

Her Majesty the Queen*Appellant,*

v.

D.J. Brocklebank(Private, Canadian Forces) *Respondent*

INDEXED AS: R v. BROCKLEBANK

File No.: CMAC 383

Heard: Toronto, Ontario, 29 January, 1996

Judgment: Ottawa, Ontario, 2 April, 1996

Present: Strayer C.J., Décary and Weiler J.J.A.

On appeal from a finding by a General Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28 and 31 October and 1, 2, 3, 4 and 7 November, 1994.

Aiding and abetting in torture — Accused not taking steps to protect prisoner — No evidence that accused intended to aid in the commission of the offence of torture — Negligent performance of military duty — Standard of care — Must be a military duty imposed on accused — What constitutes a military duty — No statutory or regulatory duty imposes an obligation on members of the Canadian Forces to take positive steps to safeguard prisoners who are not in their direct custody.

On March 16, 1993, Private Brocklebank was serving with the Canadian Forces on a peacekeeping mission in Belet Uen, Somalia. That evening a military patrol captured a sixteen-year-old Somalian named Shidane Arone. Arone was not armed and did not offer any resistance at the time of capture. Arone was taken into custody, bound and placed in a bunker.

At the time Arone was captured, Brocklebank, who was coming down with dysentery, was in bed. From the time he went to bed until he was awakened by Master Corporal Matchee at approximately 2300 hours, Brocklebank did not leave his tent and did not have any knowledge of the fact that Arone had been captured and that both Matchee and Private Brown had been torturing Arone.

Sa Majesté la Reine*Appelante,*

a c.

D.J. Brocklebank(Soldat, Forces canadiennes) *Intimé.*

b

RÉPERTORIÉ : R. c. BROCKLEBANK

N° du greffe : CACM 383

c Audience : Toronto (Ontario), le 29 janvier 1996

Judgement : Toronto (Ontario), le 2 avril 1996

d Devant : le juge en chef Strayer et les juges Décary et Weiler, J.C.A.

En appel d'un prononcé du verdict par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), les 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28 et 31 octobre et 1, 2, 3, 4 et 7 novembre 1994.

Participation et complicité à l'infraction de torture — L'accusé n'a pas pris de mesures pour protéger un prisonnier — Pas d'élément de preuve quant à l'intention de l'accusé de participer à la perpétration de l'infraction de torture — Négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire — La norme de diligence — Existence d'une tâche ou mission militaire imposée à l'accusé — Définition de la tâche ou mission militaire — Éléments constitutifs de la tâche ou mission militaire — Aucun devoir d'origine légale ou réglementaire n'impose aux membres des Forces canadiennes l'obligation de prendre des mesures positives pour protéger les prisonniers qui ne sont pas directement sous leur garde.

Le 16 mars 1993, le soldat Brocklebank était membre des Forces canadiennes et se trouvait à Belet Uen, en Somalie, dans le cadre d'une mission de maintien de la paix. Ce soir-là, une patrouille militaire a appréhendé un jeune Somalien de 16 ans nommé Shidane Arone. Celui-ci n'était pas armé et n'a nullement résisté lorsqu'il a été appréhendé. Il a été mis en détention, attaché et placé dans une casemate.

Au moment de la capture de Arone, Brocklebank, qui avait attrapé une dysenterie, était au lit. Entre le moment où il s'est couché et celui où il a été réveillé par le caporal-chef Matchee vers 23 h, il n'a pas quitté sa tente et il ignorait qu'une arrestation avait été effectuée et que Matchee et le soldat Brown avaient torturé Arone.

When Matchee awoke Brocklebank at approximately 2300 hours, Brocklebank had no idea why he was being awakened. He understood that he was ordered to be on duty at the front gate to the camp. However, as Brocklebank was heading to the front gate, Matchee called him over to the bunker. As Brocklebank got close to the bunker, Matchee pointed a flashlight at Arone and said, "Look what we got here". Brocklebank had no idea who Arone was, nor did he have any idea as to why Arone was in the state in which he saw him.

After Matchee turned off the flashlight, he ordered Brocklebank to hand over his pistol. Matchee then held Brocklebank's pistol to Arone's head and told Brown to take pictures of him.

Brocklebank did not enter the bunker where Arone was being held, and never touched Arone. At no time did Brocklebank abuse the prisoner or encourage Matchee in what he was doing.

Brocklebank remained outside the bunker while Matchee was with Arone. Brocklebank asked Matchee if anyone else had seen what had happened and Matchee told him that Warrant Officer Murphy had kicked or hit Arone and that Captain Sox had instructed Matchee to "give him a good beating, just don't kill him".

Brocklebank remained outside the bunker watching the gate. He never went down into the bunker while Matchee was present. Even though he knew Arone was being beaten, he assumed it was as a result of an order given to Matchee and he did not realize the severity of the beating. Arone subsequently died.

Brocklebank testified that at no point had he been ordered to guard Arone and that he believed Arone was in the custody of Matchee.

Brocklebank was charged with the offence of aiding and abetting in the commission of torture, and in the alternative with negligent performance of a military duty. Brocklebank was acquitted of both charges at his Court Martial, and the Crown appealed.

Held (Weiler J.A. dissenting in part): Appeal dismissed.

Per Décary J.A. (Strayer C.J. concurring): The onus that rests upon the prosecution when seeking the reversal of an acquittal is a very heavy one.

With respect to the charge of aiding and abetting in the commission of torture, the panel had to be convinced beyond a reasonable doubt that Brocklebank (a) did or omitted to do something (b) for the purpose of aiding Matchee in the commission of the offence of torture. There was no evidence that Brocklebank had formed the intention required to commit the offence he was charged with.

With respect to the negligent performance of a military duty, the Crown alleged that the Judge Advocate instructed the panel to apply a subjective, rather than an objective test to determine

Brocklebank n'avait aucune idée de la raison pour laquelle Matchee l'a réveillé vers 23 h. Il a compris qu'il avait reçu l'ordre d'assurer la garde à la barrière avant du campement. Cependant, alors qu'il se dirigeait vers la barrière avant, Matchee l'a appelé de la casemate. Lorsqu'il s'est approché de la casemate, Matchee a dirigé une lampe de poche vers Arone et a dit : «Regarde ce que nous avons ici». Brocklebank ignorait qui était Arone ou la raison pour laquelle il se trouvait dans l'état dans lequel il l'a vu.

Après avoir éteint sa lampe de poche, Matchee a demandé à Brocklebank de lui donner son pistolet. Matchee a alors pointé le pistolet de Brocklebank en direction de la tête de Arone et il a dit à Brown de prendre des photographies de lui.

Brocklebank n'est pas entré dans la casemate où Arone était détenu et ne l'a jamais touché. En aucun temps Brocklebank n'a maltraité le prisonnier ou encouragé Matchee à continuer d'agir comme il le faisait.

Brocklebank est resté à l'extérieur de la casemate pendant que Matchee se trouvait avec Arone. Brocklebank a demandé à Matchee si quelqu'un d'autre avait vu ce qui était arrivé et Matchee lui a répondu que l'adjudant Murphy avait frappé le prisonnier et que le capitaine Sox avait donné à Matchee l'ordre de «flanquer une bonne raclée au prisonnier, mais de ne pas le tuer».

Brocklebank est resté à l'extérieur de la casemate, d'où il surveillait la barrière. Il n'est jamais descendu dans la casemate pendant que Matchee s'y trouvait. Même s'il savait que Arone se faisait battre, il a présumé que cette conduite découlait d'un ordre donné à Matchee et il n'a pas compris la gravité des coups assenés. Arone est mort par la suite.

Brocklebank a témoigné qu'il n'avait en aucun temps reçu l'ordre de surveiller Arone et qu'il croyait que celui-ci était sous la garde de Matchee.

Brocklebank a été accusé de complicité lors de la perpétration de l'infraction de torture et de participation à l'infraction et, subsidiairement, de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire. Brocklebank a été acquitté de ces deux chefs d'accusation et la poursuite a interjeté appel.

Arrêt (le juge Weiler, J.C.A., dissident en partie) : L'appel est rejeté.

Le juge Décary, J.C.A. (le juge en chef Strayer y souscrivant) : La charge de la preuve de la poursuite qui cherche à faire renverser un acquittement est très lourde.

Eu égard à l'accusation de complicité et de participation lors de la perpétration de l'infraction de torture, les membres de la formation devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que Brocklebank a) avait fait ou omis de faire quelque chose; b) en vue d'aider Matchee à commettre l'infraction de torture. Il n'y avait aucun élément de preuve établissant que Brocklebank avait formé l'intention requise pour commettre l'infraction dont il a été accusé.

En ce qui concerne la négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, la poursuite a allégué que le juge-avocat a demandé aux membres de la formation d'appliquer un

the standard of care. The standard of care applicable to a charge of negligent performance of a military duty is that of the conduct expected of a reasonable person of the rank and in all the circumstances of the accused at the time and place the alleged offence occurred. In the military context, where discipline is the linchpin of the hierarchical command structure and insubordination attracts the harshest censure, a soldier cannot be held to the same exacting standard of care as a senior officer when faced with a situation where the discharge of his duty might bring him into direct conflict with the authority of a senior officer. In this case, the Judge Advocate's comments did nothing more than inform the panel that in deciding whether Brocklebank had met the appropriate standard of care, it could consider his rank, status and training as these were characteristics which the panel would ascribe to the reasonable person in the circumstances of the respondent. Accordingly, no error was committed by the Judge Advocate.

The Crown also alleged that the Judge Advocate failed to instruct the panel that Brocklebank had a *de facto* duty of care as a Canadian Forces soldier to protect civilians with whom he came in contact from foreseeable danger, whether or not he was aware of the duty.

An offence of negligent performance of a military duty has two components: (a) a military duty imposed on the accused; (b) negligent performance by the accused of that duty. Negligent performance of a military duty is limited to those activities which can be defined as military duties within the meaning of section 124 of the *National Defence Act*. A plain reading of the section suggests a restrictive approach in the application of the provision. A military duty, for the purposes of section 124, will not arise absent an obligation which is created by statute, regulation, order from a superior, or rule emanating from the government or Chief of Defence Staff. In this case, there is no statutory or regulatory duty in existence which imposes an obligation on members of the Canadian Forces to take positive steps to safeguard prisoners who are not in their direct custody.

Canadian Forces Publication 318(4), "Unit Guide to the Geneva Conventions", does not form the basis of a general military duty within the meaning of section 124. The Unit Guide does not contain specific instructions or imperatives giving rise to an ascertainable military duty. The provisions are "a guide only". Moreover, the Convention which the Unit Guide purports to explain does not apply to a peacekeeping mission such as the Canadian Forces were conducting in Somalia. Accordingly, there is no basis for concluding that the Geneva Conventions or the Unit Guide impose on service members the obligation, not otherwise found in Canadian law, to take positive steps to prevent the mistreatment of prisoners

critère subjectif, plutôt qu'objectif pour déterminer la norme de négligence. La norme applicable à une accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire est celle de la conduite attendue de la personne raisonnable occupant le rang et se trouvant dans la situation de l'accusé au moment et à l'endroit où l'infraction reprochée est survenue. Dans le contexte militaire, où la discipline constitue le fondement de la structure hiérarchique du commandement et où l'insubordination est vivement réprochée, un soldat ne peut être tenu de se conformer à la même norme de diligence que l'officier supérieur dans une situation où l'exécution de ses fonctions risque de se traduire par un conflit direct avec un supérieur. En l'espèce, le juge-avocat a simplement informé les membres de la formation qu'en déterminant si Brocklebank avait respecté la norme de diligence applicable au cours de l'exécution d'une tâche qui lui était imposée, ils pouvaient tenir compte de son rang, de son statut et de sa formation, car il s'agissait de caractéristiques que la formation attribuerait par ailleurs à la personne raisonnable dans les circonstances de l'intimé. Par conséquent, le juge-avocat n'a commis aucune erreur.

La poursuite a allégué aussi que le juge-avocat avait omis de dire à la formation que Brocklebank avait une obligation de diligence *de facto*, à titre de soldat des Forces canadiennes, laquelle obligation consistait à protéger les civils qu'il rencontrait de tout danger prévisible, qu'il soit ou non conscient de l'obligation.

L'infraction de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire comporte deux éléments: a) l'existence d'une tâche ou mission militaire imposée à l'accusé; b) la négligence dans l'exécution de cette tâche ou mission par l'accusé. La portée de l'infraction de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire se limite aux activités qui peuvent être considérées comme des tâches ou missions militaires au sens de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*. Une simple lecture de la disposition indique qu'il faut appliquer celle-ci de façon restrictive. Une tâche ou mission militaire aux fins de l'article 124 n'existera pas en l'absence d'une obligation créée par une loi, un règlement, un ordre d'un supérieur ou une règle émanant du gouvernement ou du chef d'état-major de la défense. En l'espèce, il n'existe aucun devoir d'origine légale ou réglementaire qui impose aux membres des Forces canadiennes l'obligation de prendre des mesures positives pour protéger les prisonniers qui ne sont pas directement sous leur garde.

La Publication des Forces canadiennes 318(4), soit le «Guide régimentaire des Conventions de Genève», ne constitue pas le fondement d'un devoir militaire général au sens de l'article 124. Le Guide régimentaire ne contient pas de directives ou d'ordres précis donnant lieu à une obligation militaire vérifiable. Ce manuel «est uniquement destiné à servir de guide». De plus, la Convention, que le Guide régimentaire vise à expliquer, ne s'applique pas à une mission de maintien de la paix comme celle à laquelle les Forces canadiennes participaient en Somalie. Par conséquent, il n'existe aucun motif de conclure que les Conventions de Genève ou le Guide régimentaire imposent aux militaires l'obligation, qui n'existe nulle

in Canadian Forces' custody by other members of the Forces, particularly other members of superior rank.

Per Weiler J.A. (dissenting in part): The appeal with respect to aiding Matchee in the commission of the offence of torture should be dismissed. The summation of the Judge Advocate was dictated by the approach which the Crown had taken on this issue during the Court Martial.

However, with respect to the charge of negligent performance of a military duty, the Judge Advocate had taken too narrow an approach in instructing the panel on the common law duty of care. In addition, the Judge Advocate had failed to identify for the panel the principle pieces of evidence.

