

Her Majesty the Queen*Appellant,*

v.

Joseph Carol Aristide Mathieu(Lieutenant-Colonel, Canadian Forces) *Respondent.*

INDEXED AS: R v. MATHIEU

File No.: CMAC 379

Heard: Ottawa, Ontario, 22 September, 1995

Judgment: Ottawa, Ontario, 6 November, 1995

Present: Hugessen, Des Roches and Meyer JJ.A

On appeal from a decision of a General Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 30 May, 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23 and 24 June, 1994.

Negligent performance of a military duty — National Defence Act, section 124 — Standard of liability is objective — Test is what a reasonable person would have done in the circumstances.

The respondent, Lieutenant-Colonel Mathieu, was the Commanding Officer of the Airborne Battle Group which deployed to Somalia during Operation Deliverance. On January 28, 1993, the respondent, concerned about the security of his camp and the situation created by infiltrations and break-ins, spoke to his subordinates about the use of force against thieves and looters fleeing the camp. It appeared the respondent told his troops that they could fire at a thief who is running away outside the perimeter of the camp as long as they were not certain that the thief was not carrying a firearm in his hands; and if they fired, they had to aim between the feet and the knees.

On March 4, 1993, a Somali was killed by a patrol outside the camp in which the helicopters were kept. Shortly afterwards, the respondent prohibited his troops from using deadly force against looters except where it could be positively ascertained that a thief was fleeing with a firearm in his hands.

The respondent was charged under section 124 of the *National Defence Act* with negligent performance of a military

Sa Majesté la Reine*Appelante,*

a c.

Joseph Carol Aristide Mathieu(Lieutenant-colonel, Forces Canadiennes) *Intimé.*

RÉPERTORIÉ : R. c. MATHIEU

N° du greffe : CACM 379

Audience : Ottawa (Ontario), le 22 septembre 1995

Jugement : Ottawa (Ontario), le 6 novembre 1995

Devant : les juges Hugessen, DesRoches et Meyer, J.C.A.

En appel d'une décision prononcée par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), le 30 mai et les 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23 et 24 juin 1994.

Négligence dans l'exécution d'un devoir militaire — Loi sur la défense nationale, article 124 — La norme de responsabilité est objective — Le critère est de savoir ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances.

L'intimé, le lieutenant-colonel Mathieu, était le commandant du groupement tactique déployé en Somalie au cours de l'opération Délivrance. Le 28 janvier 1993, l'intimé, inquiet de la sécurité de son campement et de la situation créée par les infiltrations et les cambriolages, a parlé à ses subordonnés concernant l'usage de la force contre les voleurs et les pillards qui s'enfuyaient du campement. Il ressort que l'intimé a dit à ses subordonnés qu'ils pouvaient tirer sur un voleur qui se sauvait à l'extérieur du périmètre du campement s'ils n'étaient pas certains qu'il ne tenait pas une arme à feu dans ses mains; et qu'ils devaient tirer, le cas échéant, entre les pieds et les genoux.

Le 4 mars 1993, un Somalien est tué par une patrouille à l'extérieur du campement dans lequel se trouvaient les hélicoptères. Peu après cet incident, l'intimé a interdit à ses troupes de faire usage d'une force meurtrière contre les pillards sauf dans les cas où l'on pouvait s'assurer de façon positive qu'un voleur s'enfuyait avec une arme à feu dans les mains.

L'intimé a été accusé, en vertu de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*, d'avoir accompli avec négligence un

duty; in that by issuing the above order, directive or authorization, he failed to comply with the Canadian Rules of Engagement issued for Operation Deliverance, even though it was his duty to do so.

The respondent was acquitted of the above charge by a General Court Martial. The prosecution appealed.

Held: Appeal allowed. New trial ordered.

The Judge Advocate erred by directing the members of the Court that the test to be applied was subjective rather than objective. For penal negligence offences, the applicable standard of liability is an objective standard based on the Court's assessment of what a reasonable person would have done in the circumstances. Except where the accused claims incapacity, which is not the case here, this standard applies to establish both the *actus reus* and the *mens rea*. Since the standard is objective, it is the act itself that must be assessed; the actor's intention, will and alleged good faith are irrelevant. By espousing the standard of subjective negligence, the Judge Advocate committed an error that vitiates the verdict and requires that a new trial be held.

The Judge Advocate also erred in ruling that a witness could not tell the Court what actions he took after receiving the orders or directions in question. This evidence was relevant and should not have been excluded. However, this error would not have justified setting aside the verdict of acquittal.

COUNSEL:

Lieutenant-Colonel Michel Crowe and Lieutenant-Colonel Benoit Pinsonneault, for the appellant

Lieutenant-Colonel Denis Couture, for the respondent

STATUTE AND REGULATIONS CITED:

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5 ss. 83, 124

Canadian Joint Force Somalia: Rules of Engagement - Operation Deliverance, General A.J.G.D. de Chastelain, 11 December 1992, r. 3, 4, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 20, 30

CASES CITED:

R. v. Creighton [1993] 3 S.C.R. 3
R. v. Gosset [1993] 3 S.C.R. 76
R. v. MacKenzie [1993] 1 S.C.R. 212

devoir militaire, en ce que, donnant l'ordre, directive ou autorisation mentionné ci-dessus, il a omis d'observer les règles canadiennes d'engagement émises dans le cadre de l'opération Délivrance, alors qu'il était son devoir de le faire.

La cour martiale générale a acquitté l'intimé de ces accusations. La poursuite a interjeté appel.

Arrêt : L'appel est accueilli. Un nouveau procès est ordonné.

Le juge-avocat a commis une erreur en indiquant aux membres de la cour que la norme de responsabilité était subjective plutôt qu'objective. Les infractions de négligence pénale comportent une norme de responsabilité objective basée sur l'appréciation faite par la cour de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. Sauf dans les cas d'une prétendue incapacité chez l'accusé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, cette norme s'applique tant pour établir l'*actus reus* que la *mens rea*. La norme était objective, c'est l'acte lui-même qu'il faut apprécier; l'intention et la volonté de son auteur, aussi bien que sa prétendue bonne foi, ne sont tout simplement pas pertinentes. En épousant la norme de négligence subjective, le juge-avocat a commis une erreur qui vicie le verdict et exige la tenue d'un nouveau procès.

Le juge-avocat a aussi commis une erreur en statuant qu'un témoin ne pouvait pas dire à la cour quelles actions il avait faites après avoir reçu les ordres ou les directives en question. Cet élément de preuve était pertinent et n'aurait pas dû être écarté. Toutefois, cette erreur n'aurait pas justifié l'annulation du verdict d'acquiescement.

AVOCATS :

Lieutenant-colonel Michel Crowe et Lieutenant-colonel Benoit Pinsonneault, pour l'appelante

Lieutenant-colonel Denis Couture, pour l'intimé

LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS :

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 83, 124

Forces interarmées du Canada en Somalie : Règles d'engagement — Opération «Deliverance», Général A.J.G.D. de Chastelain, le 11 décembre 1992, r. 3, 4, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 20, 30

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. c. Creighton [1993] 3 R.C.S. 3
R. c. Gosset [1993] 3 R.C.S. 76
R. c. MacKenzie [1993] 1 R.C.S. 212

R. v. Morin [1988] 2 S.C.R. 345

The following is the English version of the reasons for judgment delivered by

HUGESSEN J.A.: This is an appeal by the prosecution from a decision of a General Court Martial acquitting the accused of a charge of negligently performing his military duty contrary to section 124 of the *National Defence Act*.¹

The accused was the commanding officer of the Canadian Airborne Regiment Battle Group in Somalia. At the very end of 1992, the Regiment was sent to Somalia to take part in an operation known as Operation Deliverance. The purpose of the operation was to secure the humanitarian aid zone of Belet Huen by means of a military force. This mission involved liberating the zone from the bandits and militias that were occupying it, protecting humanitarian aid convoys, protecting food distribution sites and helping to restore a normal life. The Canadian Forces participated in Operation Deliverance in co-operation with forces from other countries, including the United States. The purpose of the operation was to establish a peaceful environment by force so that the humanitarian organizations could do their work: it was not a traditional peacekeeping operation.

