligence reconnue en common law. Bien que je reconnaisse l'existence du principe, j'hésiterais à appliquer au milieu militaire, avec les adaptations nécessaires, des décisions rendues dans un contexte non militaire. Même si toutes les obligations militaires font partie de la catégorie générale des obligations juridiques, les obligations générales de droit privé, comme l'obligation de diligence dont les gardiens de prison doivent faire montre à l'endroit des prisonniers selon un principe de responsabilité délictuelle, ne sont pas visées par l'expression «obligation militaire». Comme je l'ai déjà mentionné, il est bien certain que le Parlement n'avait pas l'intention de codifier une obligation de diligence reconnue en droit civil dans le Code de discipline militaire.

Le soldat qui reçoit d'un officier supérieur l'ordre de surveiller un prisonnier devient en quelque sorte le représentant de l'État et hérite de l'obligation de celui-ci de protéger la vie et d'assurer la sécurité de la personne détenue. L'ordre de surveiller un prisonnier comporte donc implicitement l'obligation de prendre en tout temps des mesures raisonnables pour protéger le prisonnier de tout préjudice. En ce sens, il est permis de dire que cette obligation implicite découle, non pas des règles de négligence, mais des principes généraux du droit militaire et du devoir qu'ont tous les soldats d'obéir aux ordres légitimes de leurs supérieurs.

Sur ce point, je ne conteste pas la directive donnée à la formation. Le juge-avocat a dit avec raison aux membres de celle-ci qu'avant de pouvoir déclarer le soldat Brocklebank coupable de l'infraction reprochée, ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que le prisonnier était sous la garde de l'accusé ou que celui-ci avait à l'endroit du prisonnier des responsabilités de garde suffisantes pour faire naître l'obligation militaire de protection à l'endroit du prisonnier. [Non souligné dans l'original.]

⁷ At page 411.

⁸ At pages 413-414.

⁷ Page 411.

⁸ Pages 413-414.

The majority went on to find that the panel had ample grounds to conclude that the prosecution had failed to establish beyond reasonable doubt that the accused had either been given or had assumed custodial responsibility with respect to the prisoner.

In that case, the central issue was whether Private Brocklebank's failure to intervene when he witnessed maltreatment of a prisoner not in his custody by a member of the Canadian Forces superior in rank (Master Corporal Matchee) constituted breach of a military duty. But Décaré J.A. was careful to leave open the question of a duty that might be owed by a superior officer in similar circumstances. He stated⁹:

I see no basis in law for the inference that the Geneva Conventions or the relevant provisions of the Unit Guide impose on service members the obligation, not otherwise found in Canadian law, to take positive steps to prevent or arrest the mistreatment or abuse of prisoners in Canadian Forces custody by other members of the Forces, particularly other members of superior rank. I do not wish to comment on the duty that a superior officer might have in similar circumstances, but assert that a military duty in the sense of section 124 of the National Defence Act, to protect civilian prisoners not under one's custody cannot be inferred from the broad wording of the relevant sections of the Unit Guide or of the Civilian Convention. I agree with the prosecution — and I did not hear defence counsel say otherwise — that Canadian soldiers should conduct themselves when engaged in operations abroad in an accountable manner consistent with Canada's international obligations, the rule of law and simple humanity. There was evidence in this case to suggest that the respondent could readily have reported the misdeeds of his comrades. However, absent specific wording in the relevant international Conventions and more specifically, the Unit Guide, I simply cannot conclude that a member of the Canadian Forces has a penalty enforceable obligation to intervene whenever he witnesses mistreatment of a prisoner who is not in his custody. (My emphasis.)

The *Brocklebank* decision supports the proposition that it is incumbent upon the prosecution to prove beyond a reasonable doubt that the accused was given or had assumed custodial responsibilities with

La majorité de la Cour a conclu ensuite que la formation était parfaitement fondée à conclure que la poursuite n'avait pu prouver sans l'ombre d'un doute raisonnable que l'accusé s'était vu confier ou avait assumé la responsabilité de la garde du prisonnier.