With respect to the *de facto* duty of care, members of the Canadian Forces are under a duty to observe the provisions of the Unit Guide to the Geneva Convention with respect to civilians with whom the Canadian Forces come into contact and that specifically includes the protecting of civilians from all acts of violence where possible. The Judge Advocate should have instructed the panel that it was not necessary to prove that Brocklebank had actual knowledge of the duty in section 124 of the *National Defence Act* or the Unit Guide. The average soldier would have been aware of this duty. The duty imposed under section 124 in the context of this case is to ensure that the soldier's inaction does not increase the risk of harm to a civilian prisoner.

Accordingly, the appeal should be allowed with respect to the second charge.

COUNSEL:

Lieutenant-Colonel N.A. Peel, Q.C. and Major K.A. Abbott, for the appellant
Edward R. Greenspan, Q.C. and Shayne Kert, for the defendant

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Army Act, 1955 (U.K.), 3 & 4 Eliz.2, c. 18, s. 29A
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 21, 219, 269.1 (added, R.S.C. 1985, c. 10 (3rd Supp.), s.2)
Geneva Conventions Act, R.S.C. 1985, c. G-3, s. 9 (as am. S.C. 1990, c.14, s. 5), Sch. V and Sch. VI (added, S.C. 1990, c.14, s. 6)
National Defence Act, R.S.C. 1952, c. 184, s. 114

part ailleurs en droit canadien, de prendre des mesures positives pour empêcher le traitement abusif infligé à des prisonniers sous la garde des Forces canadiennes par d'autres membres des Forces, notamment des membres occupant un grade supérieur.

^a Le juge Weiler (dissident en partie) : Le juge Weiler était d'avis de rejeter l'appel concernant l'infraction d'avoir aidé Matchee à perpétrer la torture. L'exposé du juge-avocat était dicté par le point de vue que le ministère public avait adopté sur cette question devant la cour martiale.

^b Cependant, en ce qui concerne l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, le juge-avocat a adopté une interprétation trop restrictive dans ses directives sur les règles de common law qui imposent une obligation de diligence. De plus, le juge-avocat a omis d'indiquer quels étaient les principaux éléments de la preuve.

^c En ce qui concerne l'obligation de diligence *de facto*, les membres des Forces canadiennes sont tenus d'observer les dispositions du Guide régimentaire des Conventions de Genève, notamment en ce qui a trait aux civils avec lesquels les Forces canadiennes viennent en contact, et cette obligation comprend celle de protéger les civils contre tout acte de violence, si possible. Le juge-avocat aurait dû dire aux membres de la formation qu'il n'était pas nécessaire de prouver que Brocklebank était effectivement au courant de l'obligation énoncée à l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale* ou dans le Guide régimentaire. Le soldat moyen aurait été au courant de cette obligation. Dans le contexte de ce litige, l'article 124 vise à ce que l'inaction du soldat n'augmente pas les risques de préjudice pour un prisonnier civil.

^d Par conséquent, le juge Weiler était d'avis d'accueillir l'appel eu égard au deuxième chef d'accusation.

AVOCATS :

Lieutenant-Colonel N.A. Riel, c.r. et Major K.A. Abbott, pour l'appelant
Edward R. Greenspan, c.r. et Shayne Kert, pour l'intimé

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

^e *Army Act, 1955 (R.-U.), 3 & 4 Eliz.2, chap. 18, art. 29 A*
Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 21, 219, 269.1 (ajouté, L.R.C. 1985, chap. 10 (3^e suppl.), art. 2)
Loi sur les conventions de Genève, L.R.C. 1985, chap. G-3, art. 9 (mod. par L.C. 1990, chap. 14, art. 5), annexe V et annexe VI (ajoutées, L.C. 1990, chap.14, art. 6)
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1952, chap. 184, art. 114

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 69 (as am. S.C. 1990, c. 14, s. 7; 1991, c. 43, s. 12; 1993, c. 34, s. 92) Part V, 72, 76(a), 97 (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 35)), 102(a) (as am. R.S.C. 1985, c. 31 (1st Supp.), s. 60 (Sch. I, s. 36)), 104, 107, 124, 125, 127, 130, 139, 150
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision), art. 103.56, NOTES (A), (B)

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 69 (mod. par L.C. 1990, chap. 14, art. 7; 1991, chap. 43, art. 12; 1993, chap. 34, art. 92), Partie V, 72, 76a), 97 (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann. I, art. 35)), 102a) (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann. I, art. 36)), 104, 107, 124, 125, 127, 130, 139, 150
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision 1994) art. 103.56, NOTES (A) et (B)

CASES CITED:

Dunlop and Sylvester v. The Queen (1979), 47 C.C.C. (2d) 93; [1979] 2 S.C.R. 881
Ellis v. Home Office, [1953] 2 All E.R. 149 (C.A.)
Empringham v. The Queen (1959), 2 C.M.A.R. 125
Funk v. Clapp (1986), 68 D.L.R. (4th) 229 (B.C.C.A.)
Howley v. The Queen, [1973] F.C. 184 (T.D.)
MacKay v. Rippon, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.)
R. v. Black (1970), 4 C.C.C. 251 (B.C.C.A.)
R. v. Boland (1995), 5 C.M.A.R. 316
R. v. Clarkson (1971), 55 Cr. App. R. 445 (C.M.A.C.)
R. v. Creighton, [1993] 3 S.C.R. 3; 83 C.C.C. (3d) 346
R. v. Evans, [1993] 2 S.C.R. 629; 82 C.C.C. (3d) 338
R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701
R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259
R. v. Gosset, [1993] 3 S.C.R. 76
R. v. Hundal (1993), 79 C.C.C. (3d) 97; [1993] 1 S.C.R. 867
R. v. Kirkness (1990), 60 C.C.C. (3d) 97; [1990] 3 S.C.R. 74
R. v. Laflamme (1993), 5 C.M.A.R. 145
R. v. MacGillivray, [1995] 1 S.C.R. 890
R. v. Mathieu (1995), 5 C.M.A.R. 363
R. v. Morin (1988), 44 C.C.C. (3d) 193; [1988] 2 S.C.R. 345
R. v. Nixon (1990), 57 C.C.C. (3d) 97 (B.C.C.A.)
R. v. Tutton (1989), 48 C.C.C. (3d) 129; [1989] 1 S.C.R. 1392

JURISPRUDENCE CITÉE :

Dunlop et Sylvester c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 881; 47 C.C.C. (2d) 93
Ellis v. Home Office, [1953] 2 All E.R. 149 (C.A.)
Empringham v. The Queen (1959), 2 C.M.A.R. 125
Funk v. Clapp (1986), 68 D.L.R. (4th) 229 (C.A.C.-B.)
Howley c. La Reine, [1973] C.F. 184 (1^{re} inst.)
MacKay c. Rippon, [1978] C.F. 233 (1^{re} inst.)
R. v. Black (1970), 4 C.C.C. 251 (C.A.C.-B.)
R. c. Boland (1995), 5 C.A.C.M. 316
R. v. Clarkson (1971), 55 Cr. App. R. 445 (C.A.C.M.)
R. c. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3; 83 C.C.C. (3d) 346
R. c. Evans, [1993] 2 R.C.S. 629; 82 C.C.C. (3d) 338
R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701
R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259
R. c. Gosset, [1993] 3 R.C.S. 76
R. c. Hundal, [1993] 1 R.C.S. 867; 79 C.C.C. (3d) 97
R. c. Kirkness, [1990] 3 R.C.S. 74; 60 C.C.C. (3d) 97
R. c. Laflamme (1993), 5 C.A.C.M. 145
R. c. MacGillivray, [1995] 1 R.C.S. 890
R. c. Mathieu (1995), 5 C.A.C.M. 363
R. c. Morin, [1988] 2 R.C.S. 345; 44 C.C.C.(3d)193
R. v. Nixon (1990), 57 C.C.C. (3d) 97 (C.A.C.-B.)
R. c. Tutton, [1989] 1 R.C.S. 1392; 48 C.C.C. (3d) 129

Timm v. The Queen, [1965] 1 Ex. C.R. 174

The following are the reasons for judgment delivered in English by

DÉCARY J.A.: I have had the benefit of reading the draft reasons of my colleague Madam Justice Weiler. I agree with her conclusion that the appeal with respect to the charge of torture should be dismissed, but I disagree with her conclusion that the appeal with respect to the charge of negligent performance of a military duty should be allowed.

Before I proceed to the facts of the case, I consider it appropriate to say a word about the onus that rests upon the prosecution when seeking the reversal of an acquittal and about the approach to be taken by a court of appeal when reviewing the instructions given to a jury or, in this case, a military panel.

The onus upon the prosecution is a "very heavy" one, as was noted by Cory J. for the majority in *R. v. Evans*:¹

... it was emphasized that the onus resting upon the Crown was a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same. This is a very heavy onus and it is fitting that it should be.

Among appellate courts there has always been a great deal of healthy respect for and deference to a jury verdict of acquittal. This deferential approach is appropriate and correct. . . .

To define, on the other hand, the approach to be taken by a court of appeal when reviewing instructions to a jury, I can do no better than cite the observation of Hugessen J.A. in *R. v. Laflamme*:²

It is now well established that the judge's charge to the jury in a criminal trial does not have to be microscopically examined. Perfection is not of this world and it will always be possible to find some awkward turn of phrase or incomplete proposition of law in a searching examination of the judge's charge. What must be looked at instead is the charge as a whole and in the factual context of the case in which the jurors must come to their decision. The question is whether the jury was adequately directed on the law so that it could carry out its

Timm v. The Queen, [1965] 1 R.C.É. 174

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : J'ai eu l'avantage de lire le projet des motifs de ma collègue, Madame le juge Weiler. Je souscris à sa conclusion selon laquelle l'appel concernant l'accusation de torture devrait être rejeté, mais je ne suis pas d'accord pour conclure, comme elle l'a fait, que l'appel concernant l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire devrait être accueilli.

Avant d'examiner les faits du litige, j'aimerais commenter brièvement la charge de preuve qui incombe à la poursuite lorsqu'elle cherche à faire infirmer un verdict d'acquiescement et la façon dont une cour d'appel doit procéder pour examiner les directives données à un jury ou, comme c'est le cas en l'espèce, à une formation militaire.

La charge de la preuve de la poursuite est «très lourde», comme l'a souligné le juge Cory, qui s'exprimait au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Evans*¹ :

... la Cour a insisté sur le fait que la charge de la preuve du ministère public était considérable et que celui-ci devait convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même. Il s'agit d'une charge très lourde et il est juste qu'il en soit ainsi.

Les cours d'appel ont toujours manifesté un respect salutaire à l'égard du verdict d'acquiescement prononcé par un jury. Cette attitude respectueuse est à la fois juste et opportune. . . .

Par ailleurs, pour définir la façon dont une cour d'appel doit procéder pour réviser les directives données à un jury, je ne puis faire mieux que citer les remarques qu'a formulées le juge Hugessen, J.C.A., dans l'arrêt *R. c. Laflamme*² :

Il est maintenant bien établi qu'il ne faut pas scruter à la loupe les directives du juge au jury dans un procès criminel. La perfection n'est pas de ce monde et il serait toujours possible de trouver une tournure de phrase malheureuse ou une proposition de droit incomplète lors d'un examen au microscope de l'exposé du juge. Ce qu'il faut regarder, c'est plutôt les directives dans leur ensemble et dans le contexte factuel de la cause où les jurés sont appelés à se prononcer. La question est de savoir si le jury a été adéquatement instruit quant au droit pour

¹ [1993] 2 S.C.R. 629 at 645-646.

² (1993), 5 C.M.A.R. 145 at 149.

¹ [1993] 2 R.C.S. 629, aux pages 645-646.

² (1993), 5 C.A.C.M. 145, à la page 149.

duty of applying the law to the particular facts in evidence before it: in the final analysis, the jury's function is not to pass a law examination but to do justice. . . . [my emphasis]

pouvoir accomplir son devoir de l'appliquer aux faits particuliers mis en preuve devant lui; en dernière analyse, il ne s'agit pas pour le jury de passer un examen en droit mais bien de rendre justice. . . . [non souligné dans l'original]

THE FACTS

I would add the following to the description of facts set out by my colleague:

— Prior to the departure of the Canadian contingent to Somalia, the Canadian Forces did not instruct the soldiers as to their role and duties as participants in a peacekeeping mission. Nor is there evidence that during their general training soldiers were ever instructed with respect to peacekeeping missions as opposed to war operations.

— On March 16, 1993, Private Brocklebank ("Brocklebank" or "the respondent" or "the accused"), who was coming down with dysentery, went to bed early, without knowing that he was to be assigned to gate guard duty later on in the evening. From the time he went to bed until he was awakened by Master Corporal Matchee ("Matchee") at approximately 2300 hours, he did not get up, did not leave his tent and did not have any knowledge of the fact that there had been an arrest and that both Matchee and Private Brown ("Brown") had been torturing the prisoner.

— At approximately 2045 hours on the night of March 16, 1993, Sergeant Hillier's patrol captured a Somali youth, Shidane Arone ("Arone"). Flexicuffs were placed on the prisoner's wrists, a baton was placed under his arms at the back, and he was walked through the camp in this way by Captain Sox ("Sox") and by Brown. On the way to the bunker, they stopped briefly at the Command Post so that Sox could tell Major Seward ("Seward") that they had captured someone.

— Brown testified that he had been ordered by Sox to go to the front gate and to get whoever was on gate guard duty, which happened to be Matchee. According to Brown, once Matchee had come to the bunker, Sox had told Matchee, "You are in

LES FAITS

J'aimerais ajouter ce qui suit à la description des faits présentée par ma collègue :

— Avant le départ du contingent canadien pour la Somalie, les Forces canadiennes n'ont pas donné de directives aux soldats au sujet de leur rôle et de leurs fonctions comme participants à une mission de maintien de la paix. De plus, il n'y a aucune preuve indiquant qu'au cours de leur formation générale, les soldats ont reçu des directives au sujet des missions de maintien de la paix par opposition aux opérations de guerre.