All of the Canadian Forces in Somalia were placed under the command of Colonel Labbé. Most of the troops, namely the Airborne Battle Group, were placed under the command of Lieutenant-Colonel Mathieu, the accused.

When the Canadian Forces arrived in Belet Huen, the situation was chaotic and dangerous. There was no civil government in place. The position of the Canadian Forces was made perilous by the presence of a number of well-armed militias and technicals (armoured trucks). The main Canadian camp at Belet Huen was set up five kilometres from the town. It was an area of about five hundred metres square surrounded by a perimeter made of rolls of barbed wire.

R. c. Morin [1988] 2 R.C.S. 345

Ce qui suit sont les motifs du jugement prononcés en français par

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. : Il s'agit d'un appel par la poursuite d'une décision d'une Cour martiale générale qui a acquitté l'accusé d'une accusation, portée en vertu de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*¹, de négligence dans l'exécution de son devoir militaire.

L'accusé a été le commandant du Groupement Tactique du Régiment aéroporté du Canada en Somalie. À la toute fin de 1992, le Régiment a été envoyé en Somalie pour participer à une opération connue sous le nom Opération Délivrance. Le but de l'opération était de rendre sécuritaire le secteur d'aide humanitaire de Belet Huen au moyen d'une force militaire. Les tâches à l'intérieur de cette mission consistaient à libérer cette zone des bandits et des milices qui l'occupaient, assurer la protection des convois d'aide humanitaire, protéger les sites de distribution de nourriture et aider à rétablir une vie normale. Les Forces canadiennes participaient à l'Opération Délivrance de concert avec les forces d'autres pays, notamment les États-Unis. L'opération visait l'instauration par la force d'un environnement paisible permettant aux oeuvres humanitaires d'effectuer leur travail; il ne s'agissait pas d'une opération traditionnelle de maintien de la paix.

L'ensemble des Forces canadiennes en Somalie était placé sous le commandement du colonel Labbé. Le gros des troupes, soit le Groupement Tactique aéroporté, était placé sous le commandement du lieutenant-colonel Mathieu, l'accusé.

À l'arrivée des Forces canadiennes à Belet Huen, la situation était chaotique et dangereuse. Il n'y avait pas de gouvernement civil en place. La position des Forces canadiennes était rendue périlleuse par la présence de plusieurs milices bien armées et de «technicals» (camions blindés). Le principal campement canadien à Belet Huen était érigé à cinq kilomètres de la ville. Il s'agissait d'un terrain d'environ cinq cent mètres de côté entouré d'un périmètre composé de

¹ R.S.C. 1985, c. N-5.

¹ L.R.C. 1985, chap. N-5

The enclosures were lit by lamps powered by generators. Despite these precautions, however, attempts to infiltrate the Canadian camps were made, especially by young Somali adults and teenagers, generally unarmed, who slipped under the barbed wire. There were several thefts of soldiers' personal effects and other equipment, such as cans of diesel fuel, binoculars and a barrack box.

However, until the incidents that gave rise to the charge in the instant case, the evidence does not mention any theft of a firearm. Nor were the Canadian camps ever attacked by an armed force or militia.

As commanding officer of the Battle Group, the accused met with his orders group every morning at eight o'clock to be informed of the previous day's events and to issue directives to his officers. On January 28, 1993 the accused was very concerned about the security of his camp and the situation created by infiltrations and break-ins. He feared that weapons and ammunition would be stolen. At the meeting of the orders group, he spoke to his subordinates about the use of force against thieves and looters fleeing the camp. It is not clear from the evidence whether he gave an order, directive or authorization (the distinction seems of little importance in the circumstances) or whether it was necessary, before opening fire, to give verbal warnings and fire warning shots rather than simply shooting on sight. However, two things seem clear: the troops under his command could fire at a thief who was running away outside the perimeter as long as they were not certain that the thief was not carrying a firearm in his hands; and if they fired, they had to do so between the feet and the knees ("fire between the skirt and the flip-flops").

Two days later, the accused informed the local tribal kings and elders in the Belet Huen region that the Canadian Forces intended to fire on looters and thieves.

On March 4, 1993 a Somali man was killed by a patrol outside the camp in which the helicopters were kept. Shortly after this incident, the accused changed

rouleaux de fil barbelé. Les clôtures étaient éclairées à l'aide de lampes actionnées par génératrices. Malgré ces précautions, toutefois, les campements canadiens ont subi des tentatives d'infiltration surtout par des jeunes adultes et adolescents Somaliens, généralement non-armés, qui se glissaient sous le fil barbelé. Il y eut plusieurs incidents de vols des effets personnels des soldats et d'autres équipements tels des bidons de diesel, des jumelles, une valise etc.

Toutefois, jusqu'au moment des incidents donnant lieu à l'accusation ici en cause, la preuve ne mentionne aucun vol d'une arme à feu. Également, les campements canadiens n'ont jamais été attaqués par une force armée ou des milices.

Comme commandant du Groupement Tactique, l'accusé convoquait son groupe d'ordres à tous les matins à huit heures afin de s'informer des événements de la journée précédente et pour diffuser ses directives auprès de ses officiers. Le 28 janvier 1993, l'accusé était très inquiet de la sécurité de son campement et de la situation créée par les infiltrations et les cambriolages. Il craignait des vols d'armes et de munitions. Lors de la réunion du groupe d'ordres, il a parlé à ses subordonnés concernant l'usage de force contre les voleurs et les pillards qui s'enfuyaient du campement. La preuve n'indique pas clairement s'il s'agissait d'un ordre, d'une directive ou d'une autorisation (la distinction me paraît être de peu d'importance dans les circonstances), ni encore s'il fallait nécessairement, avant d'ouvrir le feu, donner des avertissements verbaux et des coups de semonce plutôt que de simplement tirer à vue. Il semble, toutefois, que deux choses sont constantes : les troupes sous son commandement pouvaient tirer sur un voleur qui se sauvait à l'extérieur du périmètre tant qu'elles n'étaient pas certaines qu'il ne portait pas une arme à feu dans ses mains; et qu'elles devaient tirer, le cas échéant, entre les pieds et les genoux («fire between the skirt and the flip-flops»).

Deux jours plus tard, l'accusé a avisé les chefs des clans locaux dans la région de Belet Huen de l'intention des Forces canadiennes de tirer sur les pillards et les voleurs.

Le 4 mars 1993, un Somalien est tué par une patrouille à l'extérieur du campement dans lequel se trouvaient les hélicoptères. Peu après cet incident,

the position taken at the meeting of the orders group on January 28 and prohibited his troops from using deadly force against looters except where it could be positively ascertained that a thief was fleeing with a firearm in his hands.