Dans l'affaire citée, il s'agissait principalement de savoir si le fait pour le soldat Brocklebank de ne pas intervenir alors qu'un prisonnier, qui n'était pas sous sa garde, était malmené par un militaire de grade supérieur (le caporal-chef Matchee) constituait un manquement à l'obligation militaire. Le juge Décaré a cependant pris soin de laisser ouverte la question de l'obligation qui pourrait incomber à un gradé ou officier dans le même cas. Voici ce qu'il conclut à ce sujet⁹ :

À mon avis, il n'existe aucun motif juridique qui me permettrait de conclure que les Conventions de Genève ou les dispositions pertinentes du Guide régimentaire imposent aux militaires l'obligation, qui n'existe nulle part ailleurs en droit canadien, de prendre des mesures positives pour empêcher ou freiner le traitement abusif infligé à des prisonniers sous la garde des Forces canadiennes par d'autres membres des Forces, notamment des membres occupant un rang supérieur. Je ne désire pas formuler de commentaires sur l'obligation qui pourrait incomber à un officier supérieur dans des circonstances similaires; je répète simplement que le libellé général des dispositions pertinentes du Guide régimentaire ou de la Convention sur les civils ne permet pas de conclure à l'existence d'une tâche ou mission militaire au sens de l'article 124 de la Loi sur la défense nationale, soit l'obligation de protéger les prisonniers civils qui ne sont pas sous la garde de l'officier concerné. À l'instar de la poursuite, je reconnais, et je n'ai pas entendu de commentaires réprobateurs de la part de l'avocat de la défense à ce sujet, que les soldats canadiens qui participent à des opérations à l'étranger devraient se comporter d'une façon responsable et compatible avec les obligations internationales du Canada, le principe de la primauté du droit et les règles de base du traitement humanitaire. Selon certains éléments de preuve présentés en l'espèce, l'intimé aurait pu facilement signaler les agissements de ses camarades. Cependant, en l'absence de dispositions précises dans les conventions internationales pertinentes et plus précisément dans le Guide régimentaire, je ne puis tout simplement conclure qu'un membre des Forces canadiennes est tenu, sous peine de sanction, d'intervenir chaque fois qu'il est témoin de mauvais traitements infligés à un prisonnier qui n'est pas sous sa garde. [Non souligné dans l'original.]

La décision *Brocklebank* pose qu'il incombe à la poursuite de prouver sans l'ombre d'un doute raisonnable que l'accusé s'est vu confier ou a assumé la responsabilité de la garde du prisonnier, telle qu'il y a

⁹ At page 419.

⁹ Page 419.

respect to the prisoner sufficient to raise a military duty to safeguard the prisoner against abuse. That decision also makes it clear that a military duty may originate in an order from a superior. Here the Crown says that Sox was under a military duty arising from the "tasking" given to him at the orders group conducted by Major Seward on the date in question.

As to the source of a military duty imposed on Sox, counsel for the Crown at the hearing of the present appeal also referred to the following provisions in the *QR&O*:

4.02 — GENERAL RESPONSIBILITIES OF OFFICERS

An officer shall:

(c) promote the welfare, efficiency and good discipline of all subordinates;

It may be that this provision, which is cast in terms of an officer's obligations toward subordinates, is not sufficiently precise to constitute a concrete obligation to safeguard prisoners and thereby impose a military duty within the meaning of section 124 of the *Act*. And the same suggestion might be made concerning another possible source of military duty, namely, the "white card" carried by Canadian Forces personnel concerning rules of engagement and the guiding principle of employment of minimum force. Those issues may be left to another day.

In the circumstances of the present case, I am of the view that the panel was entitled to find on the evidence before it that a military duty was imposed on Sox by the order which took the form of the tasking given to him by Major Seward in the orders group conducted by the latter on the date in question.

Elaborating on the "military duty" component of Charge 2, the Judge Advocate made it clear that it was for the panel to decide whether such a duty was actually imposed on Sox:

In approaching an analysis of this charge therefore you must determine beyond a reasonable doubt what military duty he was required to perform under the particulars of the charge. The evidence must establish beyond a reasonable doubt that such a duty was imposed upon him. If you are satisfied beyond

obligation militaire de protéger ce prisonnier contre les brutalités. Cette décision pose également qu'une obligation militaire peut découler des ordres d'un supérieur. En l'espèce, le ministère public soutient que Sox était tenu à une obligation militaire découlant des «tâches» qui lui avaient été assignées lors du groupe d'ordres convoqué par le major Seward le jour en question.

Pour ce qui est de la source de l'obligation militaire incombant à Sox, l'avocat du ministère public cite aussi, à l'audition de l'appel, la disposition suivante des *ORFC* :

4.02 — RESPONSABILITÉS GÉNÉRALES DES OFFICIERS

Un officier doit :

c) promouvoir le bien-être, l'efficacité et l'esprit de discipline de tous les subordonnés;

Il est possible que cette disposition, qui prévoit les obligations de l'officier envers ses subordonnés, n'est pas suffisamment précise pour créer l'obligation positive de protéger les prisonniers et imposer de ce fait une tâche ou mission militaire au sens de l'article 124 de la *Loi*. La même observation pourrait s'appliquer à une autre source possible de l'obligation militaire, savoir la «carte blanche» des règles d'engagement et du principe directeur de l'emploi du minimum de force, qui est distribuée au personnel des Forces canadiennes. Il n'y a pas lieu d'examiner ces questions dans le cadre de cette procédure.