— Le 16 mars 1993, le soldat Brocklebank («Brocklebank», «l'intimé» ou «l'accusé»), qui avait attrapé une dysenterie, s'est couché tôt, sans savoir qu'il devait assurer la garde à la barrière plus tard pendant la soirée. Entre le moment où il s'est couché et celui où il a été réveillé par le caporal-chef Matchee («Matchee») vers 23 h, il ne s'est pas levé, n'a pas quitté sa tente et ignorait qu'une arrestation avait été effectuée et que Matchee et le soldat Brown («Brown») avaient torturé le prisonnier.

— Vers 20h45 le soir du 16 mars 1993, la patrouille du sergent Hillier a capturé un jeune Somalien du nom de Shidane Arone («Arone»). Des menottes ont été passées autour des poignets du prisonnier, un bâton a été placé sous ses bras, dans le dos, et il a été conduit de cette façon à travers le campement par le capitaine Sox («Sox») et par Brown. Pendant le trajet qui les menait à la casemate, ils se sont arrêtés quelques instants au poste de commandement afin que Sox puisse dire au major Seward («Seward») qu'ils avaient appréhendé quelqu'un.

— Brown a dit que Sox lui avait ordonné de se rendre à la barrière avant et d'amener la personne qui était de garde à la barrière, en l'occurrence, Matchee. Selon Brown, lorsque Matchee est arrivé à la casemate, Sox a dit à celui-ci : [TRADUCTION] «Tu

- charge of the prisoner". Sox was the only witness who testified that it was standard operating procedure for the person who was the gate guard to pull back, stay at the bunker location and assume responsibility for the prisoner. Brown, Corporal Glass, Sergeant Hooyer and Sergeant Hillier all testified to the fact that no such standard operating procedure existed.
- Once they reached the bunker, the prisoner was secured by Matchee and by Brown. Sox gave instructions to Matchee that flexicuffs were to be put on the ankles of the prisoner to secure him.
- At approximately 2100 or 2130 hours, Matchee ordered Brown to go and get Matchee's flashlight. When Brown returned with the flashlight, Sox, Warrant Officer Murphy, Seward and other persons were squatted down looking into the bunker. Brown then left the bunker area and some time later, Matchee came to Brown's tent and told Brown that he was going to interrogate or hassle the prisoner. Matchee also told Brown about some kind of an abuse order from Captain Sox, and that Captain Sox wanted the prisoner beaten.
- Brown was scheduled for gate guard duty at 2200 hours, although he first learned that he was going to be on duty that night sometime after 1930 hours. At approximately 2200 hours, Brown was on his way to his sentry post at the gate when Matchee ordered him over to the bunker. At that time, according to Brown, Matchee was in charge of the prisoner while Brown was on guard duty.³ Brown de-kitted, went into the bunker and began beating the prisoner with Matchee.
- Prior to the arrival of the respondent at the bunker at approximately 2308 hours, Matchee had been beating the prisoner and was showing the prisoner to various people, none of whom had done anything to try to stop Matchee.
- Brown testified that a flashlight was required to see anything in the bunker.
- es responsable du prisonnier». Sox est le seul témoin qui a dit que, selon des instructions permanentes, le soldat de faction à la barrière devait se retirer, rester à l'emplacement de la casemate et s'occuper du prisonnier. Brown, le caporal Glass, le sergent Hooyer et le sergent Hillier ont tous dit qu'aucune instruction permanente de cette nature n'existait.
- Dès qu'ils sont arrivés à la casemate, Matchee et Brown ont attaché Arone. Sox a ordonné à Matchee de passer des menottes autour des chevilles du prisonnier.
- Vers 21 h ou 21h30, Matchee a ordonné à Brown d'aller chercher la lampe de poche de Matchee. Lorsque Brown est revenu avec la lampe de poche, Sox, l'adjudant Murphy, Seward et d'autres personnes étaient accroupis et regardaient ce qui se passait dans la casemate. Brown a ensuite quitté la casemate et, quelque temps plus tard, Matchee s'est rendu à la tente de Brown et lui a dit qu'il allait interroger le prisonnier ou discuter avec lui. Matchee a également dit à Brown que le capitaine Sox voulait que le prisonnier soit battu et qu'il avait donné des ordres en ce sens.
- Brown devait être de garde à la barrière à 22 h, mais il ne l'a appris que vers 19h30. Vers 22 h, alors que Brown se rendait à son poste de sentinelle à la barrière, Matchee lui a ordonné d'aller à la casemate. Selon Brown, Matchee était alors responsable du prisonnier tandis que Brown était de faction³. Brown a retiré son équipement, s'est rendu à la casemate et a commencé à battre le prisonnier avec Matchee.
- Avant l'arrivée de l'intimé à la casemate vers 23h08, Matchee avait battu le prisonnier et le montrait à différentes personnes, dont aucune n'avait fait quoi que ce soit pour tenter d'arrêter Matchee.
- Brown a dit qu'il était nécessaire d'avoir une lampe de poche pour voir quoi que ce soit dans la casemate.

³ Private Brown was eventually charged and convicted on one count of manslaughter and one count of torture. He was not charged with negligent performance of a military duty.

³ Le soldat Brown a finalement été accusé et reconnu coupable d'un chef d'homicide involontaire coupable et d'un chef de torture. Il n'a pas été accusé de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire.

- According to the respondent, when Matchee woke him at approximately 2300 hours, the respondent had no idea why he was being woken. He understood that he was ordered to be on duty at the front gate. ^a
- After leaving his tent at approximately 2307 hours, the respondent was heading to the front gate when Matchee called him to come over to the bunker. The respondent testified that he believed that this was an order and he walked toward the bunker. As he got close to the bunker, Matchee pointed a flashlight at a Somalian in the bunker and said, "Look what we got here". The respondent testified that he had no idea who the prisoner was, nor did he have any idea as to why the person was in the state in which he saw him. ^b
- After Matchee turned off the flashlight, he asked the respondent for his pistol. The respondent asked what Matchee wanted it for and Matchee's response was something to the effect of, "Give me the f'n pistol, just give me your pistol Brocklebank". Brown testified that the respondent still seemed puzzled and told Matchee, "But it's loaded" and Matchee said, "Just give me your pistol Brock, that's an order". The respondent followed the order and gave Matchee his pistol, although he had no awareness at that point what Matchee's intended use of the pistol was. It was not until Matchee told Brown, "I'd like to take a picture of me" that the respondent understood why Matchee wanted the pistol. Matchee then held the pistol to the prisoner's head and told Brown to take pictures of him, which Brown did. After this, Matchee returned the pistol to Brocklebank. ^c
- Brown left the bunker after the picture taking. Brown testified that in the entire time that he was in the area of the bunker, he never saw the respondent de-kit, never saw him enter the bunker and never saw him touch the prisoner. Further, Brown was clear that at no time did he ever see the respondent abuse the prisoner or encourage Matchee in what he was doing. There were no photographs of the respondent with the prisoner. ^d
- Selon l'intimé, il n'avait aucune idée de la raison pour laquelle Matchee l'a réveillé vers 23 h. Il a compris qu'il avait reçu l'ordre d'assurer la garde à la barrière avant. ^a
- Après avoir quitté sa tente vers 23h07, l'intimé s'est dirigé vers la barrière avant et, pendant le trajet, Matchee lui a demandé de se rendre à la casemate. L'intimé a dit qu'il croyait que c'était un ordre et il a marché en direction de la casemate. Lorsqu'il s'est approché de la casemate, Matchee a dirigé une lampe de poche vers un Somalien qui se trouvait dans la casemate et a dit : [TRADUCTION] «Regarde ce que nous avons ici». L'intimé a dit qu'il ignorait qui était le prisonnier ou la raison pour laquelle il se trouvait dans l'état dans lequel il l'a vu. ^b
- Après avoir éteint la lampe de poche, Matchee a demandé à l'intimé de lui donner son pistolet. L'intimé a demandé à Matchee pourquoi et celui-ci lui a répondu à peu près comme suit : [TRADUCTION] «Donne-moi le maudit pistolet; donne-moi simplement ton pistolet, Brocklebank». Brown a dit que l'intimé semblait encore étonné et a dit à Matchee [TRADUCTION] «Mais il est chargé» et Matchee a répondu [TRADUCTION] «Donne-moi simplement ton pistolet, Brock, c'est un ordre». L'intimé a obéi et a remis son pistolet à Matchee, même s'il ignorait alors ce que Matchee voulait en faire. Ce n'est que lorsque celui-ci a dit à Brown [TRADUCTION] «J'aimerais qu'on prenne une photographie de moi», que l'intimé a compris pourquoi Matchee voulait le pistolet. Matchee a alors pointé le pistolet en direction de la tête du prisonnier et a dit à Brown de prendre des photographies de lui, ce que Brown a fait. Matchee a ensuite remis le pistolet à Brocklebank. ^c
- Brown a quitté la casemate après la prise de photographies. Il a dit que, pendant toute la période au cours de laquelle il se trouvait à la casemate, il n'a pas vu l'intimé retirer son équipement et ne l'a pas vu non plus entrer dans la casemate ou toucher le prisonnier. De plus, Brown a dit en toutes lettres qu'il n'a en aucun temps vu l'intimé maltraiter le prisonnier ou encourager Matchee à continuer d'agir comme il le faisait. Il n'y avait pas de photographies montrant l'intimé avec le prisonnier. ^d

— The respondent testified that after Brown had left, he remained outside the pit while Matchee was down in the pit with the prisoner. The respondent asked Matchee if anyone else “had seen this” and Matchee told him that Warrant Officer Murphy had kicked or hit the prisoner and that Captain Sox had instructed Matchee to “give him a good beating, just don’t kill him”.

— The respondent testified that he remained outside at the entrance of the bunker, watching the gate from the bunker. He never went down into the pit while Matchee was present. Even though he knew the beating was going on, he assumed it was as a result of an order given to Matchee and he sat there, in shock, not realizing the severity of the beating.

— The respondent testified that at no point had he been ordered to guard the prisoner and that he believed that the prisoner was in the custody of Matchee.

I shall now move on to the three grounds of appeal. For reasons of convenience I will be addressing the second ground last.

THE FIRST GROUND OF APPEAL: THE CHARGE OF TORTURE

I agree with my colleague that the first ground of appeal should be dismissed.

The accused was charged under section 269.1 of the *Criminal Code*⁴ of Canada (“the *Criminal Code*”) and under section 72 of the *National Defence Act*⁵ (“the *Act*”), of the offence of aiding and abetting in the commission of torture. The relevant *Criminal Code* provision reads as follows:

269.1 (1) Every official, or every person acting at the instigation of or with the consent or acquiescence of an official, who inflicts torture on any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

And the charge of being a party to the offence:

⁴ R.S.C. 1985, c. C-46.

⁵ R.S.C. 1985, c. N-5.

— L’intimé a dit qu’après le départ de Brown, il est resté à l’extérieur de la fosse pendant que Matchee se trouvait en bas avec le prisonnier. L’intimé a demandé à Matchee si quelqu’un d’autre [TRADUCTION] «avait vu ça» et Matchee lui a répondu que l’adjudant Murphy avait frappé le prisonnier et que le capitaine Sox avait donné à Matchee l’ordre de [TRADUCTION] «flanquer une bonne raclée au prisonnier, mais de ne pas le tuer».

— L’intimé a dit qu’il était resté à l’extérieur de l’entrée de la casemate, d’où il surveillait la barrière. Il n’est jamais descendu dans la fosse pendant que Matchee s’y trouvait. Même s’il savait ce qui se passait, il a présumé que cette conduite découlait d’un ordre donné à Matchee et il est resté assis là, bouleversé, sans comprendre la gravité des coups assésés.

— L’intimé a ajouté qu’il n’avait en aucun temps reçu l’ordre de surveiller le prisonnier et qu’il croyait que celui-ci était sous la garde de Matchee.

J’en arrive maintenant aux trois moyens d’appel. Pour des raisons pratiques, je commenterai le deuxième moyen en dernier.

LE PREMIER MOYEN D’APPEL : L’ACCUSATION DE TORTURE

À l’instar de ma collègue, je reconnais que le premier moyen d’appel devrait être rejeté.

Le soldat Brocklebank a été accusé, sous le régime de l’article 269.1 du *Code criminel*⁴ du Canada («le *Code criminel*») et de l’article 72 de la *Loi sur la défense nationale*⁵ (la *Loi*), d’avoir été complice lors de la perpétration de l’infraction de torture et d’avoir participé à l’infraction. Voici les dispositions pertinentes du *Code criminel* et de la *Loi sur la défense nationale* :

269.1 (1) Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de quatorze ans le fonctionnaire qui — ou la personne qui, avec le consentement exprès ou tacite d’un fonctionnaire ou à sa demande — torture une autre personne.

⁴ L.R.C. (1985), chap. C-46.

⁵ L.R.C. (1985), chap. N-5.

72. (1) Every person is a party to and guilty of an offence who

- (a) actually commits it;
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it;
- (c) abets any person in committing it; or
- (d) counsels or procures any person to commit it.

In order to be found guilty of the offence of aiding and abetting in the commission of torture, the panel had to be convinced beyond reasonable doubt that Brocklebank a) did or omitted to do something; b) for the purpose of aiding Matchee in the commission of the offence of torture.

Assuming for the sake of discussion that the accused did or omitted to do something, there was, in my view, not even an iota of evidence that could establish that the respondent had formed the intention required to commit the offence he was charged with. The Judge Advocate, upon completion of the prosecution's case, should have granted defence counsel's motion of no *prima facie* case by the prosecution with respect to the first charge.

THE THIRD GROUND OF APPEAL: THE DEFENCE OF OBEDIENCE TO SUPERIOR MILITARY ORDERS

The defence of obedience to superior military orders was put to the panel by the Judge Advocate in his charge on the offence of torture. Even defence counsel agrees that the defence he was raising was not that of obedience to superior military orders; what he wanted to do, as my colleague puts it, was to raise the defence of honest belief as negating the *mens rea* of the offence of torture. Be that as it may, this alleged misdirection occurred with respect to the first charge and should not be used to attack the Judge Advocate's summation with respect to the second charge. As both my colleague and I agree that the appeal with respect to the first charge should be dismissed, the issue of alleged misdirection in respect of a defence to this charge is now moot.

72. (1) Participe à une infraction et en est coupable qui-conque, selon le cas :

- a) la commet réellement;
- b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;
- c) encourage quelqu'un à la commettre;
- d) conseille à quelqu'un de la commettre ou l'y incite.