The charge against the accused was laid under section 124 of the *National Defence Act*, which 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.

The indictment was in the following terms:

[TRANSLATION] NEGLIGENTLY PERFORMED A MILITARY DUTY IMPOSED ON HIM

Particulars: In that, from on or about January 27, 1993 to about mid-March 1993, near Belet Huen in the Republic of Somalia, while he was the officer in command of the Canadian Airborne Regiment Battle Group, he did, by issuing an order to his subordinates to fire on looters/thieves of equipment fleeing Canadian camps, fail to comply with the Canadian rules of engagement issued for Operation Deliverance, even though it was his duty to do so.

The rules of engagement referred to in the indictment were issued under the authority of the Chief of Defence Staff and state that they "constitute orders to Commanders and Commanding Officers". The most relevant paragraphs of the rules of engagement issued to the Canadian Joint Force Somalia for Operation Deliverance read as follows:

3.(C) The purpose of these Rules of Engagement is to provide guidance and instructions to Commanders and Commanding Officers within the framework of overall political directives. These ROE define the degree and manner in which force may be applied and are designed to ensure that the application of force is carefully controlled. These ROE are intended to inform Commanders of the degree of constraint or freedom permitted when carrying out their assigned tasks. They are not intended for use to assign specific tasks. Rather, they are designed to help achieve Canadian objectives and maximum survivability of Canadian forces in a confrontation with hostile forces. Nothing in these rules, however, negates a Commander's obligation to take all necessary and appropriate action in self-defence.

4.(C) Military action against hostile forces or forces exhibiting hostile intent is authorized to the degree necessary to overcome

l'accusé à modifié la position prise lors de la réunion du groupe d'ordres du 28 janvier et a interdit à ses troupes de faire usage de force meurtrière contre les pillards sauf dans les cas où l'on pouvait s'assurer de façon positive qu'un voleur s'enfuyait avec une arme à feu dans ses mains.

L'accusation contre l'accusé est portée en vertu de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale* qui se lit comme il suit :

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.

L'acte d'accusation est dans les termes suivants :

A ACCOMPLI AVEC NÉGLIGENCE UN DEVOIR MILITAIRE À LUI IMPOSÉ

Détails : En ce que, entre le ou vers le 27 janvier 1993 et la ou vers la mi-mars 1993 près de Belet Huen en République de Somalie, alors qu'il était l'officier commandant le Groupement Tactique du Régiment aéroporté du Canada, il a en émettant un ordre à ses subalternes de tirer sur les pillards/voleurs d'équipement s'enfuyant des campements canadiens, omis d'observer les règles canadiennes d'engagement émises dans le cadre de l'Opération Délivrance, alors qu'il était son devoir de le faire

Les règles d'engagement auxquels se réfère l'acte d'accusation sont émises sous l'autorité du chef de l'état major de la défense et, selon leurs termes, «constituent les ordres pour les commandants». Voici, les paragraphes les plus pertinents des règles d'engagement émises aux Forces interarmées Canada en Somalie pour l'Opération Délivrance :

3.(C) Le but de ces règles d'engagement est de fournir la direction et les directives aux commandants, dans le cadre des directives politiques globales. Ces règles d'engagement définissent le degré et la manière dont la force peut être appliquée et sont destinées à assurer que l'application de la force est contrôlée soigneusement. Elles sont prévues pour informer les commandants du degré de contrainte ou de liberté permis dans l'exercice de leurs fonctions assignées. Elles ne sont pas prévues pour assigner des tâches particulières. Elles sont plutôt destinées à aider l'atteinte des objectifs canadiens et la survie des Forces canadiennes dans un affrontement avec des forces hostiles. Rien dans ces règles, cependant, n'enlève aux commandants l'obligation de prendre les actions nécessaires et appropriées en cas d'autodéfense.

4.(C) L'action militaire contre des forces hostiles ou celles démontrant des intentions hostiles, est autorisée jusqu'au

an immediate threat. Commanders must exercise critical judgment before unilaterally employing force to execute their obligation for self-defence. Any force used should be limited in scope and intensity and conducted in such a manner as to discourage escalation.

6.(C) Subordinate commanders may request additional direction through the Commander Canadian Joint Force SOMALIA (CJFS) if the existing guidance is insufficient or a particular situation is not adequately covered by the ROE. Clarification must be sought for any apparent discrepancy within ROE in effect.

DEFINITIONS OF HOSTILITY

7.(C) The following definitions of hostility are to be used in conjunction with the application of these ROE:

- a. Hostile Act. An opposing force or terrorist unit commits a hostile act when it attacks or otherwise uses armed force against Canadian forces, Canadian citizens, their property, Coalition forces, relief personnel, relief materiel, distribution sites, convoys and noncombatant civilians, or employs the use of force to preclude or impede the mission of Canadian or Coalition forces.
- b. Hostile Intent. Hostile intent is the threat of imminent use of force against Canadian forces, Canadian citizens, their property, Coalition forces, relief personnel, relief materiel, distribution sites, convoys and noncombatant civilians. A clear example of hostile intent would be the aiming of a weapon.
- c. Hostile Force. Any individual, force or terrorist unit whether civilian, para-military or military, with or without national designation, that has committed a hostile act or demonstrated hostile intent.
- d. Terrorist Attacks. Terrorist attacks are usually undertaken by civilian or paramilitary organizations or individuals under circumstances in which a determination of hostile intent may be difficult. The definitions of hostile act and hostile intent set forth above will be used in situations in which terrorist attacks are likely.

DEFENCE CONCEPT

8.(U) The Inherent Right of Self-Defence. Nothing in these rules negates a Commander's obligation to take all necessary and appropriate action for self-defence. Self-defence is the act of defending a particular unit of Canadian forces, or an element or individual thereof, in the event of the demonstration of hostile intent or of a hostile act. The need to exercise self-defence may arise in situations ranging from apparently unrelated localized, low-level conflicts to prolonged engagements.

niveau nécessaire pour venir à bout d'une menace immédiate. Les commandants doivent exercer un jugement critique avant d'employer la force unilatéralement pour exécuter leur obligation d'autodéfense. Toute force utilisée devrait être limitée en portée et en intensité, ainsi qu'être menée de telle sorte qu'elle décourage l'escalade.

6.(C) Les commandants subordonnés peuvent demander des directives additionnelles par l'entremise du commandant de la Force interarmées du Canada en Somalie (FIC Somalie), si les directives existantes sont insuffisantes ou si une situation particulière n'est pas couverte adéquatement par les règles d'engagement. Des éclaircissements doivent être demandés pour tout désaccord dans les règles d'engagement en application.

DÉFINITIONS D'HOSTILITÉ

7.(C) Les définitions suivantes d'hostilité doivent être utilisées conjointement avec l'application de ces règles d'engagement :

- a. Acte hostile. Une force ennemie ou une unité terroriste commet un acte hostile lorsqu'elle attaque ou utilise autrement la force armée contre les Forces canadiennes, les citoyens canadiens, leurs biens, les forces de la coalition, le personnel de secours, le matériel de secours, les sites de distribution, les convois et les civils non combattants, ou qu'elle utilise la force pour empêcher ou entraver la mission des Forces canadiennes ou des forces de la coalition.
- b. Intention hostile. Une intention hostile est une menace d'utilisation imminente de la force contre les Forces canadiennes, les citoyens canadiens, leurs biens, les forces de la coalition, le personnel de secours, le matériel de secours, les sites de distribution, les convois et les civils non combattants. Un exemple évident d'intention hostile serait le pointage d'une arme.
- c. Force hostile. Tout individu, force ou unité terroriste, civil, paramilitaire ou militaire, avec ou sans désignation nationale, qui a commis un acte hostile ou a démontré une intention hostile.
- d. Attaques terroristes. Les attaques terroristes sont habituellement entreprises par des organisations civiles ou paramilitaires, ou par des individus dans des circonstances où la détermination d'une intention hostile peut être difficile. Les définitions d'acte hostile et d'intention hostile présentées ci-dessus seront utilisées dans des situations dans lesquelles les attaques terroristes sont probables.