En l'espèce, je pense que la formation était fondée à conclure des preuves produites que Sox s'était vu confier une tâche ou militaire sous la forme de la tâche que lui assignait le major Seward lors du groupe d'ordres réuni par celui-ci le matin en question.

Entrant dans le détail de l'élément «tâche ou mission militaire» du deuxième chef d'accusation, le juge-avocat a bien expliqué au jury qu'il appartenait à celui-ci de décider si Sox était réellement tenu à pareille tâche ou mission :

[TRADUCTION] Il vous faut donc, dans l'analyse de ce chef d'accusation, décider sans l'ombre d'un doute raisonnable à quelle tâche ou mission militaire il était tenu selon l'articulation des faits constitutifs de ce chef d'accusation. Il faut que les preuves établissent sans l'ombre d'un doute raisonnable qu'il y

a reasonable doubt that such a duty was indeed imposed upon him then you must determine what standard of care or performance was required to discharge that duty.¹⁰

In his directions on Charge 2, the Judge Advocate outlined the respective positions of the prosecution and the defence with respect to the "military duty" element of the offence in the following terms:

I turn now to the position of the prosecution and the defence in respect of this second charge. The prosecution's position is that Captain Sox had a legal and *de facto* duty to take reasonable precautions to protect the prisoner and that he failed to take such steps to protect the prisoner from bodily harm that was likely to be caused by his negligent instruction to abuse prisoners. The prosecution submits that Captain Sox's conduct was a marked departure from the minimum standard of care in the circumstances and that he ought to have known his conduct was unlawful.

The defence submits that Captain Sox's conduct following the capture of the prisoner was in accordance with the established procedures, that Captain Sox did not have the custody of the prisoner and that it was not clear at the time whose responsibility it was to protect the prisoner. The defence submits that it could be said that it was the duty officer's responsibility to protect the prisoner and that there exists at least a reasonable doubt on this matter. On the matter of the testimony of Lieutenant-Colonel Geburt, the defence submits that the hypothetical questions put to him did not reflect the evidence heard during the trial.

The defence also submits that Captain Sox had no reason not to trust his subordinates in the performance of their duties as they had successfully performed similar tasks in the past.

Finally, the defence submits that there is no evidence before the court to establish that Captain Sox saw or heard anything that would cause him concern. The defence submits that Captain Sox should be found not guilty of this second charge.¹¹

The Judge Advocate, therefore, drew the panel's attention to the defence position that Sox did not have custodial responsibilities at the material time and arguably had no responsibility for protection of the prisoner.

There was evidence upon which the panel could reasonably find that a "military duty" had been

était tenu. Si vous concluez sans l'ombre d'un doute raisonnable qu'il était effectivement tenu à cette tâche ou mission, vous devrez alors décider quelle norme de diligence ou de résultat était requise pour l'exécution de cette tâche ou mission.¹⁰

Dans les directives qu'il donnait au sujet du deuxième chef d'accusation, le juge-avocat a récapitulé les arguments respectifs de la poursuite et de la défense sur l'élément «tâche ou mission militaire» de l'infraction en ces termes :

[TRADUCTION] J'en viens maintenant aux arguments respectifs de la poursuite et de la défense au sujet de ce deuxième chef d'accusation. Selon la poursuite, le capitaine Sox avait pour obligation légale et de facto de prendre les précautions raisonnables pour protéger le prisonnier et il ne les a pas prises pour protéger celui-ci des lésions corporelles, lesquelles tenaient probablement à la consigne négligente qu'il avait donnée de brutaliser les prisonniers. La poursuite soutient que les agissements du capitaine Sox représentaient une déviation marquée par rapport à la norme minimum de diligence dans les circonstances de la cause et qu'il aurait dû savoir que ses agissements étaient illicites.

Selon la défense, la conduite du capitaine Sox à la suite de la capture du prisonnier était conforme aux usages établis, en ce qu'il n'avait pas la garde du prisonnier et qu'on ne savait pas trop alors qui avait la responsabilité de protéger ce dernier. Toujours selon la défense, on pourrait dire qu'il incombait à l'officier de garde de protéger le prisonnier et il y a au moins un doute raisonnable en la matière. Pour ce qui est du témoignage du lieutenant-colonel Geburt, la défense soutient que les questions hypothétiques posées à ce dernier n'avaient aucun rapport avec les témoignages entendus au procès.