Pour déclarer l'intimé coupable de complicité lors de la perpétration de l'infraction de torture, les membres de la formation devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que Brocklebank a) avait fait ou omis de faire quelque chose; b) en vue d'aider Matchee à commettre l'infraction en question.

Si je présume, aux fins de la discussion, que l'intimé a fait ou omis de faire quelque chose, rien ne prouve à mon avis qu'il avait formé l'intention requise pour commettre l'infraction dont il a été accusé. Le juge-avocat aurait dû, après la présentation de la preuve de la poursuite, accorder la requête de non-lieu que l'avocat de la défense avait présentée à l'égard du premier chef d'accusation.

LE TROISIÈME MOYEN D'APPEL : LE MOYEN DE DÉFENSE DE L'OBÉISSANCE À DES ORDRES MILITAIRES ÉMANANT D'UN SUPÉRIEUR

Au cours de son exposé concernant l'infraction de torture, le juge-avocat a présenté aux membres de la formation le moyen de défense de l'obéissance à des ordres militaires émanant d'un supérieur. L'avocat de la défense reconnaît lui-même que le moyen de défense qu'il invoquait n'était pas celui de l'obéissance à des ordres militaires émanant d'un supérieur; comme ma collègue l'a mentionné, l'avocat voulait plutôt invoquer l'existence d'une conviction honnête qui niait la présence de la *mens rea* nécessaire à la perpétration de l'infraction de torture. À tout événement, cette directive «erronée» a été donnée dans le cas du premier chef d'accusation et ne devrait pas servir à contester les directives que le juge-avocat a données au sujet du deuxième chef. Étant donné que ma collègue et moi-même reconnaissons tous deux que l'appel devrait être rejeté en ce qui a trait au premier chef d'accusation, la question d'une directive erronée à l'égard d'un moyen de défense concernant cette accusation est maintenant théorique.

THE SECOND GROUND OF APPEAL: NEGLIGENCE PERFORMANCE OF A MILITARY DUTY

The prosecution alleges that the Judge Advocate made two fatal errors in his instructions to the panel on the charge of negligent performance of a military duty.

a) The standard of care

First, the prosecution argues that the Judge Advocate instructed the panel to apply a subjective, rather than objective test to determine the standard of care. It relies on the following passage in the Judge Advocate's summation:

... You must remember, though — and I stress — that all persons are not uniformly experienced or uniformly trained. Therefore, when a person takes all reasonable steps commensurate with his knowledge, his training and his experience and these steps fall short of the acceptable standard, such lack alone is not negligence for the purpose of section 124 of the National Defence Act. I repeat, when a person takes all reasonable steps commensurate with his knowledge, [his] training and [his] experience and these steps fall short of the acceptable standard, such lack alone is not negligence for the purpose of section 124 of the National Defence Act. [A.B., vol. 6 at 1012]

The applicable standard of care for members of the Canadian Forces charged under section 124 of the Act came under the Court's scrutiny in *Empringham v. The Queen*.⁶ The Court concurred with the Judge Advocate's charge in respect of section 114 (now 124):

... it is now considered that the correct definition of "negligently" is that the word signifies that the accused either did something or omitted to do something in a manner which would not have been adopted by a reasonably capable and careful person in his position in the service under similar circumstances. [my emphasis]

This standard of care is stipulated in note A of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*,⁷ article 103.56. Moreover, note B of article 103.56 provides that section 124 should not be

⁶ (1959), 2 C.M.A.R. 125 at 128.

⁷ (1994 Revision) vol. II, as amended.

LE DEUXIÈME MOYEN D'APPEL : NÉGLIGENCE DANS L'EXÉCUTION D'UNE TÂCHE OU MISSION MILITAIRE

a La poursuite allègue que le juge-avocat a commis deux erreurs fondamentales au cours des directives qu'il a données aux membres de la formation au sujet de l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire.

b La norme de diligence

D'abord, la poursuite soutient que le juge-avocat a demandé aux membres de la formation d'appliquer un critère subjectif plutôt qu'objectif pour déterminer la norme de diligence. Elle invoque à ce sujet l'extrait suivant de l'exposé du juge-avocat :

[TRADUCTION] Vous devez cependant vous rappeler, et j'insiste là-dessus, que les personnes n'ont pas toutes la même expérience ou la même formation. Par conséquent, lorsqu'une personne adopte des mesures raisonnables en fonction de ses connaissances, de sa formation et de son expérience et que ces mesures sont inférieures à la norme acceptable, cette lacune à elle seule ne constitue pas une négligence aux fins de l'article 124 de la Loi sur la défense nationale. Je le répète, lorsqu'une personne prend toutes les mesures raisonnables en fonction de ses connaissances, de sa formation et de son expérience et que ces mesures sont inférieures à la norme acceptable, cette lacune à elle seule ne constitue pas de la négligence aux fins de l'article 124 de la Loi sur la défense nationale. [dossier d'appel, vol. 6, p. 1012]

La norme de diligence applicable dans le cas des membres des Forces canadiennes inculpés sous le régime de l'article 124 de la Loi a été examinée dans l'arrêt *Empringham v. The Queen*.⁶ Dans cette affaire, la Cour a abondé dans le même sens que le juge-avocat en ce qui a trait à l'article 114 (aujourd'hui l'article 124) :

[TRADUCTION] ... il est désormais admis que le mot «négligence» signifie que l'accusé a soit fait soit omis de faire quelque chose d'une façon qui n'aurait pas été employée par une personne raisonnablement compétente et prudente dans sa position au sein du service et dans les mêmes circonstances. [non souligné dans l'original]

Cette norme de diligence est énoncée à la note A de l'article 103.56 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*.⁷ De plus, la note B de l'article 103.56 prévoit que l'article

⁶ (1959), 2 C.M.A.R. 125, à la page 128.

⁷ Révision de 1994, vol. II, et ses modifications.

invoked in ordinary cases of carelessness but only where the nature of the military duty, or the circumstances in which it is being performed, are such as to impose upon the individual a need to take special care in its performance.

This Court has recently had the opportunity to review the proper standard of care in relation to the charge of negligent performance of a military duty. In *R. v. Mathieu*,⁸ the General Court Martial had found the accused not guilty of the charge of negligent performance of a military duty. Mathieu, the Commander of 2 Commando Airborne Regiment in Somalia, had issued a directive that any suspected infiltrators should be shot at "between the skirt and the flip-flops". The Crown had alleged that in issuing this order, Lieutenant-Colonel Mathieu had negligently failed in his duty to exercise his authority in strict compliance with the Rules of Engagement issued under authority of the Chief of Defence Staff in respect of the Somalia mission. In ordering a new trial, Hugessen J.A., writing for the Court, stated:⁹

... 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.

The Court examined the Supreme Court of Canada decisions in *R. v. Creighton*,¹⁰ and *R. v. Gosset*¹¹ in deciding that the requisite element of *mens rea* will be established where the accused has the capacity to appreciate the risk flowing from his conduct.

In summary, the standard of care applicable to the charge of negligent performance of a military duty is that of the conduct expected of the reasonable person

124 ne devrait pas être invoqué dans les cas ordinaires d'étourderie et ne s'applique que là où les circonstances exigent que l'individu se fasse un devoir spécial d'être prudent.

La Cour d'appel de la cour martiale a récemment eu l'occasion d'examiner la norme de diligence pertinente en ce qui a trait à l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire. Dans l'arrêt *R. c. Mathieu*⁸, la cour martiale générale avait statué que l'accusé n'était pas coupable de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire. Selon la directive que Mathieu, le commandant du deuxième Commando du Régiment aéroporté de la Somalie, avait donnée, les troupes devaient tirer, le cas échéant, sur toutes les personnes soupçonnées d'infiltration «entre les pieds et les genoux». Le ministère public a soutenu que, lorsqu'il a donné cet ordre, le lieutenant-colonel Mathieu a été négligent en omettant d'observer correctement les règles d'engagement établies sous l'autorité du chef d'état-major de la défense pour la mission de Somalie. Ordonnant un nouveau procès, le juge Hugessen, qui s'exprimait au nom de la Cour d'appel de la cour martiale, a formulé les commentaires suivants⁹ :

... 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.

La Cour a examiné les décisions que la Cour suprême du Canada a rendues dans les arrêts *R. c. Creighton*¹⁰ et *R. c. Gosset*¹¹ pour statuer que l'élément requis de *mens rea* sera établi lorsque l'accusé possède la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite.

En résumé, la norme de diligence applicable à l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire est celle de la conduite attendue

⁸ (1995), 5 C.M.A.R. 363.

⁹ *Ibid.* at 373.

¹⁰ [1993] 3 S.C.R. 3.

¹¹ [1993] 3 S.C.R. 76.

⁸ (1995), 5 C.A.C.M. 363.

⁹ *Ibid.*, à la page 373.

¹⁰ [1993] 3 R.C.S. 3.

¹¹ [1993] 3 R.C.S. 76.

of the rank and in all the circumstances of the accused at the time and place the alleged offence occurred. In the context of a military operation, the standard of care will vary considerably in relation to the degree of responsibility exercised by the accused, the nature and purpose of the operation, and the exigencies of a particular situation. An emergency, or the heightened state of apprehension or urgency caused by threats to the security of Canadian Armed Forces personnel or their materiel might mandate a more flexible standard than that expected in relatively non-threatening scenarios. Furthermore, in the military context, where discipline is the linchpin of the hierarchical command structure and insubordination attracts the harshest censure, a soldier cannot be held to the same exacting standard of care as a senior officer when faced with a situation where the discharge of his duty might bring him into direct conflict with the authority of a senior officer.

Returning now to the passage above relied upon by the prosecution, I have reached the conclusion that the Judge Advocate's comments were not made for the purpose of advising the panel that personal characteristics of the accused (which might have rendered the respondent incapable of having foreseen what the reasonable person would have foreseen) should be considered, but rather to alert the panel that in applying the objective test to the duty of care, this duty, as per the reasons of McLachlin J. in *Creighton*,¹² must be "particularized in application by the nature of the activity and the circumstances surrounding the accused's failure to take the requisite care". The Judge Advocate had prefaced the comments complained of by the appellant by telling the panel that,

An accused's conduct in relation to his or her responsibilities, however, must conform with the acceptable practices in that regard within the Canadian Forces by persons of his or her rank and status. If, through his or her negligence, an accused fails to adequately discharge his or her responsibilities, he or she may, in a given set of circumstances, be liable to be penalized. [A.B., vol. 6 at 1012]

As I read the Judge Advocate's comments he did nothing but inform the panel that in deciding whether

¹² *Supra* note 10 at 71.

de la personne raisonnable occupant le rang et se trouvant dans la situation de l'accusé au moment et à l'endroit où l'infraction reprochée est survenue. Dans le contexte d'une opération militaire, la norme de diligence variera considérablement en fonction du degré de responsabilité incombant à l'accusé, de la nature et de l'objet de l'opération ainsi que des exigences d'une situation donnée. Une situation urgente ou le degré accru d'apprehension ou d'urgence causé par les menaces à la sécurité du personnel des Forces armées canadiennes ou de leur matériel pourra nécessiter une norme plus souple comparativement à celle qui est exigée dans les situations qui ne présentent pas de menaces. De plus, dans le contexte militaire, où la discipline constitue le fondement de la structure hiérarchique du commandement et où l'insubordination est vivement réprouvée, un soldat ne peut être tenu de se conformer à la même norme de diligence que l'officier supérieur dans une situation où l'exécution de ses fonctions risque de se traduire par un conflit direct avec l'autorité de celui-ci.

En ce qui a trait à l'extrait précité que la poursuite a invoqué, j'en suis arrivé à la conclusion que les commentaires du juge-avocat ne visaient pas à dire aux membres de la formation que les caractéristiques personnelles de l'accusé (qui pourraient avoir rendu l'intimé incapable de prévoir ce que la personne raisonnable aurait prévu) devraient être prises en compte, mais plutôt à les prévenir que, dans le cadre de l'application du critère objectif à l'obligation de diligence, d'après les motifs exprimés par Madame le juge McLachlin dans l'arrêt *Creighton*¹², l'obligation de diligence «se particularise dans les faits par la nature de l'activité et les circonstances entourant l'omission de l'accusé de faire preuve de la diligence requise». Avant de formuler les commentaires reprochés par l'appelante, le juge-avocat avait d'abord dit aux membres de la formation ce qui suit :

[TRADUCTION] Cependant, la conduite d'un accusé à l'égard de ses responsabilités doit être conforme aux pratiques acceptables au sein des Forces canadiennes dans ce domaine par des personnes de son statut ou de son rang. Si l'accusé omet par négligence de s'acquitter de ses responsabilités en bonne et due forme, il peut être passible de sanctions dans certaines circonstances... [dossier d'appel, vol. 6, p. 1012]

À mon avis, le juge-avocat a simplement informé les membres de la formation qu'en déterminant si

¹² *Supra* note 10, à la page 71.

the respondent had met the appropriate standard of care in the performance of the duty imposed upon him, the panel could consider the rank, status and training of the respondent as these were characteristics which the panel would otherwise ascribe to the reasonable person in the circumstances of the respondent. This accords with the principles set down by this Court in *Mathieu*.

Furthermore, this is precisely how the panel understood the summation in that regard. After several days of deliberating, the panel came back with a question which demonstrates that it had understood the test to be an objective one:

"Our notes show that essential element six concerns the establishment of a standard of care that would be required in the discharge of the duty to safeguard the prisoner. In determining the standard of care, must we determine the standard within the strict context of the circumstances in Somalia?, or must we determine the standard within the context of the average Canadian soldier within the Canadian Forces as a whole? In other words does the standard of care to which we will subsequently compare Private Brocklebank's conduct to be determined within the circumstances and conduct . . . context of the situation in Somalia at the time of the alleged offence according to the evidence presented?, or is the standard of care to which we will subsequently compare Private Brocklebank's conduct to be determined within the broader context of the average Canadian soldier within the Canadian Forces?" [A.B., vol. 7 at 1109-1110]

and in his response to the question put to him, the Judge Advocate clearly instructed the panel that they should adopt an objective test having regard to the particular circumstances of the respondent and the event, when he told the panel:

I would therefore conclude my response to your question, Mr President and Members, with this: The standard of performance or the standard of discharge of a duty is that manner of discharging the duty in question which would be adopted by a reasonably capable and careful private in Private Brocklebank's position in the Service under circumstances similar to those in evidence. [A.B., vol. 7 at 1120]

The prosecution's argument with respect to the standard of care fails.

b) A de facto duty of care

Second, the prosecution alleges that the Judge Advocate failed to instruct the panel that the respondent had a *de facto* duty of care as a Canadian Forces

l'intimé avait respecté la norme de diligence applicable au cours de l'exécution d'une tâche qui lui était imposée, ils pouvaient tenir compte du rang, du statut et de la formation de l'intimé, car il s'agissait de caractéristiques que la formation attribuerait par ailleurs à la personne raisonnable dans les circonstances de l'intimé. Ces commentaires vont dans le sens des principes que la Cour d'appel a établis dans l'arrêt *Mathieu*.