CONCEPT DE DÉFENSE

8.(SC) Le droit inhérent à l'autodéfense. Rien dans ces règles n'enlève à un commandant l'obligation de prendre toutes les actions nécessaires et appropriées pour son autodéfense. L'autodéfense est un acte de défense d'une unité particulière des Forces canadiennes, un élément ou encore un individu, dans le cas d'une démonstration d'une intention hostile ou d'un acte hostile. Le besoin d'exercer l'autodéfense peut survenir dans des situations allant de conflits de bas niveau, localisés et apparemment non-relés, à des engagements prolongés.

9.(C) Elements of Self-Defence. The application of force depends upon two elements:

a. Necessity. The requirement that a hostile act occur or that a hostile force or terrorist unit exhibit hostile intent.

b. Proportionality. The requirement that the use of force, up to and including deadly force, be in all circumstances reasonable in intensity, duration, and magnitude based on all facts known to the Commander at the time, to counter the hostile act or hostile intent and to ensure the continued safety of Canadian forces, Canadian citizens, their property, Coalition forces, relief personnel, relief materiel, distribution sites, convoys and noncombatant civilians.

13.(S) The following situations may constitute threats to the mission of Coalition forces to provide a secure environment for humanitarian relief operations within the mandate of UNSCR 794. Action may be taken as indicated:

a. Crew Served Weapons. Crew served weapons are a threat to Canadian forces and the relief effort.

Response. Commanders are authorized to use all necessary force up to and including deadly force, to confiscate or render militarily ineffective crew served weapons when these weapons interfere with the ability to provide a secure environment for humanitarian relief operations within the mandate of UNSCR 794.

b. Armed Individuals. Armed individuals may be considered a threat to Canadian forces and the relief effort whether or not the individuals demonstrate hostile intent.

Response. Commanders are authorized to use all necessary force, up to and including deadly force, to disarm groups or individuals that may be threatening the provision of a secure environment for humanitarian relief operations within the mandate of UNSCR 794. In the absence of a hostile act, individuals and associated vehicles will be released after any weapons are confiscated or rendered militarily ineffective.

14.(C) The response taken to the above threat situations may result in hostile intent being demonstrated or a hostile act being committed in which case engagement is authorized in accordance with the following paragraphs.

ENGAGEMENT

15.(C) Circumstances and limitations exist under which Canadian forces will engage hostile forces. Commander CJFS will ensure that subordinate commanders will act in accordance with the following guidelines to defend against a hostile act or hostile intent:

9.(C) Éléments d'autodéfense. L'application de la force dépend de deux éléments :

a. Nécessité. Le besoin qu'un acte hostile survienne ou qu'une force hostile ou une unité terroriste montre une intention hostile.

b. Proportionnalité. Le besoin que l'usage de la force, jusqu'à et incluant une force meurtrière, soit raisonnable en intensité, en durée et en importance, dans toutes les circonstances, basé sur tous les faits connus par le commandant à ce moment, pour contrecarrer l'acte hostile ou l'intention hostile et pour assurer la sûreté continue des Forces canadiennes, des citoyens canadiens, de leurs biens, des forces de la coalition, du personnel de secours, du matériel de secours, des sites de distribution, des convois et des civils non combattants.

13.(S) Les situations suivantes peuvent constituer des menaces à la mission des forces de la coalition, pour fournir un environnement sécuritaire pour les opérations de secours humanitaire, à l'intérieur du mandat de la RCSNU 794. L'action peut être prise, tel qu'indiqué :

a. Armes collectives. Les armes collectives sont une menace aux Forces canadiennes et à l'effort de secours.

Réponse. Les commandants sont autorisés à utiliser toute la force nécessaire, allant jusqu'à et incluant une force meurtrière, pour confisquer ou rendre inefficaces militairement les armes collectives, lorsque ces armes entravent la capacité de fournir un environnement sécuritaire pour les opérations de secours humanitaire au sein du mandat de la RCSNU 794.

b. Individus armés. Les individus armés peuvent être considérés comme une menace aux Forces canadiennes et à l'effort de secours, que les individus démontrent une intention hostile ou non.

Réponse. Les commandants sont autorisés à utiliser toute la force nécessaire, allant jusqu'à et incluant une force meurtrière, pour désarmer les groupes et les individus qui peuvent menacer l'établissement d'un environnement sécuritaire pour les opérations de secours humanitaire au sein du mandat de la RCSNU 794. En l'absence d'un acte hostile, les individus et les véhicules associés seront libérés après que toutes armes aient été confisquées ou rendues inefficaces militairement.

14.(C) La réponse donnée aux situations de menace ci-dessus peut entraîner la démonstration d'une intention hostile ou la perpétration d'un acte hostile, dans lequel cas, un engagement est autorisé conformément aux paragraphes suivants.

ENGAGEMENT

15.(C) Des circonstances et des limitations existent, en vertu desquelles les Forces canadiennes engageront des forces hostiles. Le commandant de la FIC Somalie s'assurera que les commandants subordonnés agiront conformément aux directives suivantes pour se défendre contre un acte hostile ou une intention hostile :