La défense soutient aussi que le capitaine Sox n'avait aucune raison de ne pas faire confiance à ses subordonnés dans l'exécution de leurs tâches puisqu'ils les avaient toujours bien exécutées par le passé.

Enfin, la défense soutient qu'il n'y a devant la cour aucune preuve établissant que le capitaine Sox a vu ou entendu quelque chose qui eût dû l'inquiéter, et qu'il faut donc l'acquitter de ce deuxième chef d'accusation.¹¹

Le juge-avocat a donc attiré l'attention du jury sur l'argument de la défense que Sox n'avait pas la responsabilité de la garde au moment considéré et que de ce fait, on peut dire qu'il n'avait aucune responsabilité pour ce qui était de protéger le prisonnier.

La formation disposait de preuves à la lumière desquelles elle était raisonnablement fondée à conclure

¹⁰ Appeal Book, page 869.

¹¹ *Ibid.*, pages 872-873.

¹⁰ Dossier d'appel, page 869.

¹¹ *Ibid.*, pages 872 et 873.

imposed on Sox to exercise his command over subordinates so as to safeguard prisoners against abuse. At trial, Captain Blackman testified as to the tasking given by Major Seward to Sox at the orders group on the date in question. Captain Blackman's testimony on that subject, given in examination in chief for the prosecution, appears in the transcript as follows:

Q. Now you can then again have a seat if you would, Captain Blackman. I now wish to bring you up to the date of March 16 which we have heard is the date the prisoner Arone was put into the prison compound. Did you attend an O group or orders group that day? A. Yes, sir.

Q. Was the accused present? A. Yes, sir.

Q. Was Major Seward, the OC, present? A. Yes, sir.

Q. Does your memory go back as to whether at that O group, on March 16, there was a specific reference to Captain Sox and his 4 Platoon to be in charge of the camp and prisoners security? A. Yes, sir.

Q. Was that specifically tasked to Captain Sox for his 4 Platoon? A. Yes, sir.

Q. Was Captain Sox then on the 16th of March tasked to provide camp security and to guard prisoners that were in the camp? A. Yes, sir. It went hand in hand with the tasking for security.

PROSECUTOR: Thank you. I have no other questions.¹²

It is the Crown's position that the tasking given to Sox and his platoon for camp security at that orders group carried with it responsibility for guarding prisoners and, at least implicitly, responsibility on the part of Sox for safeguarding prisoners against abuse from his subordinates. There is support for that position in the testimony of Lieutenant-Colonel Geburt, whose expertise in this area was not challenged by the defence.

Lieutenant-Colonel Geburt was qualified as an expert on the duties and responsibilities of a platoon commander when giving orders to his subordinates to guard prisoners kept in the camp. He was asked, in the form of a hypothetical question, about a situation in which the Officer Commanding, in an orders group, ordered a platoon commander to guard the

que Sox était tenu à la «tâche ou mission militaire» d'exercer son commandement vis-à-vis de ses subordonnés de façon à protéger les prisonniers contre les brutalités. Devant la cour martiale, le capitaine Blackman a témoigné au sujet des tâches assignées par le major Seward à Sox lors du groupe d'ordres réuni le jour en question. Les dépositions faites par le capitaine Blackman lors de l'interrogatoire mené par la poursuite figurent dans la transcription comme suit :

[TRADUCTION]

Q. Veuillez vous asseoir, mon capitaine. Je vais diriger votre attention sur la date du 16 mars, c'est-à-dire le jour où le prisonnier Arone fut mis dans le bloc de détention. Est-ce vous avez assisté à un groupe d'ordres ce jour-là? R. Oui, monsieur.

Q. L'accusé était-il présent? R. Oui, monsieur.

Q. Vous souvenez-vous si lors de ce groupe d'ordres, le 16 mars, le capitaine Sox et son 4^e peloton se sont expressément vu confier la responsabilité du camp et de la sécurité des prisonniers? R. Oui, monsieur.

Q. Est-ce que cette tâche a été expressément assignée au capitaine Sox pour son 4^e peloton? R. Oui, monsieur.

Q. Bon, le capitaine Sox s'est-il vu assigner pour tâche, le 16 mars, d'assurer la sécurité du camp et de garder les prisonniers qui s'y trouvaient? R. Oui, monsieur. Cela allait de pair avec la tâche assignée en matière de sécurité.