De plus, c'est exactement ainsi que la formation a compris l'exposé sur ce point. Après plusieurs jours de délibérations, la formation est revenue avec une question qui démontre qu'elle avait saisi la nature objective du critère :

[TRADUCTION] «Nos notes indiquent que l'élément essentiel six concerne l'existence d'une norme de diligence qui doit être respectée au cours de l'exercice des fonctions pour protéger le prisonnier. Pour déterminer la norme de diligence, devons-nous le faire dans le contexte strict des circonstances de la Somalie ou dans le contexte du soldat canadien moyen au sein de l'ensemble des Forces canadiennes? En d'autres termes, la norme de diligence à laquelle nous comparerons subséquemment la conduite du soldat Brocklebank doit-elle être déterminée en fonction des circonstances et de la situation propres à la Somalie à la date de l'infraction reprochée d'après la preuve qui a été présentée ou devons-nous plutôt déterminer la norme de diligence à laquelle nous comparerons subséquemment la conduite du soldat Brocklebank dans le contexte plus général du soldat canadien moyen au sein des Forces canadiennes?» [dossier d'appel, vol 7, p. 1109-1110]

Dans sa réponse à la question qui lui a été posée, le juge-avocat a dit en toutes lettres aux membres de la formation qu'ils devraient adopter un critère objectif, compte tenu des circonstances particulières de l'intimé et de l'événement en question :

[TRADUCTION] Je conclurais donc ma réponse à la question des membres, Monsieur le président, en ces termes : la norme d'exécution ou la norme d'exercice d'un devoir correspond au comportement qu'adopterait un soldat raisonnablement doué et prudent se trouvant dans la position du soldat Brocklebank pour exercer le devoir en question dans des circonstances semblables à celles qui ont été présentées en preuve. [dossier d'appel, vol. 7, p. 1120]

L'argument de la poursuite au sujet de la norme de diligence ne peut être retenu.

b) Obligation de diligence de facto

En deuxième lieu, la poursuite allègue que le juge-avocat a omis de dire à la formation que l'intimé avait une obligation de diligence *de facto*, à titre de

soldier to protect civilians with whom he came in contact from foreseeable danger, whether or not he was aware of the duty. Conversely, defence counsel claims that the Judge Advocate erred in instructing the panel that on the charge of negligent performance of a military duty imposed upon the respondent, the panel could consider the "non-statutory duty of care to observe the provisions of chapter 5 of the Unit Guide to the Geneva Conventions with respect to civilians with whom the Canadian Forces come into contact". For the reasons that I shall now be giving, I fully agree with defence counsel on this issue.

The Judge Advocate was of the view that section 5 of chapter 5 of the Unit Guide to the Geneva Conventions issued by the Chief of Defence Staff (I shall return to the Unit Guide in more details further in these reasons) imposes on a member of the Canadian Forces, at all times including in peacetime, a duty to safeguard civilians in Canadian Forces custody whether or not these civilians are in that member's custody. The Judge Advocate further instructed that the mere knowledge or notice of the relevant provision in the Unit Guide is sufficient to activate the duty and render culpable under section 124 of the *Act* an omission to safeguard a civilian prisoner. While it is not questioned that the Geneva Conventions for the Protection of War Victims assert the right of civilians to be protected from acts of violence where possible, I cannot so quickly subscribe to the Judge Advocate's view that as a matter of military law, the Unit Guide and the Geneva Conventions apply to peacekeeping missions and if they do, that they create a "military duty" in the sense of section 124 of the *National Defence Act*. I will elaborate my reasoning with an outline of the nature and purpose of the charge of negligently performing a military duty, to be followed with an examination of the nature and effect of the Unit Guide and the Geneva Conventions.

i) The charge of negligent performance of a military duty

aa) The context

soldat des Forces canadiennes, laquelle obligation consistait à protéger les civils qu'il rencontrait de tout danger prévisible, qu'il soit ou non conscient de l'obligation. À l'inverse, l'avocat de la défense soutient que le juge-avocat a commis une erreur lorsqu'il a dit aux membres de la formation, au sujet de l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, qu'ils pouvaient tenir compte de [TRADUCTION] «l'obligation de diligence générale, selon laquelle il était tenu d'observer les dispositions du chapitre 5 du Guide régimentaire des Conventions de Genève au sujet des civils avec lesquels les Forces canadiennes sont susceptibles de venir en contact». Pour les raisons que j'exposerai ci-après, je suis tout à fait d'accord avec l'avocat de la défense sur ce point.

De l'avis du juge-avocat, l'article 5 du chapitre 5 du Guide régimentaire des Conventions de Genève préparé par le chef d'état-major de la défense (je reviendrai sur le Guide plus loin dans les présents motifs) impose en tout temps aux membres des Forces canadiennes, même en temps de paix, l'obligation de protéger les civils qui sont sous la garde des Forces canadiennes, que les civils en question soient sous la garde du membre concerné ou non. Le juge-avocat a ajouté que la simple connaissance ou notification de la disposition pertinente du Guide suffit à déclencher l'application de l'obligation et à rendre le membre concerné coupable d'avoir omis de protéger un prisonnier civil aux termes de l'article 124 de la *Loi*. Même s'il n'est pas contesté que les Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre proclament le droit des civils d'être protégés de tout acte de violence, si possible, je ne puis souscrire aussi rapidement à l'avis du juge-avocat selon lequel, en droit militaire, le Guide régimentaire et les Conventions de Genève s'appliquent aux missions de maintien de la paix et font naître une obligation militaire au sens de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*. J'élaborerai mon raisonnement en décrivant la nature et l'objet de l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire et en examinant ensuite la nature et les conséquences du Guide régimentaire et des Conventions de Genève.

(i) L'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire

aa) Le contexte

Section 124 (previously section 114) 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.

It is useful to observe that pursuant to section 139, "dismissal with disgrace from Her Majesty's service" ranks third in the degree of severity of punishments that can be imposed under the *Act*, behind "death" and "imprisonment for two years or more" and before "imprisonment for less than two years". The offence of negligent performance of a military duty is, therefore, a serious offence.

The prosecution attempted, essentially, to establish that the respondent had actual physical custody of the prisoner and had breached the common law duty imposed on him to protect a prisoner in his custody or, alternatively, that the respondent had breached the general military duty imposed on all Canadian Forces personnel to protect civilians with whom they come in contact from foreseeable danger.

An offence under section 124 has two components: i) a military duty imposed on the accused; ii) negligent performance by the accused of that duty. Before examining each of these components, the offence should be put in its proper context.

The charge of negligently performing a military duty is a miscellaneous offence listed in Part V of the *National Defence Act* entitled "Service Offences and Punishments". Part V of the *Act* is a component of the Code of Service Discipline which is a complete code of military law conferring jurisdiction on the Armed Forces to constitute a separate system of tribunals and enforce service offences against persons under service jurisdiction. The rationale for a separate system of military justice was elaborated by Chief Justice Lamer in *R. v. Généreux*:¹³

The purpose of a separate system of military tribunals is to allow the Armed Forces to deal with matters that pertain

Voici le libellé de l'article 124 (auparavant l'article 114) de la *Loi* :

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.

Il convient de souligner que, selon l'article 139, «la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté» se situe au troisième rang quant à la sévérité des peines pouvant être imposées en application de la *Loi* et vient derrière la «mort» et «l'emprisonnement minimal de deux ans» et avant «l'emprisonnement de moins de deux ans». L'infraction de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire est donc une infraction grave.

La poursuite a tenté, essentiellement, de prouver que l'intimé avait effectivement la garde physique du prisonnier et n'avait pas respecté l'obligation de common law selon laquelle il devait protéger un prisonnier sous sa garde ou, subsidiairement, que l'intimé avait violé l'obligation militaire générale qui incombe à tous les membres du personnel des Forces canadiennes, soit celle de protéger les civils avec lesquels ils sont en contact des dangers prévisibles.

L'infraction prévue à l'article 124 comporte deux éléments : (i) l'existence d'une tâche ou mission militaire imposée à l'accusé; (ii) la négligence dans l'exécution de cette tâche ou mission par l'accusé. Avant d'examiner chacun de ces éléments, il convient de situer l'infraction dans son contexte.

La négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire est une infraction diverse prévue à la partie V de la *Loi sur la défense nationale* intitulée «Infractions d'ordre militaire et peines». La partie V de la *Loi* est intégrée dans le Code de discipline militaire, qui est un code complet de règles de droit militaire conférant aux Forces armées le pouvoir de constituer un système de tribunaux distinct et de punir les personnes assujetties à leur compétence des infractions militaires qu'elles commettent. Dans l'arrêt *R. c. Généreux*, le juge en chef Lamer a expliqué la raison d'être d'un système de justice militaire distinct¹³ :

Le but d'un système de tribunaux militaires distinct est de permettre aux Forces armées de s'occuper des questions qui

¹³ [1992] 1 S.C.R. 259 at 293.

¹³ [1992] 1 R.C.S. 259, à la page 293.

directly to the discipline, efficiency and morale of the military. As a result, the military has its own Code of Service Discipline to allow it to meet its particular disciplinary needs. In addition, special service tribunals, rather than the ordinary courts, have been given jurisdiction to punish breaches of the Code of Service Discipline. Recourse to the ordinary criminal courts would, as a general rule, be inadequate to serve the particular disciplinary needs of the military. There is thus a need for separate tribunals to enforce special disciplinary standards in the military. . . .

The comments of Cattanach J. in *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.) are repeated in *Généreux*, *supra* at pages 293 to 294:

Without a code of service discipline the armed forces could not discharge the function for which they were created. In all likelihood those who join the armed forces do so in time of war from motives of patriotism and in time of peace against the eventuality of war. To function efficiently as a force there must be prompt obedience to all lawful orders of superiors, concern, support for and concerted action with their comrades and a reverence for and a pride in the traditions of the service. All members embark upon rigorous training to fit themselves physically and mentally for the fulfilment of the role they have chosen and paramount in that there must be rigid adherence to discipline. [my emphasis]

It is clear that the Code of Service Discipline and the offences contained therein are modelled in function of the very specific purposes and particular requirements of service in the armed forces. Discipline, obedience, efficiency and morale are the core values which prescribe the conduct of members of the armed forces as illustrated by the offences in Part V of the *National Defence Act*. Service personnel are under an obligation to act in a manner consistent with these values or face the possibility of potentially severe penal sanction before the General Court Martial. As Cattanach J. illustrated in *MacKay*, *supra*, military offences which are analogous to criminal offences before the civil courts may take on entirely different dimensions in light of the specific values and principles which underpin the military justice system.

Several offences in Part V of the *Act* prescribe the standard of conduct expected of Canadian Forces

touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes. . . . Il s'ensuit que les Forces armées ont leur propre code de discipline militaire qui leur permet de répondre à leurs besoins particuliers en matière disciplinaire. En outre, des tribunaux militaires spéciaux, plutôt que les tribunaux ordinaires, se sont vu conférer le pouvoir de sanctionner les manquements au Code de discipline militaire. Le recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des Forces armées sur le plan de la discipline. Il est donc nécessaire d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de la discipline militaire. . . .

Les commentaires que le juge Cattanach a formulés dans l'arrêt *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.), sont répétés dans l'arrêt *Généreux*, précité, aux pages 293 et 294 :

Sans code de discipline militaire, les Forces armées ne pourraient accomplir la fonction pour laquelle elles ont été créées. Vraisemblablement ceux qui s'enrôlent dans les Forces armées le font, en temps de guerre, par patriotisme et, en temps de paix, pour prévenir la guerre. Pour qu'une force armée soit efficace, il faut qu'il y ait prompte obéissance à tous les ordres licites des supérieurs, respect des camarades, encouragement mutuel et action concertée; il faut aussi respecter les traditions du service et en être fier. Tous les membres des Forces armées se soumettent à un entraînement rigoureux pour être à même, physiquement et moralement, de remplir le rôle qu'ils ont choisi et, en cela, le respect strict de la discipline est d'une importance capitale. [non souligné dans l'original]

Il est évident que le Code de discipline militaire et les infractions qui y sont énoncées ont été établis en fonction des objets spécifiques et des exigences particulières du service dans les forces armées. La discipline, l'obéissance, l'efficacité et le moral constituent les valeurs fondamentales qui doivent régir la conduite des membres des forces armées, comme l'indiquent les infractions prévues à la partie V de la *Loi sur la défense nationale*. Les membres du personnel militaire sont tenus d'agir d'une façon compatible avec ces valeurs, sous peine d'être condamnés à une sanction pénale sévère par la cour martiale générale. Comme l'a dit le juge Cattanach dans l'arrêt *MacKay*, précité, les infractions d'ordre militaire qui sont analogues aux infractions d'ordre pénal devant les tribunaux civils peuvent avoir une dimension tout à fait différente, compte tenu des valeurs et des principes spécifiques qui sous-tendent le système de justice militaire.