- a. Attempt to Control Without the Use of Force. The use of deadly force is to be regarded as a measure of last resort. When time and conditions permit, the hostile force should be warned and given the opportunity to withdraw or cease threatening actions. The on-scene commander should employ steps such as manoeuvres, visual signals, warning shots, or other comparable measures that do not involve the application of force to convince the hostile force to withdraw or cease its threatening action. Warning shots should only be used as a final means of warning. Since any course of action to increase protection may also increase the risk of provocation and escalation, careful planning for all eventualities, coupled with a sound operational assessment of the military evidence and indicators of possible hostile intent by a force or terrorist unit, is essential to support action taken.
- b. Minimum Force to Control the Situation. Although Canadian forces may use deadly force in response to a hostile act or when there is clear evidence of hostile intent, when the use of force in self-defence is warranted, the nature, duration, and scope of the engagement should not exceed that which is necessary and proportional.
- c. Attack to Disable or Destroy. An attack to disable or destroy hostile forces is authorized when it becomes evident that such action is the only prudent means by which a hostile act can be prevented or terminated. When such conditions exist, engagement is authorized only until the hostile force no longer poses an immediate threat. Response to hostile fire will be rapid and directed at the source of hostile fire, using only that force necessary and proportional to eliminate the threat.
- d. Pursuit of Hostile Forces. In situations for which disablement or destruction of a hostile force is required in self-defence, immediate pursuit of the hostile force may be initiated and continued as long as that force constitutes an imminent threat.
- 20.(U) Unarmed Harassment. If Canadian forces, Canadian citizens, their property, Coalition forces, relief personnel, relief materiel, distribution sites, convoys and noncombatant civilians are attacked or threatened by unarmed elements, mobs and/or rioters, Canadian forces are authorized to employ minimum force to repel the attacks or threats. Canadian forces should first employ the following procedures:
- a. verbal warnings to demonstrators (in native language, if possible);
- b. show of force, including the use of riot control formations; and
- a. Tentative de contrôle sans l'usage de la force. L'usage d'une force meurtrière doit être considérée comme une mesure de dernier recours. Lorsque le temps et les conditions le permettent, la force hostile devrait être prévenue et on devrait lui donner l'opportunité de se replier ou de cesser les actions menaçantes. Le commandant sur les lieux devrait utiliser des étapes, telles manoeuvres, signes visuels, coups de feu d'avertissement ou autres mesures comparables, qui n'impliquent pas l'application de la force, pour convaincre la force hostile de se replier ou de cesser ses actions menaçantes. Des coups de feu d'avertissement devraient seulement être tirés en guise de moyen final d'avertissement. Étant donné que toute action entreprise pour augmenter la protection peut également augmenter le risque de provocation ou d'escalade, une planification attentive de toutes les éventualités, complétée par une évaluation opérationnelle juste, des signes militaires et des indicateurs d'intentions hostiles possibles par une force ou une unité terroriste, est essentielle pour appuyer l'action entreprise.
- b. La force minimale pour contrôler la situation. Bien que les Forces canadiennes peuvent utiliser une force meurtrière en réponse à un acte hostile ou lorsqu'il y a évidence précise d'une intention hostile, l'usage de la force en guise d'autodéfense sera modulé par la nature, la durée et le but de l'engagement, ce dernier ne devant pas excéder ce qui est nécessaire et proportionnel.
- c. Attaque dans le but de mettre hors combat ou de détruire. Une attaque ayant pour but de mettre hors combat ou de détruire les forces hostiles est autorisée lorsqu'il devient évident qu'une telle action est le seul moyen prudent par lequel un acte hostile peut être empêché ou terminé. Lorsque de telles conditions existent, l'engagement est autorisé seulement jusqu'à ce que la force hostile ne pose plus de menace immédiate. La réponse au tir hostile sera rapide et dirigée vers la source de tir hostile, utilisant seulement la force nécessaire et proportionnelle pour éliminer la menace.
- d. Poursuite des forces hostiles. Dans les situations pour lesquelles la mise hors combat ou la destruction d'une force hostile est requise en guise d'autodéfense, la poursuite de la force hostile peut être amorcée et prolongée aussi longtemps que la force constitue une menace imminente.
- 20.(C) Harcèlement non armé. Si les Forces canadiennes, les citoyens canadiens, leurs biens, les forces de la coalition, le personnel de secours, le matériel de secours, les sites de distribution, les convois et les civils non combattants sont attaqués ou menacés par des éléments non armés, foules et/ou émeutiers, les Forces canadiennes sont autorisées à employer la force minimale pour repousser les attaques ou les menaces. Les Forces canadiennes devraient d'abord employer les procédures suivantes :
- a. avertissements verbaux aux manifestants (dans la langue du pays, si possible);
- b. démonstration de force, y compris l'usage de formations de contrôle d'émeutes; et

c. warning shots.

30.(S) ROE Changes. Only the CDS will approve changes to these ROE. Recommended changes or additions must be submitted through Commander CJFS to CDS clearly supporting the request with substantiation.

It is apparent from reading this document that it gives the commanders and commanding officers to whom it is addressed a large degree of discretion.

However, it is clear that deadly force was to be used only with great care and that only minimum force could be used to repel attacks or threats by unarmed elements.

The indictment does not charge the accused with disobeying a command, which is a much more serious offence under section 83 of the *National Defence Act*:

83. Every person who disobeys a lawful command of a superior officer is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for life or to less punishment.

Rather, what Lieutenant-Colonel Mathieu is accused of is being negligent by failing to correctly observe the rules of engagement. He is thus accused of breaching the duty of care that the *Act* imposes on all soldiers responsible for performing a military duty. This duty of care is even more important where, as here, the soldier is authorized to use potentially deadly force and to endanger human life. Was the accused negligent in allowing his troops to open fire on looters so long as it had not been ascertained with certainty that they were unarmed?

Since this is a criminal offence, it is of course not sufficient for the prosecution to prove mere civil negligence; what must be shown is penal negligence.

The Crown's appeal in the case at bar principally concerns the directions that the Judge Advocate gave to the Court on the issue of negligence.

c. coups de feu d'avertissement.

30.(S) Modificatifs aux règles d'engagement. Seul le CEMD approuvera les modificatifs à ces règles d'engagement. Les recommandations de modificatifs ou ajouts doivent être soumis au CEMD, par l'entremise du commandant de la FIC Somalie, qui doit appuyer clairement la demande, avec justification.

À la lecture de ce texte, l'on note qu'il laisse aux commandants auxquels il est adressé une large mesure de discrétion.

Il est toutefois clair que la force meurtrière ne devait être employée qu'avec grande prudence et que seulement la force minimale pouvait être employée pour repousser des attaques ou menaces par des éléments non-armés.

L'acte d'accusation ne reproche pas à l'accusé d'avoir désobéi à un ordre, une infraction beaucoup plus sérieuse en vertu de l'article 83 de la *Loi sur la défense nationale* :

83. Quiconque désobéit à un ordre légitime d'un supérieur commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale l'emprisonnement à perpétuité.

Ce qu'on reproche plutôt au lieutenant-colonel Mathieu est d'avoir été négligeant en omettant d'observer correctement les règles d'engagement. Il s'agit donc d'un manquement au devoir de prudence que la *Loi* impose à tout militaire chargé de l'accomplissement d'une tâche ou mission militaire. Ce devoir est encore plus important dans un cas, comme en l'espèce, où un militaire est autorisé à employer une force potentiellement meurtrière et de mettre en danger la vie humaine. Est-ce que l'accusé a été négligent en permettant à ses troupes d'ouvrir le feu sur les pillards tant qu'il n'était pas établi avec certitude que ceux-ci n'étaient pas armés?

S'agissant d'une infraction pénale, il ne suffit pas évidemment pour la poursuite de prouver une simple négligence civile; ce qu'il faut établir, c'est la négligence pénale.

L'appel de la Couronne, en l'espèce, porte principalement sur les directives que le juge-avocat a données à la Cour sur cette question de négligence.

In his main closing address, the Judge Advocate gave two definitions of negligence. First, he said the following:

[TRANSLATION] I will now say a few words about negligence. The word negligence refers to the failure to perform a military duty that is imposed by law, practice or custom and of which the accused was or should have been aware. To be punishable under this section, the negligence must be culpable. If the negligence is wilful, that is, intentional, it is clearly culpable. If it results from an error in judgment made in good faith and does not involve a lack of zeal or a careless or intentional omission to take the appropriate measures, it is equally clear that it is irreproachable and cannot justify a conviction. [my emphasis] [at 964]

Later, just before summarizing the evidence for the benefit of the members of the Court, the Judge Advocate referred again to negligence in the following terms:

[TRANSLATION] The word "negligently" means that the accused either did or omitted to do something in a manner that would not have been adopted by a reasonably capable and careful officer of his rank in a similar position of responsibility in the service and in the same circumstances. [my emphasis] [at 967]

With respect, I must say that I consider these two definitions incompatible. In the first paragraph cited, the Judge Advocate seems to adopt the theory of subjective negligence and open the door to a defence of good faith. However, the second passage is clearly based on an objective standard. It is impossible to reconcile the two texts, and the combination of the two must have confused the members of the Court.