LE POURSUIVANT : Merci. Je n'ai pas d'autres questions.¹²

Selon le ministère public, les tâches assignées lors de ce groupe d'ordres à Sox et à son peloton pour assurer la sécurité du camp comportaient la responsabilité de la garde des prisonniers et, au moins implicitement, la responsabilité pour Sox de protéger les prisonniers contre les brutalités de la part de ses subordonnés. Cet argument est corroboré par le témoignage du lieutenant-colonel Geburt, dont la défense ne conteste pas l'expertise dans ce domaine.

Le lieutenant-colonel Geburt était reconnu comme expert pour ce qui est des obligations et responsabilités assumées par un chef de peloton quand il donne à ses subordonnés des ordres pour garder les prisonniers détenus dans le camp. La poursuite lui a posé une question sur le cas hypothétique où l'officier commandant ordonne, au cours du groupe d'ordres, à

¹² *Ibid.*, page 536.

¹² *Ibid.*, page 536.

camp and its perimeter and gate and to guard prisoners held in the camp until they were turned over to police in the nearby town. There was evidence that Major Seward tasked Sox along those lines. Lieutenant-Colonel Geburt testified that in such circumstances the platoon commander ought to take steps to protect prisoners held in the camp. Asked to elaborate, he said this:

The platoon commander has been given a task for security of the camp, its perimeter, and for any prisoners or detainees he has. His first thing he should be looking at is do an appreciation or an estimate of what that task involves. He must assess exactly what is to occur and determine whether or not he has the resources to do that. Once he has established that, he then has to deliver orders to his subordinates outlying [sic] exactly what is to occur focussing on the aspect of prisoners. You look at prisoners in a couple of ways. Once you have them, you must ensure you retain them. So, your first duty, of course, is to ensure they don't escape on you, but once you have a prisoner he's no longer a combatant and, therefore, he must be viewed very much the same as you do your own personnel. You have the care and responsibility to look after that individual, therefore, you must extend your protection to him. In the case you're giving me, once you determine an area where you're going to retain the individual, you must ensure that that individual is accorded the same humane treatment that you'd give your own individuals, your own personnel . . . [Y]ou have the total care and custody of that individual and you must retain that until you are ordered to hand him over to the next body.¹³

It will be recalled that the particulars of Charge 2 allege that Sox "failed to properly exercise command over his subordinates, as it was his duty to do so." As to the minimum steps that a platoon commander ought to take to meet the risk of bodily harm being inflicted on a prisoner, the following exchanges appearing in the transcript of Lieutenant-Colonel Geburt's examination in chief are pertinent:

And in terms of command and control by such a platoon commander, are there minimum standards and steps that a platoon commander in this situation should take to put in place and maintain effective command and control of the subordinates protecting prisoners? I would say yes. In terms of command and control an officer is given command, he has command by virtue of his rank, but control is something he has to achieve and he does that by a number of things. One, he must

un chef de peloton de garder le camp, son périmètre et son entrée, et de garder les prisonniers détenus dans le camp jusqu'à ce qu'ils soient livrés à la police de la bourgade avoisinante. Il a été établi que telle était la tâche assignée par le major Seward à Sox. Le lieutenant-colonel Geburt témoigne que dans ce cas, le chef de peloton doit prendre les mesures nécessaires pour protéger les prisonniers détenus dans le camp. Voici les précisions qu'il a données à ce sujet :

[TRADUCTION] Disons que le chef de peloton s'est vu assigner la tâche d'assurer la sécurité du camp et de son périmètre, et de garder les prisonniers qui s'y trouvent. La première chose qu'il doit faire, c'est de chercher à savoir ce que signifie cette tâche. Il doit déterminer exactement ce qui va se faire et s'il a les ressources nécessaires à cet effet. Cela fait, il doit donner les ordres à ses subordonnés en leur expliquant exactement ce qui va se faire, en focalisant l'attention sur la question des prisonniers. Cette question se pose de deux façons. Une fois que vous avez les prisonniers, vous devez vous assurer qu'ils restent sous votre garde. Donc votre première obligation est naturellement de vous assurer qu'ils ne s'évadent pas, mais une fois que le prisonnier est entre vos mains, il n'est plus un combattant et, de ce fait, vous devez le traiter comme vous traitez votre propre personnel. Il est confié à vos soins et vous avez la responsabilité de prendre soin de lui, vous devez donc le protéger. Dans l'hypothèse que vous m'avez donnée, une fois que vous avez décidé de l'endroit où vous allez garder l'individu, vous devez vous assurer qu'il reçoit le même traitement humain que celui que vous accordez à vos propres troupes, à votre propre personnel . . . Vous avez l'entière responsabilité de la garde de l'individu, vous la conservez jusqu'au moment où vous recevez l'ordre de le remettre entre les mains de quelqu'un d'autre.¹³