Plusieurs infractions énoncées à la partie V de la *Loi* prescrivent la norme de conduite attendue des

members in the execution of very specific duties or undertakings. The full *mens rea* offences of misconduct in the presence of the enemy, insubordination or striking an officer are familiar examples of conduct which is simply intolerable in the military sphere. The Act also imposes penal liability on individuals for wilful or negligent conduct which threatens to disrupt the balance of discipline, obedience and the efficient discharge of tasks having a military purpose, or in relation to the use of armed forces materiel.¹⁴

The offence of negligently performing a military duty, contrary to the aforementioned charges, concerns the discharge of any military duty. The charge relates explicitly to the manner of discharging a military duty imposed upon a member of the Canadian Forces. It does not constitute the importation of a tort duty of care into the military milieu and I disagree with the Judge Advocate that the section makes the civil law tort of negligence a service offence. The impugned act or omission of the accused must constitute a marked departure from the expected standard of conduct in the performance of a military duty, as distinguished from a general duty of care.¹⁵ The offence establishes a standard of conduct consistent with the goals of ensuring that service members apply themselves to their military duties in a disciplined and efficient manner.

bb) "a military duty"

The scope of application of the offence of negligently performing a military duty is limited to those activities which can be defined as military duties within the meaning of section 124 of the Act. A plain reading of the section suggests a restrictive approach

¹⁴ See, for example, sections 104, 107, 125 and 127.

¹⁵ See: *Mathieu*, supra note 8 and *Creighton*, supra note 10.

membres des Forces canadiennes au cours de l'exécution de tâches ou d'engagements très précis. La mauvaise conduite en présence de l'ennemi, l'insubordination ou le fait de frapper un officier, qui exigent la *mens rea* complète, sont des exemples courants de conduite qui est tout simplement intolérable dans le domaine militaire. La Loi prévoit également que les personnes qui, volontairement ou par négligence, adoptent une conduite qui menace de troubler l'équilibre découlant de la discipline, de l'obéissance et de l'exécution efficace des tâches de nature militaire, ou encore une conduite abusive dans le cadre de l'utilisation du matériel des forces armées, sont passibles de sanctions pénales¹⁴.

Contrairement aux infractions susmentionnées, l'infraction de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire concerne l'exécution de toute tâche militaire. Elle porte explicitement sur la façon d'exécuter une tâche ou mission militaire imposée à un membre des Forces canadiennes. Il ne s'agit pas d'un manquement délictuel à l'obligation de diligence dans le milieu militaire et je ne suis pas d'accord avec le juge-avocat lorsqu'il dit que la disposition fait du délit de négligence reconnu en droit civil une infraction militaire. L'acte ou l'omission reproché à l'accusé doit constituer un écart marqué par rapport à la norme de conduite attendue dans le cadre de l'exécution d'une tâche ou mission militaire plutôt que par rapport à un devoir de diligence général¹⁵. L'infraction établit une norme de conduite compatible avec l'objectif qui consiste à veiller à ce que les membres des forces armées exécutent leurs fonctions militaires d'une façon disciplinée et efficace.

h) bb) «tâche ou mission militaire»

La portée de l'infraction de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire se limite aux activités qui peuvent être considérées comme des tâches ou missions militaires au sens de l'article 124 de la Loi. Une simple lecture de la disposition

¹⁴ Voir, par exemple, les articles 104, 107, 125 et 127.

¹⁵ Voir l'arrêt *Mathieu*, précité, note 8, et l'arrêt *Creighton*, précité, note 10.

in the application of the provision. The fact that the section establishes an offence in relation to the performance of a military duty, as opposed to military duty in general, is of particular relevance in understanding the breadth of application of the charge. Had the provision established an offence for "negligently performing military duty," this would conceivably have the effect of creating a service offence of general negligence in the restricted context of military service. Moreover, a person's negligent conduct may only be censured in respect of a military duty "imposed on that person". In *The Concise Oxford Dictionary*¹⁶, "impose" means to "demand the attention or commitment of (a person)". By specifying that an individual's conduct could only be impugned in relation to "a" military duty "imposed on that person", Parliament has explicitly narrowed the application of the section.

This interpretation is reinforced by the French text of section 124, which reads:

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. [my emphasis]

"Tâche" is defined in the *Petit Robert*¹⁷ as "travail déterminé qu'on doit exécuter" and similarly, "mission" means "charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose, de faire quelque chose"¹⁸. Both words refer to a specific task or duty which an individual is under an obligation to fulfil.

The use of the words "tâche ou mission", in the French text, is not fortuitous. The broader concept of military duty, or active service, is employed throughout the *Act* in contradistinction to the qualification of "a military duty". Under paragraph 76(a), for example, a person who becomes a prisoner of war through

indique qu'il faut appliquer celle-ci de façon restrictive. Le fait qu'elle crée une infraction liée à une tâche ou mission militaire plutôt qu'au devoir militaire en général a une importance particulière en ce qui a trait à la portée de l'infraction. Si la disposition avait créé une infraction à l'égard de «l'exécution négligente du devoir militaire», il aurait peut-être été permis de dire qu'il s'agissait d'une infraction militaire de négligence générale dans le contexte restreint du service militaire. De plus, selon la version anglaise de l'article 124, la conduite négligente d'une personne ne peut être censurée qu'à l'égard d'une tâche militaire «imposed on that person». Selon *The Concise Oxford Dictionary*¹⁶, le mot «impose» signifie [TRADUCTION] «exiger l'attention ou l'engagement d'une personne». En précisant que la conduite d'une personne ne peut être reprochée qu'à l'égard «d'une» tâche ou mission militaire «imposed on that person», le Parlement a explicitement restreint la portée de la disposition.

Par ailleurs, cette interprétation est renforcée par la version française de l'article 124, dont le libellé est le suivant :

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. [non souligné dans l'original]

Selon le *Petit Robert*¹⁷, le mot «tâche» signifie un «travail déterminé qu'on doit exécuter» et, de la même façon, le mot «mission» signifie «charge donnée à quelqu'un d'aller accomplir quelque chose, de faire quelque chose¹⁸». Les deux mots renvoient à un travail ou à une charge spécifique qu'une personne est tenue de faire.

L'utilisation des mots «tâche ou mission» dans la version française n'est pas fortuite. Le concept plus large de devoir militaire ou service actif est employé tout au long de la *Loi* d'une façon bien différente des mots «une tâche ou mission militaire». Ainsi, selon l'alinéa 76a), une personne qui devient prisonnier de

¹⁶ R.E. Allen, *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990) at 593.

¹⁷ P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1991) at 1914.

¹⁸ *Ibid.* at 1208.

¹⁶ R.E. Allen, *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 8^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1990), p. 593.

¹⁷ P. Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1991), p. 1914.

¹⁸ *Ibid.*, à la page 1208.

“wilful neglect of duty” (“négligence volontaire dans l’accomplissement de son devoir”), may incur penal liability. Pursuant to subsection 97(1) of the *Act*, a non-commissioned member “who is not on active service or on duty or who has not been warned for duty” (“qui n’est pas en service actif ou de service — ou appelé à prendre son tour de service —”) is not liable in case of drunkenness to any punishment for a term in excess of ninety days. However, paragraph 97(2)(a) creates an offence for any person who, owing to drunkenness, is “unfit to be entrusted with any duty” (“la tâche”) that the person is or may be required to perform. Paragraph 102(a) seeks to impose liability on any individual who interferes in the performance of “any duty” (“une mission”) relating to the arrest, custody or confinement of a person. The words “tâche” and “mission” are thus employed in the French text to denote a more specific, defined obligation.

It may be useful to observe that with respect to the offence of criminal negligence as defined in section 219 of the *Criminal Code*¹⁹, the French equivalent of the word “duty” is “devoir” and means “a duty imposed by law”.

Of interest, also, is the fact that section 124 of the Canadian statute is worded in a substantially different manner than its British equivalent. Section 29A of the *Army Act 1955*²⁰ reads:

29A Any person subject to military law who —

(a) without reasonable excuse fails to attend for any duty of any description, or leaves any such duty before he is permitted to do so, or

(b) neglects to perform, or negligently performs, any duty of any description,

¹⁹ Section 219 of the *Criminal Code* reads as follows:

219.(1) Every one is criminally negligent who

(a) in doing anything, or

(b) in omitting to do anything that it is his duty to do, shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

(2) For the purposes of this section, “duty” means a duty imposed by law.

²⁰ (U.K.), 3 & 4 Eliz. 2, c. 18.

guerre par suite de «négligence volontaire dans l’accomplissement de son devoir» («wilful neglect of duty») est passible d’une sanction pénale. Selon le paragraphe 97(1) de la *Loi*, un militaire du rang «qui n’est pas en service actif ou de service — ou appelé à prendre son tour de service» («who is not on active service or on duty or who has not been warned for duty») et qui se trouve en état d’ivresse encourt une peine d’emprisonnement maximale de quatre-vingt-dix jours. Cependant, l’alinéa 97(2)a prévoit qu’un individu qui, parce qu’il est sous l’influence de l’alcool, n’est pas en état d’accomplir la tâche («unfit to be entrusted with any duty») qui lui incombe ou qui peut lui être confiée commet une infraction. L’alinéa 102a impose une responsabilité à tout individu qui entrave l’action d’un officier ou militaire du rang dans l’accomplissement d’une mission liée à l’arrestation, à la garde ou à l’incarcération d’une personne. Ainsi, les mots «tâche» et «mission» utilisés dans la version française renvoient à une obligation définie et plus précise.

Il serait peut-être utile de souligner que, dans le cas de l’infraction de négligence criminelle définie à l’article 219 du *Code criminel*¹⁹, le mot «duty» a été rendu en français par «devoir» et signifie «une obligation imposée par la loi».

De plus, l’article 124 de la loi canadienne est formulé d’une façon bien différente de la disposition britannique correspondante. Voici en effet le libellé de l’article 29A de la loi intitulée *Army Act 1955*²⁰ :

[TRADUCTION] 29A Toute personne assujettie aux règles de droit militaire qui

a) soit omet, sans excuse raisonnable, d’exécuter une tâche de toute description ou quitte cette tâche avant d’avoir obtenu l’autorisation à cette fin;

b) soit néglige d’exécuter ou exécute de façon négligente une tâche de toute description,

¹⁹ Voici le libellé des versions française et anglaise de l’article 219 du *Code criminel* :

219. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque :

a) soit en faisant quelque chose;

b) soit en omettant de faire quelque chose qu’il est de son devoir d’accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui.

(2) Pour l’application du présent article, «devoir» désigne une obligation imposée par la loi.

²⁰ (R.-U.), 3 & 4 Eliz. 2, ch. 18.

shall be liable, on conviction by court-martial, to imprisonment for a term not exceeding two years or any less punishment provided by this Act. [my emphasis]

The Canadian offence appears, therefore, to be narrower than its British counterpart: it refers to "a military duty imposed on that person" rather than to "any duty of any description". Furthermore, one should be reminded when examining British jurisprudence that under the British statute, as opposed to the Canadian statute, it was felt necessary to refer expressly to the offence of negligence to perform a duty ("neglects to perform" in addition to "negligently performs"). In *Halsbury's Laws of England*²¹, neglect to perform a duty is distinguished from negligent performance of a duty in relation to the offence under section 29A of the *Army Act 1955*:

"Neglects to perform" must always involve the non-performance of the duty, which may occur wilfully or by carelessness or general slackness. It is submitted that in either case it entails a failure to perform a duty of which the person knows or ought to know . . . Neglect to perform a duty is distinct both from failing to attend for a duty and from negligently performing a duty: in a case of neglect to perform a duty the accused may have attended at the place of duty but not performed the duty; and whereas a charge of neglect to perform a duty connotes that the duty was, wilfully or otherwise, not performed, one of negligently performing a duty alleges that the duty was performed, but in a negligent manner: see the Manual of Military Law, Part I (12th Edn), p. 286, note 4. [my emphasis]

Cases before this Court which have dealt with section 124 offences provide very little guidance as regards the meaning to be given to the expression "military duty", because in none of these cases was it disputed that a military duty had been imposed on the accused.

In *Empringham*²², this Court upheld the conviction of a serviceman under section 124 (then section 114 of the *Act*) for negligently failing to perform a military duty, to wit failing to ensure that he had sufficient fuel as required by the regulations to safely complete a flight after accepting an IFR airways clearance from Rome to Pisa. It was not disputed that

²¹ Vol. 41, 4th ed. (London: Butterworths, 1983) para. 410, note 5.

²² *Supra* note 6.

est possible, sur déclaration de culpabilité par une cour martiale, d'une peine d'emprisonnement d'au plus deux ans ou de toute peine moindre prévue dans la présente loi. [non souligné dans l'original]

L'infraction canadienne semble donc avoir une portée plus restreinte que l'infraction britannique correspondante : elle renvoie à «une tâche ou mission militaire "imposed on that person"» plutôt qu'à «une tâche de toute description» et ne couvre pas l'omission d'exécuter une tâche militaire (la «négligence à exécuter» par opposition à «l'exécution négligente»). Dans l'ouvrage intitulé *Halsbury's Laws of England*²¹, une distinction est faite entre la négligence à exécuter une tâche et l'exécution négligente d'une tâche dans le cas de l'infraction prévue à l'article 29A de la loi intitulée *Army Act 1955* :

[TRADUCTION] «La négligence à exécuter» doit, dans tous les cas, signifier l'inexécution de la tâche, qui peut survenir délibérément ou par insouciance ou négligence. Dans un cas comme dans l'autre, elle correspond à l'omission d'exécuter une tâche dont la personne connaît ou aurait dû connaître l'existence . . . La négligence à exécuter une tâche est différente de l'omission d'exécuter une tâche et de l'exécution négligente d'une tâche; dans le cas de la négligence à exécuter une tâche, l'accusé peut s'être rendu à l'endroit où il devait exécuter la tâche sans exécuter celle-ci; par ailleurs, l'accusation de négligence à exécuter une tâche indique que la tâche n'a pas été exécutée, que ce soit délibérément ou autrement, tandis que l'accusation d'exécution négligente d'une tâche signifie que celle-ci a été exécutée, mais d'une façon négligente : voir le Manual of Military Law, partie I (12^e éd.), p. 286, note 4. [non souligné dans l'original]

Les décisions que la Cour d'appel de la cour martiale a rendues au sujet des infractions prévues à l'article 124 ne sont guère utiles en ce qui a trait au sens à donner à l'expression «tâche ou mission militaire», parce qu'il n'a nullement été contesté dans ces affaires qu'une tâche militaire avait été imposée à l'accusé.

Dans l'arrêt *Empringham*²², la Cour d'appel de la cour martiale a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée sous le régime de l'article 124 (alors l'article 114 de la *Loi*) à l'encontre d'un militaire qui avait omis par négligence d'exécuter une tâche militaire, c'est-à-dire qu'il avait omis de s'assurer qu'il avait suffisamment de carburant, comme l'exigeait le

²¹ Vol. 41, 4^e éd. (Londres : Butterworths, 1983), par. 410, note 5.