As regards the *mens rea* of the offence, all that the Judge Advocate said was the following:

[TRANSLATION] This final essential element of *mens rea* refers to the time at which the accused is presumed to have negligently performed the military duty imposed on him. You must therefore examine all the circumstances and determine, in light of what you accept as proven fact, whether you can infer that this essential element of the charge was present. [at 966]

After finishing his main closing address and in the absence of the members of the Court, the Judge

Dans son allocution principale le juge-avocat a donné deux définitions de la négligence. Dans un premier temps, il a dit :

Je vous dirai maintenant quelques mots sur la négligence. Le mot négligence a trait à l'omission d'exécuter une tâche, mission ou devoir militaire imposé par la loi, la pratique ou la coutume et dont l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant. Pour être punissable au terme du présent article, la négligence doit être blâmable. Si la négligence est volontaire, c'est-à-dire intentionnelle, elle est nettement blâmable. Si elle résulte d'une erreur de jugement faite de bonne foi et ne comporte ni manque de zèle, ni éléments d'omissions insouciantes ou intentionnelles à prendre des mesures appropriées, il est également clair qu'elle est irrépréhensible et ne saurait servir de motifs à une condamnation. [soulignés ajoutés] [à la page 964]

Plus loin, juste avant de résumer la preuve pour le bénéfice des membres de la Cour, le juge-avocat parle à nouveau de la négligence dans les termes suivants :

Les mots «avec négligence», signifient que l'accusé a soit fait soit omis de faire quelque chose d'une façon qui n'aurait pas été employée par un officier de son rang raisonnablement compétent et prudent, dans une position similaire de responsabilité au sein du service et dans les mêmes circonstances. [soulignés ajoutés] [à la page 967]

Avec égards, je dois dire que je considère ces deux définitions incompatibles l'une avec l'autre. Dans le premier paragraphe cité, le juge-avocat semble adopter la théorie de la négligence subjective et ouvrir la porte à une défense de bonne foi. Par contre, le passage cité en second lieu est carrément basé sur une norme objective. Il est impossible de concilier les deux textes et la combinaison des deux ne peut qu'avoir créé de la confusion dans les esprits des membres de la Cour.

Pour ce qui est de la *mens rea* de l'infraction, tout ce que le juge-avocat a dit est ce qui suit :

Ce dernier élément essentiel qu'est l'intention coupable réfère au moment auquel l'accusé est présumé avoir accompli avec négligence le devoir militaire qui lui était imposé. Vous devez donc examiner toutes les circonstances et déterminer, à partir de ce que vous acceptez comme faits prouvés, si vous pouvez en déduire cet élément essentiel de l'accusation. [à la page 966]

Après avoir terminé son allocution principale et, en l'absence des membres de la Cour, le juge-avocat

Advocate asked counsel for both sides to suggest corrections or clarifications. He then recalled the members of the Court and gave them the following additional directions:

[TRANSLATION] I would like to add the following. The defence further argues that if the court concludes that Lieutenant-Colonel Mathieu ordered his subordinates to fire on looters and thieves who were fleeing the camps, but that this order was given because Lieutenant-Colonel Mathieu was convinced that the rules of engagement were clear and that they allowed it, then he did not have to comply with the provisions of paragraph six of the rules of engagement since he made an error in good faith.

On this issue, I will refer to another part of my directions, which reads as follows:

"I will now say a few words about negligence. The word negligence refers to the failure to perform a military duty that is imposed by law, practice or custom and of which the accused was or should have been aware. To be punishable under this section, the negligence must be culpable. If the negligence is wilful, that is, intentional, it is clearly culpable. If it results from an error in judgment made in good faith and does not involve a lack of zeal or a careless or intentional omission to take the appropriate measures, it is equally clear that it is irreproachable and cannot justify a conviction." [at 1005]

It should be noted that the paragraph reread by the Judge Advocate to the Court reproduced word for word the first definition of negligence (subjective negligence) that he had given in his closing address. He did not repeat the second definition, that of objective negligence.

In my view, there is no doubt that this direction is fundamentally in error. It is now clearly established that, for penal negligence offences, the applicable standard of liability is an objective standard based on the court's assessment of what a reasonable person would have done in the circumstances. Except where the accused claims incapacity, which is not the case here, this standard applies to establish both the *actus reus* and the *mens rea*. Since the standard is objective, it is the act itself that must be assessed; the actor's intention, will and alleged good faith are simply irrelevant.

a invité les procureurs de part et d'autre à lui proposer des corrections ou éclaircissements. Par la suite, il a rappelé les membres de la Cour et leur a donné la directive supplémentaire suivante :

a Je voudrais ici ajouter ceci. La défense soumet également que si la cour en vient à la conclusion que le lieutenant-colonel Mathieu a ordonné à ses subalternes de tirer sur les pillards, voleurs, qui s'enfuyaient des camps, mais que cet ordre a été donné parce que le lieutenant-colonel Mathieu était convaincu que les règles d'engagement étaient claires et qu'elles le permettaient, alors il n'avait pas à suivre les prescriptions du paragraphe six des règles d'engagement puisqu'il s'agissait d'une erreur commise de bonne foi.

c Sur cette question, permettez-moi de vous rappeler une autre partie de mes instructions qui se lisait ainsi, et je cite:

d «Je vous dirai maintenant quelques mots sur la négligence. Le mot négligence a trait à l'omission d'exécuter une tâche, mission ou devoir militaire imposé par la loi, la pratique ou la coutume et dont l'accusé était au courant ou aurait dû être au courant. Pour être punissable au terme du présent article, la négligence doit être blâmable. Si la négligence est volontaire, c'est-à-dire intentionnelle, elle est nettement blâmable. Si elle résulte d'une erreur de jugement faite de bonne foi et ne comporte ni manque de zèle, ni éléments d'omissions insouciantes ou intentionnelles à prendre des mesures appropriées, il est également clair qu'elle est irrépréhensible et ne saurait servir de motifs à une condamnation.» [à la page 1005]

f Il est à noter que le paragraphe que le juge-avocat a relu à la Cour est la reproduction textuelle de la première définition de la négligence (la négligence subjective) qu'il avait donnée dans son allocution principale. Il n'a pas répété la deuxième définition, celle de la négligence objective.

n i j Il n'y a aucun doute, dans mon esprit, que cette directive est fondamentalement erronée. Il est maintenant bien établi qu'en matière d'infractions de négligence pénale la norme de responsabilité applicable est une norme objective basée sur l'appréciation faite par la Cour de ce qu'une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. Sauf dans le cas d'une prétendue incapacité chez l'accusé, aucunement pertinent en l'espèce, cette norme s'applique tant pour établir l'*actus reus* que la *mens rea*. La norme étant objective, c'est l'acte lui-même qu'il faut apprécier; l'intention et la volonté de l'acteur aussi bien que sa prétendue bonne foi ne sont tout simplement pas pertinentes.

In *R. v. Creighton*,² McLachlin J., speaking for the majority of the Supreme Court of Canada, stated the following:

The foregoing analysis suggests the following line of inquiry in cases of penal negligence. The first question is whether *actus reus* is established. This requires that the negligence constitute a marked departure from the standards of the reasonable person in all the circumstances of the case. This may consist in carrying out the activity in a dangerous fashion, or in embarking on the activity when in all the circumstances it is dangerous to do so.