Rappelons que selon l'articulation des faits constitutifs du deuxième chef d'accusation, Sox n'a pas «exercé convenablement son commandement vis-à-vis de ses subordonnés ainsi qu'il y était tenu». En ce qui concerne les mesures qu'au minimum un chef de peloton doit prendre pour prévenir le risque de lésions corporelles infligées à un prisonnier, on peut se référer à l'échange suivant qui figure dans la transcription de l'interrogatoire du lieutenant-colonel Geburt :

[TRADUCTION]

Q. Et pour ce qui est du commandement et du contrôle exercés par ce chef de peloton, est-il une norme minimum qu'il doit observer et des mesures minimum qu'il doit prendre dans ce cas pour asseoir son commandement et son contrôle sur les subordonnés pour la protection des prisonniers? R. Je dirais que oui. Pour ce qui est du commandement et du contrôle, l'officier exerce son commandement en vertu de

¹³ *Ibid.*, page 600.

¹³ *Ibid.*, page 600.

establish discipline within his own organization; he must establish his respect for his troops and his troops' respect towards him, and he passes out control by giving orders which are clear, concise, unambiguous and then he carries on that control by direct supervision of those orders ensuring those orders are followed and meet the standard that he wants met. *a*

And if the platoon commander tasked to have the platoon guard prisoners has put in place taskings for subordinates, as a minimum standard, does that platoon commander have a duty to follow-up with those people and establish it at path or chain of command to . . . A chain of command is always there. The only chain of command in a platoon is the section commanders to the platoon commander. That's the chain of command. When a platoon commander issues his orders that's the first part of the orders, the second part of the orders is a supervision aspect to ensure, to check, to coordinate, to liaise with second [sic] commanders and then downwards to the soldiers to ensure that those orders are being followed. *b*

Now, is that responsibility by holding the position of platoon commander or only if, again, ordered from above? No, the position. *c*

Can a platoon commander ignore that chain of command and leave it for a duty officer to handle? No. *d*

Could you explain for us why not? Again, that comes from the position of the platoon commander. The chain of command in a commando or company or whatever goes from the OC, in this case, the OC to the platoon commander. He's given that platoon commander a task. The platoon commander's task is to put in place a mechanism that allows that task to be completed and that . . . his section commanders report to him. The duty officer is an agent of the company commander or of the OC. He monitors things and to report situations, of course, back to the OC to say what's going on. He can give minor directions in certain administrative areas, but command rests with the platoon commander. *e*

In response to a second hypothetical question, Lieutenant-Colonel Geburt testified about additional steps which he considered ought to be taken to protect prisoners where the platoon commander had told his section commanders that they could abuse prisoners. There was of course evidence that Sox relayed an order to that effect. Lieutenant-Colonel Geburt noted that such an authorization to abuse would be totally improper and he outlined further corrective measures *f*

¹⁴ *Ibid.*, pages 601-603.

son grade; mais le contrôle est quelque chose qu'il doit s'assurer en faisant certaines choses. En premier lieu, il doit faire régner la discipline au sein de son unité; il doit respecter ses hommes et faire en sorte qu'ils le respectent; il amorce le processus de contrôle en donnant des ordres clairs, concis, dénués d'ambiguïté, et il exerce ce contrôle par la surveillance directe de l'exécution de ces ordres pour s'assurer qu'ils sont suivis et sont conformes à la norme qu'il a fixée en la matière.

Q. Et si le chef dont le peloton est chargé de garder des prisonniers a assigné des tâches à cet effet à ses subordonnés, est-il tenu à l'obligation, à titre de norme minimum, de suivre de près l'exécution de ces tâches et d'établir une chaîne de commandement pour . . . R. Il y a toujours une chaîne de commandement. Le seul maillon de la chaîne de commandement dans un peloton, ce sont les chefs de section. C'est ça la chaîne de commandement. Lorsque le chef de peloton donne des ordres, cela constitue la première phase. La seconde phase consiste en la surveillance pour s'assurer de l'exécution, pour vérifier, coordonner, pour être en communication avec l'échelon intermédiaire et puis avec les soldats, pour s'assurer que ces ordres sont suivis. *b*