²² *Supra*, note 6.

the accused had a military duty to comply with the applicable regulations.

In *Mathieu*²³, the Court accepted that Lieutenant-Colonel Mathieu had a military duty to correctly observe the Rules of Engagement, and to give orders or directives consistent with those Rules. At page 367 of his decision, Mr. Justice Hugessen explained the nature of the Rules of Engagement:

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". . . .

In *R. v. Boland*,²⁴ a matter arising out of the circumstances at bar, Sergeant Boland had pleaded guilty to the charge of negligent performance of a military duty and it was not disputed that he had the duty to safeguard the prisoner. Chief Justice Strayer, at page 331, expressed the view that

. . . public policy demands firm deterrence of those who abuse or neglect helpless persons in their charge. . . . [my emphasis]

The conclusion, in my view, is inescapable: a military duty, for the purposes of section 124, will not arise absent an obligation which is created either by statute, regulation, order from a superior, or rule emanating from the government or Chief of Defence Staff. Although this casts a fairly wide net, I believe that it is nonetheless necessary to ground the offence in a concrete obligation which arises in relation to the discharge of a particular duty, in order to distinguish the charge from general negligence in the performance of military duty *per se*, which, upon a plain interpretation of section 124, it was clearly not Parliament's intention to sanction by that section.

²³ *Supra* note 8.

²⁴ (1995), 5 C.M.A.R. 316.

règlement, pour effectuer un vol en toute sécurité après avoir accepté une autorisation de vol IFR de Rome à Pise. Il n'a pas été contesté que l'accusé était assujéti à l'obligation militaire de se conformer au règlement applicable.

Dans l'arrêt *Mathieu*²³, la Cour a reconnu que le lieutenant-colonel Mathieu était assujéti à l'obligation militaire d'observer correctement les règles d'engagement et de donner des ordres ou des directives compatibles avec ces règles.

À la page 367 de sa décision, le juge Hugessen a expliqué ainsi la nature des règles d'engagement :

Les règles d'engagement auxquelles 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». . . .

Dans l'arrêt *R. c. Boland*²⁴, litige qui découlait des circonstances de la présente affaire, le sergent Boland avait plaidé coupable à l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire et il n'a pas été contesté qu'il avait l'obligation de protéger le prisonnier. À la page 331 du jugement, le juge en chef Strayer a reconnu :

. . . la nécessité de détourner de leurs desseins au nom de l'intérêt public, ceux qui violentent ou négligent les personnes sans défense placées sous leur responsabilité. . . . [non souligné dans l'original]

À mon avis, la conclusion est inévitable : une tâche ou mission militaire aux fins de l'article 124 n'existera pas en l'absence d'une obligation créée par une loi, un règlement, un ordre d'un supérieur ou une règle émanant du gouvernement ou du chef d'état-major de la défense. Même si la portée est assez étendue, il m'apparaît néanmoins nécessaire de lier l'infraction à une obligation concrète qui naît dans le cadre de l'exécution d'une tâche particulière, afin de la distinguer de la négligence générale dans l'exécution du devoir militaire, que le Parlement n'avait manifestement pas l'intention de punir par l'article 124, comme l'indique une simple lecture de cette disposition.

²³ Précité, note 8.

²⁴ (1995), 5 C.A.C.M. 316.

ii) Military duty to safeguard prisoners; the Unit Guide and the Geneva Conventions

aa) Where prisoner in custody of accused

It is a principle of law, recognized by counsel for both parties, that a person who has physical custody of, and authority over a prisoner is under a duty to safeguard that prisoner. That duty exists and is enforceable independently of the Unit Guide and of the Geneva Conventions.

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.²⁵ 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.

(ii) Obligation militaire de protéger les prisonniers : le Guide régimentaire et les Conventions de Genève.

aa) Cas dans lesquels le prisonnier est sous la garde de l'accusé

Selon un principe de droit reconnu par les avocats des deux parties, une personne qui a la garde physique d'un prisonnier et a un pouvoir sur celui-ci est tenue de le protéger. Cette obligation existe et est exécutoire sans qu'il soit nécessaire d'invoquer le Guide régimentaire et les Conventions de Genève.

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 law²⁵. 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.

²⁵ See: *R. v. Nixon* (1990), 57 C.C.C. (3d) 97 (B.C.C.A.); *Funk v. Clapp* (1986), 68 D.L.R. (4th) 229 (B.C.C.A.); *Howley v. The Queen*, [1973] F.C. 184 (T.D.); *Timm v. The Queen*, [1965] 1 Ex.C.R. 174; *Ellis v. Home Office*, [1953] 2 All E.R. 149 (C.A.).

²⁵ Voir les arrêts *R. v. Nixon* (1990), 57 C.C.C. (3d) 97 (C.A. C.-B.); *Funk v. Clapp* (1986), 68 D.L.R. (4th) 229 (C.A. C.-B.); *Howley c. La Reine*, [1973] C.F. 184 (1^{re} inst.); *Timm v. The Queen*, [1965] 1 R.C.É. 174 et *Ellis v. Home Office*, [1953] 2 All E.R. 149 (C.A.).

In this respect, I take no issue with the instruction 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.

bb) Where prisoner in custody of the Canadian Forces but not in custody of the accused

The appellant contends, in what appears to have been an afterthought²⁶, that even if the prisoner was not in the direct custody of the accused, the latter was nonetheless bound by a *de facto* duty to come to the assistance of an aggrieved prisoner in Canadian Forces custody with whom he came in contact. The Judge Advocate agreed with the prosecution.

The prosecution relied heavily on the following admission made by defence counsel at the beginning of the trial:

The defence admits that prisoners and civilians in CF custody must be protected against all acts of violence and as a matter of general service knowledge. While this is a matter of general service knowledge the defence does not admit that the accused had knowledge of this duty. [A.B., vol 1 at 79]

The Judge Advocate directed the panel to ignore the admission:

The second sentence of that defence admission effectively nullifies the first sentence so that, in the result, the court does not have before it any evidence whatsoever of General Service Knowledge. . . [A.B., vol. 6 at 930]

Counsel for the prosecution attempted to convince us that the admission was significant and perhaps

²⁶ At the completion of the prosecution's case, defence counsel argued that the prosecution should not be allowed to raise the alternative argument concerning a *de facto* duty because that argument, in his view, went contrary to the Crown's position as set out after much discussion between counsel at the beginning of the trial. In view of my conclusion on the appeal I shall refrain from taking a position on this issue.

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.

bb) Cas dans lesquels le prisonnier est sous la garde des Forces canadiennes, mais non sous la garde de l'accusé

L'appelante soutient, dans ce qui semble être une réflexion après coup²⁶, que même si le prisonnier ne se trouvait pas sous la garde directe de l'accusé, ce dernier était néanmoins lié par une obligation *de facto* de venir en aide à un prisonnier lésé qui se trouvait sous la garde des Forces canadiennes et avec lequel il est venu en contact. Le juge-avocat a souscrit à l'argument de la poursuite.

La poursuite s'est fondée en grande partie sur l'admission suivante que l'avocat de la défense a faite au début du procès :

[TRADUCTION] La défense admet que les prisonniers et les civils qui se trouvent sous la garde des FC doivent être protégés de tous les actes de violence et qu'il s'agit d'une question de connaissance militaire générale. Même s'il s'agit d'une question de connaissance militaire générale, la défense n'admet pas que l'accusé était au courant de cette obligation. [dossier d'appel, vol. 1, p. 79]

Le juge-avocat a demandé à la formation de ne pas tenir compte de l'admission :

[TRADUCTION] La deuxième phrase de l'admission de la défense a pour effet d'annuler la première phrase de sorte que, finalement, la Cour n'a aucune preuve devant elle en ce qui a trait à la connaissance militaire générale. . . [dossier d'appel, vol. 6, p. 930]

L'avocat de la poursuite a tenté de nous convaincre que l'admission était importante et qu'elle permettait

²⁶ Après la présentation de la preuve du ministère public, l'avocat de la défense a fait valoir que la poursuite ne devrait pas être autorisée à soulever l'argument subsidiaire de l'existence d'une obligation *de facto*, car cet argument allait à l'encontre de la position de Sa Majesté qui avait été établie après une longue discussion entre les avocats au début du procès. Compte tenu de la conclusion à laquelle j'en arrive au sujet de l'appel, je m'abstiens de formuler une opinion sur ce point.

determinative of the issue of *de facto* duty. I am not much impressed. To the extent that the admission would be an admission of law, it does not, of course, bind the Court, but in any event, the admission must be read in context. It came in as the last sentence of "admission number two" which had started five pages earlier, at page 74, and was related to the production of documents pertaining to the Geneva Conventions, the Unit Guide and the lectures given during training in 1989. Defence counsel having mentioned:

... I believe it is a matter agreed as between us, that there is no suggestion that the Geneva Convention applies to the situation that is before you, but it is admitted that insofar as a guard guarding a prisoner in the army has a responsibility at common law, as we understand the ordinary common law. The responsibility of a guard to the prisoner is so akin to what the Geneva Convention sets out that I have no objection to you having it, but that it will not be an issue as to whether or not, in fact, the rules of the Geneva Convention apply specifically to what occurred in the Somali operation. [A.B., vol. 1 at 74-75]

it is clear to me that the admission was to the effect that there is a military duty for a soldier guarding a prisoner to safeguard the prisoner. I, of course, take no issue with that, but I fail to see how it helps the prosecution's case.

A military duty, as I earlier found, can arise from statute, regulation, or specific instruction, such as an order from a superior officer or an imperative from the Chief of Defence Staff. Counsel for both prosecution and the defence concede that there is no statutory or regulatory duty extant which imposes an obligation on members of the Canadian Forces to take positive steps to safeguard prisoners who are not in their direct custody. The appellant, however, relies on Canadian Forces Publication (CFP) 318(4), Unit Guide to the Geneva Conventions, issued by the Chief of Defence Staff on June 15, 1973, as the basis of a general military duty of all service members to protect civilian prisoners not in their custody.

peut-être de trancher la question de l'obligation *de facto*. Je ne suis pas convaincu. Dans la mesure où l'admission pourrait être considérée comme une admission de droit, elle ne lie évidemment pas la Cour et, à tout événement, elle doit être lue dans le contexte dans lequel elle a été faite. Elle a été présentée dans la dernière phrase de «l'admission numéro deux», qui avait débuté cinq pages plus tôt, à la page 74, et concernait la production de documents touchant les Conventions de Genève, le Guide régimentaire et les cours donnés au cours de l'entraînement en 1989. L'avocat de la défense a mentionné ce qui suit :

[TRADUCTION] ... Je crois qu'il s'agit d'une question convenue entre nous : il n'est nullement sous-entendu que la Convention de Genève s'applique à la situation en l'espèce, mais il est admis que, dans la mesure où un gardien qui surveille un prisonnier dans l'armée a une responsabilité selon les règles de common law que nous connaissons, cette responsabilité est tellement semblable à celle qui est fixée par la Convention de Genève que je ne m'oppose pas à ce que vous la consultiez; mais la question de savoir si les règles de la Convention de Genève s'appliquent spécifiquement aux événements survenus au cours de l'opération somalienne ne sera pas débattue. [dossier d'appel, p. 74-75]

Il m'apparaît évident que l'avocat de la défense admettait à toutes fins pratiques l'existence d'une obligation militaire selon laquelle le soldat ayant la garde d'un prisonnier devait protéger celui-ci. Bien entendu, je ne conteste pas cette obligation, mais je ne vois pas en quoi cette admission peut aider la cause de la poursuite.

Comme je l'ai déjà mentionné, une obligation militaire peut découler d'une loi, d'un règlement ou d'une directive précise, comme un ordre d'un officier supérieur ou un commandement du chef d'état-major de la défense. Les avocats de la poursuite et de la défense admettent tous deux qu'il n'existe aucun devoir d'origine législative ou réglementaire qui impose aux membres des Forces canadiennes l'obligation de prendre des mesures positives pour protéger les prisonniers qui ne sont pas directement sous leur garde. L'appelante soutient toutefois que la Publication des Forces canadiennes (PFC) 318(4), soit le Guide régimentaire des Conventions de Genève, qui a été publié par le chef d'état-major de la défense le 15 juin 1973, énonce le fondement d'un devoir militaire général selon lequel tous les membres en service

The aim of the manual²⁷, as appears from its introduction, is "to acquaint all ranks with the principles of the Geneva Conventions for the Protection of War Victims signed on August 12, 1949"²⁸ and to comply with the provision contained in each of the four Conventions "requiring participating nations to distribute the text of the Convention as widely as possible and, in particular, to include a study of these texts in programmes of military instruction"²⁹. The manual "is a guide only"³⁰. Paragraph 5 of chapter 1 states that the provisions of the Conventions apply "to all nations who have accepted the conventions in declared war and in any other armed conflict which may arise" and paragraph 7 states that "[i]t therefore follows that members of the Canadian Forces should observe all the provisions of the Conventions when engaged in any conflict".

Chapter 5 of the manual is entitled "Treatment of Civilians" and it deals specifically with Convention IV of the Geneva Conventions, i.e. the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, known as the Civilian Convention. It is noted in the first paragraph that "[t]he Civilian Convention is designed to give protection to categories of civilians particularly exposed to mistreatment in time of war" and that "[i]ts provisions are [...] restricted to the inhabitants of occupied territory" [my emphasis]. Paragraph 2 specifies that "the provisions outlined in this chapter should be regarded as the minimum standard of treatment of any civilians with whom our armed forces come in contact". Paragraph 5 provides as follows:

5. Civilians are entitled in all circumstances to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions and practices, and their manners and customs. They must be humanely treated at all times and protected against all

²⁷ Document B-GL-318-004/FP-001 issued 1990/09/04, superseding (CFP) 318-4.

²⁸ *Ibid.*, c. 1, para. 1.

²⁹ *Ibid.*, c. 1, para. 2.

³⁰ *Ibid.*, c. 1, para. 3.

sont tenus de protéger les prisonniers civils qui ne sont pas sous leur garde.