The next question is whether the *mens rea* is established. As is the case with crimes of subjective *mens rea*, the *mens rea* for objective foresight of risking harm is normally inferred from the facts. The standard is that of the reasonable person in the circumstances of the accused. If a person has committed a manifestly dangerous act, it is reasonable, absent indications to the contrary, to infer that he or she failed to direct his or her mind to the risk and the need to take care. However, the normal inference may be negated by evidence raising a reasonable doubt as to lack of capacity to appreciate the risk. Thus, if a *prima facie* case for *actus reus* and *mens rea* are made out, it is necessary to ask a further question: did the accused possess the requisite capacity to appreciate the risk flowing from his conduct? If this further question is answered in the affirmative, the necessary moral fault is established and the accused is properly convicted. If not, the accused must be acquitted.

I believe the approach I have proposed to rest on sound principles of criminal law. Properly applied, it will enable the conviction and punishment of those guilty of dangerous or unlawful acts which kill others. It will permit Parliament to set a minimum standard of care which all those engaged in such activities must observe. And it will uphold the fundamental principle of justice that criminal liability must not be imposed in the absence of moral fault.

I conclude that the legal standard of care for all crimes of negligence is that of the reasonable person. Personal factors are not relevant, except on the question of whether the accused possessed the necessary capacity to appreciate the risk. [at 73-74]

In *R. v. Gosset*,³ which was decided concurrently, McLachlin J., again speaking for the majority, expressed the same idea in even more concise terms:

Dans *R. c. Creighton*², Madame le juge McLachlin, parlant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, s'est exprimée dans les termes suivants :

Voici, d'après l'analyse qui précède, les questions qu'il faut se poser dans des affaires de négligence pénale. On doit se demander en premier lieu si l'*actus reus* a été prouvé. Il faut pour cela que la négligence représente dans toutes les circonstances de l'affaire un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Cet écart peut consister à exercer l'activité d'une manière dangereuse ou bien à s'y livrer alors qu'il est dangereux de le faire dans les circonstances.

Se pose ensuite la question de savoir si la *mens rea* a été établie. Comme c'est le cas des crimes comportant une *mens rea* subjective, la *mens rea* requise pour qu'il y ait prévision objective du risque de causer un préjudice s'infère normalement des faits. La norme applicable est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé. Si une personne a commis un acte manifestement dangereux, il est raisonnable, en l'absence d'indications du contraire, d'en déduire qu'elle n'a pas réfléchi au risque et à la nécessité de prudence. L'inférence normale peut toutefois être écartée par une preuve qui fait naître un doute raisonnable quant à l'absence de capacité d'apprécier le risque. Ainsi, si l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis au moyen d'une preuve suffisante à première vue, il faut se demander en outre si l'accusé possédait la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette dernière question, la faute morale nécessaire est établie et un verdict de culpabilité peut à bon droit être rendu contre l'accusé. Dans l'hypothèse contraire, c'est un verdict d'acquiescement qui s'impose.

Je crois que la démarche que je propose se fonde sur de solides principes de droit criminel. Correctement suivie, elle permettra que soit déclaré coupable et puni quiconque commet des actes dangereux ou illégaux qui provoquent la mort d'autrui. Elle permettra également au législateur de fixer une norme de diligence minimale à observer par tous ceux qui se livrent à de telles activités. Elle permettra enfin de maintenir le principe de justice fondamentale selon lequel on ne doit pas conclure à la responsabilité criminelle en l'absence de faute morale.

Je conclus donc que la norme de diligence juridique pour tous les crimes de négligence est celle de la personne raisonnable. Les facteurs personnels n'ont aucune pertinence, si ce n'est relativement à la question de savoir si l'accusé avait la capacité requise pour apprécier le risque. [aux pages 73-74]

Dans l'arrêt *R. c. Gosset*³, jugé au même moment, Madame le juge McLachlin, parlant encore pour la majorité, a exprimé la même pensée dans des termes encore plus succincts :

² [1993] 3 S.C.R. 3.

³ [1993] 3 S.C.R. 76.

² [1993] 3 R.C.S. 3

³ [1993] 3 R.C.S. 76

I agree with the Chief Justice that it was open to the jury to find that the conduct of the police officer constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the circumstances. This was sufficient to permit a finding of the necessary *actus reus* and *mens rea*, absent evidence of incapacity to appreciate the risk involved in the conduct. [at 102]

In my opinion, by espousing and particularly by restating the standard of subjective negligence, the Judge Advocate committed an error that vitiates the verdict and requires that a new trial be held. There was evidence in the record that would have permitted the Court to conclude that the accused had given an order to fire on unarmed thieves fleeing outside the perimeter of the camp. Even if the version of the evidence that is most favourable to the accused is accepted, that is, that it was an authorization rather than an order, that this authorization applied only where it could not be ascertained that the thief was unarmed and that it was necessary to give a verbal warning and fire a warning shot before opening fire, it would be possible for the Court Martial to conclude that the accused's conduct constituted a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the same circumstances. I repeat that the rules of engagement require great care before using potentially deadly force and that, like the general law, they prohibit the use of force other than minimum force to repel an unarmed attack (see Rule 20). Force that is capable of ending human lives should never be used unless truly necessary. The question that the Court had to ask was whether a reasonable person would have considered such force necessary in the circumstances. This question was never asked.

Accordingly, it must be asked whether there is a reasonable degree of certainty that, had it not been for the Judge Advocate's error, the verdict would not necessarily have been the same.⁴ In my view, this

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il appartenait au jury de conclure que la conduite du policier constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les circonstances. Cela était donc suffisant pour que l'on puisse conclure à l'existence de l'*actus reus* et de la *mens rea* nécessaires, en l'absence de preuve d'incapacité d'apprécier le risque lié à la conduite. [à la page 102]

À mon avis, en épousant et surtout en réitérant la norme de négligence subjective, le juge-avocat a commis une erreur qui vicie le verdict et exige la tenue d'un nouveau procès. Il existait au dossier des éléments de preuve qui auraient permis à la Cour de conclure que l'accusé avait donné un ordre de tirer sur des voleurs non-armés qui se sauvaient à l'extérieur du périmètre du campement. Même si l'on accepte la version de la preuve la plus favorable à l'accusé, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'une autorisation plutôt que d'un ordre, que cette autorisation s'appliquait seulement dans les cas où on ne pouvait pas s'assurer que le voleur n'était pas armé, et qu'il fallait, avant d'ouvrir le feu, donner un avertissement verbal et un coup de semonce, il serait possible pour la Cour martiale de conclure que la conduite de l'accusé constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. Je répète que les règles d'engagement exigent une grande prudence avant d'employer une force potentiellement meurtrière et elles interdisent, à l'instar du droit commun d'ailleurs, l'utilisation d'une force autre qu'une force minimale pour repousser une attaque non-armée (voir la règle 20). Une force qui est susceptible d'éteindre des vies humaines ne devrait jamais être employée en l'absence d'une nécessité réelle. La question que la Cour devait se poser était de savoir si une personne raisonnable aurait jugé une telle force nécessaire dans les circonstances. Cette question n'a jamais été posée.

Cela étant, il faut se demander s'il existe un degré raisonnable de certitude que, n'eût été l'erreur du juge-avocat, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même.⁴ À mon avis une réponse affirmative

⁴ See *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345 and *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212.

⁴ Voir *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345 et *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212.

question must be answered in the affirmative and a new trial must be ordered. The Judge Advocate's error related to the very essence of the offence in question, and the evidence in the record would have permitted a Court correctly directed on the law to render a guilty verdict.