Q. Cette responsabilité découle-t-elle des fonctions de chef de peloton ou découle-t-elle uniquement d'un ordre de l'autorité supérieure? R. Non, elle tient aux fonctions. *c*

Q. Un chef de peloton peut-il ignorer cette chaîne de commandement et en laisser la responsabilité à l'officier de garde? R. Non. *d*

Q. Pouvez-vous nous expliquer pourquoi? R. Cela découle encore des fonctions de chef de peloton. La chaîne de commandement dans un commando ou une compagnie ou autre unité part de l'officier commandant; en l'occurrence, de l'officier commandant au chef de peloton. Il a assigné à ce dernier une tâche. Cette tâche consiste à mettre en place un mécanisme d'exécution et . . . ses chefs de section lui rendent compte. L'officier de garde est un représentant du commandant de compagnie ou de l'officier commandant. Il suit de près ce qui se passe et en rend compte à l'officier commandant. Il peut donner des directives mineures dans certaines questions administratives, mais le chef de peloton garde le commandement. *e*

En réponse à une seconde question hypothétique, le lieutenant-colonel Geburt a expliqué quelles autres mesures seraient nécessaires pour protéger les prisonniers dans le cas où le chef de peloton a dit à ses chefs de section qu'ils pouvaient les brutaliser. Il a été certainement prouvé que Sox a transmis un ordre dans ce sens. Le lieutenant-colonel Geburt fait remarquer que pareille autorisation de brutaliser est tout à fait irrégulière, et il a donné un aperçu des autres *f*

¹⁴ *Ibid.*, pages 601 à 603.

that ought to be taken by the platoon commander in such circumstances.

In summary, the Judge Advocate's instruction on this point was adequate and there was ample evidence upon which the panel could conclude that Sox was under a military duty to see that Arone was not physically abused while detained in the bunker.

The second issue raised by the cross-appeal relates to the adequacy of the Judge Advocate's instructions to the panel as to the sort of negligence in performance of a military duty which triggers penal consequences under section 124 of the Act. It is the case that the Judge Advocate commenced his direction on this point with reference to certain notes in the *QR & O* which are not particularly helpful. Following this, however, his explanation concerning the applicable standard of care, together with the "marked departure" test repeated a number of times in the course of his instruction, generally conformed with recent Supreme Court of Canada decisions concerning counterpart provisions in the *Criminal Code* on criminal negligence causing death or bodily harm. Read as a whole, the Judge Advocate's direction to the panel on this subject was adequate.

The final issue raised in the cross-appeal relates to certain hearsay evidence admitted on Charge 1 and caught by the Judge Advocate's general direction to the panel that it could consider the evidence before it on Charge 1 in its deliberations on Charge 2. The hearsay in question took the form of certain statements made by Corporal Matchee to others about what he understood Sox to have authorized concerning maltreatment of prisoners. As previously noted, Matchee has been found unfit to stand trial, and he did not testify in the proceedings under review. What he had to say on this subject was, in fact, double hearsay in that he was not present at the orders group conducted by Sox and did not say that he had been told anything by Sox himself. Whether or not, in the circumstances, Matchee's utterances met the "reliability" threshold to warrant admission of such hearsay, the pertinent point is that such evidence had no apparent relevance to Charge 2, which is concerned

mesures correctives qu'un chef de peloton devrait prendre dans ce cas.

En bref, les directives données par le juge-avocat à ce sujet étaient conformes et il y avait abondamment de preuves sur la foi desquelles la formation pouvait conclure que Sox était tenu à la tâche ou mission militaire de s'assurer qu'Arone ne subirait pas de sévices physiques pendant qu'il était détenu à l'intérieur du blockhaus.

Le deuxième motif invoqué dans l'appel incident concerne la conformité des directives données par le juge-avocat à la formation sur la question de savoir dans quels cas l'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire entraîne les conséquences pénales prévues à l'article 124. Il est vrai que le juge-avocat a ouvert ses directives sur ce point par un rappel de certaines notes dans les *ORFC* qui ne sont pas très heureuses. Par la suite cependant, son explication de la norme de diligence applicable et la mention répétée du critère de la «déviation marquée» dans le cours de ses directives, sont généralement conformes aux décisions récentes de la Cour suprême du Canada relatives aux dispositions correspondantes du *Code criminel* sur la négligence criminelle causant la mort ou les lésions corporelles. Prises dans leur ensemble, les directives données par le juge-avocat à la formation étaient conformes à cet égard.