A second argument raised by the prosecution in support of the appeal does not meet the test set out in the preceding paragraph, that is, it would not by itself justify setting aside the verdict of acquittal. However, since I have already found that there must be a new trial, and since I consider the prosecution's submissions well-founded at least in part, it is necessary to discuss this second argument to provide guidance to the Judge Advocate who will preside over the new trial.

The argument is based on a decision made by the Judge Advocate during the trial in which he sustained an objection made by defence counsel with regard to part of the testimony of one of the first prosecution witnesses. The nature of the problem and the solution adopted by the Judge Advocate were clearly set out in the decision itself.

The Judge Advocate first explained the problem:

[TRANSLATION] JUDGE ADVOCATE: The purpose of this voir dire is to determine the admissibility of the following two points: first, can Major Magee give his opinion on the nature of the orders issued by Lieutenant-Colonel Mathieu during a meeting with his officers in early February 1993; second, can this same witness or any other witness in the same position tell the court what actions he took after receiving these orders and how he interpreted them? [at 318-319]

His conclusion was as follows:

[TRANSLATION] The question to be decided is therefore the following: is Major Magee's opinion on the nature of the orders issued by Lieutenant-Colonel Mathieu relevant? If so, must this evidence be excluded because of a specific rule of law?

Although the witness Magee was entitled to report what he heard from Lieutenant-Colonel Mathieu when the latter gave his orders to his subordinates, this witness cannot be authorized to express his personal opinion on the nature of these orders and their compliance with the Act and the rules of engagement. If he did so, the witness would be giving an opinion on a question about which the members of the court are clearly in as good a position as he is to form the necessary opinion.

s'impose et il faut ordonner un nouveau procès. L'erreur du juge-avocat porte sur l'essence même de l'infraction reprochée et les éléments de preuve au dossier auraient permis à une Cour correctement instruite en droit de prononcer un verdict de culpabilité.

Un deuxième argument soulevé par la poursuite au soutien de son appel ne rencontre pas le test que j'ai énoncé dans le paragraphe précédent, c'est-à-dire qu'il ne justifierait pas, à lui seul, l'annulation du verdict d'acquittal. Toutefois, comme j'ai déjà conclu qu'il doit y avoir un nouveau procès et comme je considère les prétentions de la poursuite au moins partiellement bien fondées, il est nécessaire que j'en parle pour la gouverne du juge-avocat qui présidera le nouveau procès.

L'argument est basé sur une décision rendue par le juge-avocat au cours du procès où il a maintenu une objection formulée par l'avocat de la défense quant à une partie du témoignage d'un des premiers témoins à charge. La nature du problème et la solution adoptée par le juge-avocat sont clairement exposées dans la décision elle-même.

Dans un premier temps, le juge-avocat expose le problème :

JUGE-AVOCAT: Le but de ce voir dire est de décider de l'admissibilité des deux points suivants; premièrement, le major Magee peut-il donner son opinion sur la nature des ordres émis par le lieutenant-colonel Mathieu lors d'une réunion avec ses officiers au début de février 1993; deuxièmement, ce même témoin ou tout autre témoin placé dans la même situation, peut-il révéler à la cour des actions qu'il a prises suite à la réception de ces ordres et de l'interprétation qu'il en a faite. [aux pages 318-319]

Sa conclusion est comme il suit :

La question à décider est donc la suivante : l'opinion du major Magee sur la nature des ordres émis par le lieutenant-colonel Mathieu est-elle pertinente? Dans l'affirmative cette preuve doit-elle être exclue en vertu d'une règle précise de droit?

Alors que le témoin Magee était habilité à rapporter ce qu'il a entendu du lieutenant-colonel Mathieu alors que ce dernier donnait ses ordres à ses subalternes, ce témoin ne peut être habilité à exprimer son opinion personnelle sur la nature de ces ordres et leur conformité ou non avec la loi ou les règles d'engagement. En ce faisant, le témoin se prononcerait sur une question que les membres de la cour sont manifestement dans une aussi bonne position que la sienne pour former une opinion nécessaire.

In fact, such an opinion is inadmissible because it is irrelevant.

As for the second question, namely whether the witness can tell the court what actions he took after receiving orders from his commanding officer, this evidence cannot be admissible either since if it were it would amount to giving the same information to the court as if the witness had been able to express his opinion, but in a different manner.

If the witness can tell the court what he did or did not do about the accused issued the orders, this would amount to concluding that the witness approved or disapproved of the orders in question.

Once again, the question to be asked is the following: how is the witness' behaviour in light of his interpretation of the accused's orders relevant to the charge before the court? The answer is simple. It is not relevant. [at 321-322]

In my opinion, the first part of this decision is clearly justified. The witness, who had not been qualified as an expert, could not give his opinion about whether the orders he had received complied with the *Act* and the rules of engagement.

However, in my view the Judge Advocate committed an error in the second part of the decision ("the second question"). One of the issues was precisely what the commanding officer had said to his subordinates at the meeting of the orders group. These subordinates were in turn responsible for transmitting and carrying out the commanding officer's orders and directives. Their actions, as well as any subsequent reaction by the commanding officer himself, could certainly have enlightened the Court on this issue. It is not a matter of the witness' opinion, but of his understanding of what he heard. This evidence was therefore relevant and should not have been excluded.

For all these reasons, I would set aside the verdict of acquittal and order a new trial.

DESROCHES J.A.: I agree.

MEYER J.A.: I agree.

En réalité, une telle opinion n'est pas admissible parce qu'elle n'est pas pertinente.

Quant à la deuxième question qui consiste à se demander si le témoin peut révéler à la cour les actions qu'il a posées suite à la réception des ordres de son commandant, elles ne peuvent non plus être admissibles en preuve, puisque si elles l'étaient, cela équivaudrait à donner la même information à la cour que si le témoin avait pu exprimer son opinion mais fait de façon différente.

En effet, si le témoin peut informer la cour de ce qu'il a fait ou pas fait suite à l'émission des ordres de l'accusé, cela équivaut à conclure que le témoin a approuvé ou désapprouvé les ordres en question.

Encore une fois, la question à se poser est la suivante : en quoi le comportement du témoin, suite à son interprétation des ordres de l'accusé, est-il pertinent à l'accusation devant la cour? La réponse est simple, aucunement. [aux pages 321-322]

À mon avis, la première partie de cette décision est évidemment bien fondée. Le témoin, qui n'avait pas été qualifié comme expert, ne pouvait pas donner son opinion quant à savoir si les ordres qu'il avait reçus étaient conformes ou non avec la *Loi* et les règles d'engagement.

Toutefois, quant à la seconde partie de la décision («la deuxième question»), je considère que le juge-avocat a commis une erreur. L'une des questions en litige était de savoir précisément ce que le commandant avait dit à ses subalternes lors du groupe d'ordres. Ces subalternes avaient à leur tour la responsabilité de transmettre et d'exécuter les ordres et les directives du commandant. Leurs actions, aussi bien que, le cas échéant, la réaction subséquente du commandant lui-même, sont certainement susceptibles d'éclairer la Cour sur cette question. Il ne s'agit pas de l'opinion du témoin mais de sa compréhension de ce qu'il avait entendu. Cette preuve était donc pertinente et n'aurait pas dû être écartée.

Pour tout ces motifs, j'annulerais le verdict de non-culpabilité et j'ordonnerais un nouveau procès.

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

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