Le dernier point soulevé dans l'appel incident concerne certains témoignages rapportés par ouï-dire et admis en preuve à l'égard du premier chef d'accusation, lesquels se retrouvent dans les directives générales données par le juge-avocat qui a dit à la formation qu'en se prononçant sur le deuxième chef d'accusation, elle pouvait tenir compte des preuves produites à l'égard du premier chef. La preuve par ouï-dire en question consiste dans les propos tenus par le caporal Matchee à d'autres, savoir qu'à son avis, Sox avait autorisé les sévices sur la personne des prisonniers. Comme noté *supra*, il a été jugé que Matchee était inapte à passer en jugement, et il n'a pas témoigné dans le cadre de l'affaire en instance. Ce qu'il avait à dire à ce sujet était en fait du ouï-dire de seconde main, puisqu'il n'assistait pas au groupe d'ordres conduit par Sox et n'a pas dit que Sox lui ait dit quoi que ce soit directement. Que les propos rapportés de Matchee soient ou non suffisamment dignes

with what Sox did or failed to do following Arone's capture. At the same time, however, this evidence would have had little if any prejudicial effect on the panel, having regard to the admissions of fact and other evidence to which reference has been made concerning Sox's comments on this subject at his orders group.

Although this hearsay evidence was inadmissible on Count 2, I am satisfied that there has been no substantial miscarriage of justice within the meaning of those words in section 241 of the Act. It follows that this final argument raised in the cross-appeal also fails.

I conclude, therefore, that the cross-appeal should be dismissed.

THE CROWN'S SENTENCE APPEAL

The Crown seeks substitution of a more severe punishment than that imposed below, which was reduction in rank and a severe reprimand.

The principles governing an appeal from the sentence of a General Court Martial were reviewed in *R. v. Seward*¹⁵. There, this Court noted the need for restraint on the part of an appellate court in considering whether to vary a sentence on the basis of lack of fitness, citing formulations of the test set out in the recent decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Shropshire*¹⁶.

Having regard to the dismissal of the Crown's appeal relating to Count 3 and, of course, taking account only of the evidence before the General Court Martial, the sentence appealed from is not so clearly unreasonable or inadequate as to fall outside the "acceptable range" of such orders.

Accordingly, the Crown's appeal from sentence should be dismissed.

STRAYER C.J.: I agree.

de foi pour être admissibles en preuve, ce qui nous intéresse en l'espèce c'est qu'ils n'ont visiblement aucun rapport avec le deuxième chef d'accusation, qui concerne ce que Fox a fait ou n'a pas fait après la capture d'Arone. Par ailleurs, ce témoignage n'aurait eu que peu d'influence, si influence il y avait, sur la formation, eu égard aux aveux et autres témoignages qui ont été évoqués au sujet de ce qu'a dit Sox sur ce point lors du groupe d'ordres.

Bien que cette preuve par ouï-dire ne fût pas admissible à l'égard du deuxième chef d'accusation, je conclus qu'il y a pas eu erreur judiciaire grave au sens de l'article 241 de la Loi. Il s'ensuit que ce dernier argument proposé dans l'appel incident n'est pas fondé non plus.

Je conclus en conséquence qu'il faut rejeter l'appel incident.

L'APPEL A MINIMA DU MINISTÈRE PUBLIC

Le ministère public conclut à une peine plus sévère que celle appliquée en première instance, qui était la rétrogradation et le blâme.

Les principes régissant l'appel contre une sentence de cour martiale générale ont été rappelés dans *R. c. Seward*¹⁵, décision dans laquelle notre Cour, citant le critère applicable tel qu'il a été formulé dans la récente décision *R. c. Shropshire*¹⁶ de la Cour suprême du Canada, a souligné la nécessité pour la juridiction d'appel de faire preuve de retenue lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de modifier une sentence pour défaut de «justesse».

Eu égard au rejet de l'appel du ministère public au sujet du troisième chef d'accusation et compte tenu uniquement, bien entendu, des preuves produites devant la cour martiale, la sentence dont est appel n'est pas nettement excessive ou inadéquate au point de sortir des «limites raisonnables».

En conséquence, il faut rejeter l'appel a minima du ministère public.

LE JUGE EN CHEF STRAYER : Je souscris aux motifs ci-dessus.

¹⁵ *Supra*, note 3, esp. at pages 447-450.

¹⁶ [1995] 4 S.C.R. 227 at 249-250.

¹⁵ Note 3 *supra*, en particulier pages 447-450.

¹⁶ [1995] 4 R.C.S. 227, pages 249 et 250.

DESIARDINS J.A.: I concur.

LE JUGE DESIARDINS, J.C.A. : Je souscris aux motifs
ci-dessus.

a