Comme l'indique l'introduction de la brochure²⁷, l'objet de celle-ci est «de mettre tous les militaires au courant des principes des Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre, qui ont été signées le 12 août 1949»²⁸ et de respecter la disposition énoncée dans chacune des quatre Conventions, selon laquelle les nations participantes sont tenues «de diffuser aussi largement que possible les textes de la Convention, et notamment d'en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire»²⁹. Le manuel «est uniquement destiné à servir de guide»³⁰. Le paragraphe 5 du chapitre 1 énonce que les dispositions des Conventions s'appliquent «à tous les pays qui ont accepté les Conventions, en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé qui pourrait survenir»; selon le paragraphe 7, «Il s'ensuit que les membres des Forces canadiennes doivent donc observer toutes les dispositions des Conventions lorsqu'ils participent à un conflit».

Le chapitre 5 du manuel, intitulé «Traitement des civils», porte explicitement sur la Convention IV des Conventions de Genève, soit la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, appelée Convention sur les civils. Au premier paragraphe, il est mentionné que «La Convention sur les civils a pour but de protéger les catégories de civils particulièrement exposés aux mauvais traitements en temps de guerre» et que «Ses dispositions sont limitées aux habitants de territoires occupés» [non souligné dans l'original]. Le paragraphe 2 précise que «les dispositions décrites dans ce chapitre doivent être considérées comme constituant le traitement minimum auquel ont droit les civils avec lesquels nos forces armées sont susceptibles de venir en contact». Voici le texte du paragraphe 5 :

5. Les civils ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Ils doivent être traités, en tout temps, avec

²⁷ Document B-GL-318-004/FP-001 1990/09/04, lequel document remplace (le document PFC) 318-4.

²⁸ *Ibid.*, ch. 1, parag. 1.

²⁹ *Ibid.*, ch. 1, parag. 2.

³⁰ *Ibid.*, ch. 1, parag. 3.

acts of violence where possible and, where appropriate, against insults and public curiosity.³¹

I do not believe that the relevant provisions of the Unit Guide constitute specific instructions or imperatives giving rise to an ascertainable military duty. The provisions are, by the very words of the manual, "a guide only".

Even if they were to be considered a specific instruction, they would not apply to the case at bar for the simple reason that the Civilian Convention itself, which the Unit Guide purports to explain, does not apply. The mission of the Canadian Forces in Somalia was a peacekeeping mission. There is no evidence that there was a declared war or an armed conflict in Somalia, let alone that Canadian Forces were engaged in any conflict.³² There is no evidence that the prisoner was "exposed to mistreatment in time of war" or that the prisoner was an "inhabitant of occupied territory". That the Civilian Convention does not by its very terms apply to peacekeeping missions is confirmed by the wording of the Additional

³¹ Whether a civilian, once he becomes a prisoner, remains a civilian for the purposes of the Civilian Convention, is a question which I need not answer in view of the conclusion I have reached as to the applicability and meaning of the Convention. I shall assume, for the sake of discussion, that the Civilian Convention treats civilians on a same footing whether or not they are prisoners.

³² The 1949 Geneva Conventions have been approved by the Canadian Parliament in the *Geneva Conventions Act* (R.S.C. 1985, c. G-3, as amended). Protocols I and II to these Conventions, which were adopted in Geneva in 1977, were approved by the Canadian Parliament on June 12, 1990 (38-39 Eliz. II, c. 14) in an amendment to the *Geneva Conventions Act*. Section 9 of the *Geneva Conventions Act* provides that "[a] certificate issued by or under the authority of the Secretary of State for External Affairs stating that at a certain time a state of war or of international or non-international armed conflict existed between the states named therein or in any state named therein is admissible in evidence in any proceedings for an offence referred to in this Act". No such certificate having been filed in this case, this Court is simply not at liberty to assume the existence of a state of war or of an armed conflict in Somalia. Without such evidence, the Convention cannot be said to be applicable and it follows that the Unit Guide to that convention cannot apply either.

humanité et protégés, si possible, contre tout acte de violence, et au besoin, contre les insultes et la curiosité publique³¹.

Je ne crois pas que les dispositions pertinentes du Guide régimentaire constituent des directives ou des ordres précis donnant lieu à une obligation militaire vérifiable. Selon les termes mêmes du manuel, les dispositions sont uniquement destinées à servir de guide.

Même si elles devaient être considérées comme des directives précises, elles ne s'appliqueraient pas dans la présente affaire, pour la simple raison que la Convention sur les civils elle-même, que le Guide régimentaire vise à expliquer, ne s'applique pas. La mission des Forces canadiennes en Somalie était une mission de maintien de la paix. Aucun élément de preuve n'indique qu'il y avait une guerre déclarée ou un conflit armé en Somalie et encore moins que les Forces canadiennes participaient à un conflit³². La preuve n'indique nullement non plus que le prisonnier était «exposé aux mauvais traitements en temps de guerre» ou qu'il était un «habitant d'un territoire occupé». Le fait que la Convention sur les civils ne

³¹ La question de savoir si un civil qui devient prisonnier demeure un civil aux fins de la Convention relative à la protection des personnes civiles est une question qu'il ne m'apparaît pas nécessaire de trancher, compte tenu de la conclusion à laquelle j'en suis arrivé au sujet de l'applicabilité et du sens de la Convention. Aux fins de la discussion, je présumerai que la Convention relative à la protection des personnes civiles traite les personnes civiles sur un pied d'égalité, qu'il s'agisse ou non de prisonniers.

³² Le Parlement canadien a approuvé les Conventions de Genève de 1949 dans la *Loi sur les Conventions de Genève* (L.R.C. (1985), ch. G-3, et ses modifications). Il a également approuvé les Protocoles I et II de ces Conventions, qui ont été adoptés à Genève en 1977, le 12 juin 1990 (38-39 Eliz. II, ch. 14), dans une modification apportée à la *Loi sur les Conventions de Genève*. Selon l'article 9 de la *Loi sur les Conventions de Genève* : «Est admissible en preuve dans toute procédure concernant une infraction à la présente loi, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'authenticité de la signature qui y est apposée ou la qualité officielle du signataire, et fait foi de son contenu, le certificat délivré par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures ou en son nom attestant l'existence d'un conflit armé — international ou non — entre les États qui y sont nommés ou dans tel de ceux-ci». Étant donné qu'aucun certificat de cette nature n'a été déposé en l'espèce, la Cour ne peut tout simplement pas présumer l'existence d'un état de guerre ou d'un conflit armé en Somalie. En l'absence de cette preuve, il n'y a pas lieu de dire que la Convention s'applique et il s'ensuit que le Guide régimentaire relatif à cette Convention ne peut s'appliquer non plus.

Protocols adopted in Geneva in 1977. In the *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*³³, it is observed that the Civilian Convention “only protects civilians against arbitrary enemy action, and not — except in the specific case of the wounded, hospitals and medical personnel and material — against the effects of hostilities” and that “although humanitarian law had been developed and adapted to the needs of the time in 1949, the Geneva Conventions did not cover all aspects of human suffering in armed conflict”. (General Introduction at xxix). The 1977 Protocol I, which relates to the Protection of Victims of International Armed Conflicts and whose article 51 was meant to enlarge the concept of “protection of the civilian population” as found in the Civilian Convention, only affords civilians “general protection against dangers of military operations”, and according to the Commentary, at page 617, the term “military operations” means “all the movements and activities carried out by armed forces related to hostilities”. The 1977 Protocol II, which relates to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, contains a similar provision (article 13).

Since the Civilian Convention cannot be related to peacekeeping missions such as the one in which the Canadian Forces were involved in Somalia, I fail to see how it could be said that the Unit Guide whose aim is to explain that Convention applies to such missions. I find, furthermore, that there was no evidence before the Judge Advocate that would allow the Court to assume that the peacekeeping mission could be equated to an armed conflict within the purview of the Civilian Convention or the Unit Guide. We are dealing, here, with a very serious charge and I am not prepared to extend the meaning of the expression “military duty” in section 124 to include provisions of the Unit Guide which have no application to the circumstances at bar.

³³ C. Pilloud, J. de Preux, Y. Sandoz, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: International Committee of the Red Cross, Martinus Nijhoff Publishers, 1987).

s'applique pas aux missions de maintien de la paix est confirmé par le libellé des Protocoles additionnels adoptés à Genève en 1977. Dans le *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*³³, il est mentionné que la Convention sur les civils «protège uniquement les civils contre l'arbitraire de l'ennemi et non — sauf dans le cadre étroit des blessés, des hôpitaux, du personnel et du matériel sanitaires — contre les effets des hostilités» et que «même si le droit humanitaire a été, en 1949, développé et adapté aux nécessités de l'heure, les Conventions de Genève n'en couvraient pas pour autant tout le champ des détresses humaines» (Introduction générale, p. xxix). Le Protocole I de 1977, qui concerne la protection des victimes des conflits armés internationaux et dont l'article 51 visait à élargir le concept de la «protection de la population civile» énoncé dans la Convention sur les civils, offre aux civils uniquement «une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires» et, selon le Commentaire (p. 617), l'expression «opérations militaires» signifie «tous les mouvements et actions en rapport avec les hostilités accomplis par les forces armées». Le Protocole II de 1977, qui concerne la protection des victimes des conflits armés non internationaux, renferme une disposition similaire (article 13).

Étant donné que la Convention sur les civils ne peut être liée aux missions de maintien de la paix comme celle à laquelle les Forces canadiennes ont participé en Somalie, je ne puis comprendre comment le Guide régimentaire, qui vise à expliquer cette Convention, pourrait s'appliquer à ces missions. De plus, je suis d'avis que le juge-avocat n'était saisi d'aucun élément de preuve qui permettrait à la Cour de présumer que la mission de maintien de la paix pourrait être considérée comme un conflit armé au sens de la Convention sur les civils ou du Guide régimentaire. Il s'agit ici d'une accusation très sérieuse et je ne suis pas disposé à élargir le sens de l'expression «tâche ou mission militaire» de l'article 124 de façon à couvrir des dispositions du Guide régimentaire qui ne s'appliquent nullement en l'espèce.

³³ C. Pilloud, J. de Preux, Y. Sandoz, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (Genève: Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publishers, 1987).

Even if I were to hold that the Unit Guide is a source of specific instructions whose application should be extended to peacekeeping missions, the provision of the Unit Guide that declares that civilians "must be humanely treated at all times and protected against all acts of violence where possible and, where appropriate, against insults and public curiosity" would not, in my view, establish a *de facto* military duty as asserted by the prosecution.

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 penally enforceable obligation to intervene whenever he witnesses mistreatment of a prisoner who is not in his custody.

Même si j'en arrivais à la conclusion que le Guide régimentaire constitue une source de directives précises dont l'application devrait être étendue aux missions de maintien de la paix, la disposition du Guide régimentaire qui énonce que les civils «doivent être traités, en tout temps, avec humanité et protégés, si possible, contre tout acte de violence, et au besoin, contre les insultes et la curiosité publique» n'établirait pas, à mon sens, l'existence d'une obligation militaire *de facto*, contrairement à ce que soutient la poursuite.

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.

Through the *Geneva Conventions Act*³⁴ Parliament has honoured its international obligations and codified as offences under Canadian law the "grave breaches" listed in the 1949 Geneva Conventions, including torture and inhumane treatment. In a 1990 amendment to the *Geneva Conventions Act*³⁵ Parliament modified section 69 of the *National Defence Act* in order to reflect in that Act the "grave breach" offences referred to in the *Geneva Conventions Act*. It is not insignificant that neither the 1965 statute nor the 1990 amendment impose a specific duty on armed forces personnel to protect prisoners in their custody.

I am therefore of the view that the Judge Advocate erred in instructing the panel that the respondent had a *de facto* duty to protect the prisoner arising from the Unit Guide and that the issue to be resolved in that regard was whether or not the respondent had knowledge of that duty. This error having favoured the prosecution over the defence and the verdict rendered being one of acquittal, the error has proved to be of no significance and cannot be used as a justification for ordering a new trial. The Judge Advocate properly instructed the panel that it was open to it to reach a verdict of guilty if it found that the prisoner was in the accused's custody and as I read the evidence the panel had ample grounds to reach the conclusion that the prosecution had failed to establish beyond reasonable doubt that the accused had been given or had assumed custodial responsibilities with respect to the prisoner.

CONCLUSION

I must conclude with respect to the second charge, that the Judge Advocate was essentially correct in his summation and that where he was not, his errors favoured the prosecution and are therefore of little significance considering the verdict of acquittal. I wish to add in this regard that the Judge Advocate made an obvious error — favourable to the prosecution — in his instructions on the second charge by refusing, notwithstanding the advice of both counsel,

³⁴ *Supra* note 32.

³⁵ *Ibid.*

En adoptant la *Loi sur les Conventions de Genève*³⁴, le Parlement a respecté ses obligations internationales et déclaré que les «infractions graves» énumérées dans les Conventions de Genève de 1949, y compris la torture et le traitement inhumain, constituaient des infractions aux termes des lois canadiennes. Dans une modification apportée en 1990 à la *Loi sur les Conventions de Genève*³⁵, le Parlement a modifié l'article 69 de la *Loi sur la défense nationale* pour y intégrer les «infractions graves» qui sont mentionnées dans la *Loi sur les Conventions de Genève*. Or, ni la loi de 1965 ni la modification de 1990 n'imposent aux membres des Forcés armées l'obligation précise de protéger les prisonniers dont ils ont la garde.

J'estime donc que le juge-avocat a commis une erreur lorsqu'il a dit aux membres de la formation que l'intimé était tenu, selon le Guide réglementaire, de se conformer à une obligation *de facto* de protéger le prisonnier, et que la question à trancher sur ce point était celle de savoir si l'intimé était au courant de cette obligation. Cette erreur a favorisé la poursuite au détriment de la défense et, comme le verdict prononcé en a été un d'acquittal, il s'agissait d'une erreur sans conséquence qui ne peut être invoquée pour ordonner un nouveau procès. Le juge-avocat a eu raison de dire à la formation qu'elle pouvait prononcer un verdict de culpabilité si elle en arrivait à la conclusion que le prisonnier était sous la garde de l'accusé et, d'après la preuve dont j'ai été saisi, la formation avait de très bonnes raisons de conclure que la poursuite avait omis de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était vu confier ou avait assumé la garde du prisonnier.

CONCLUSION

Je dois en arriver à la conclusion, en ce qui a trait au deuxième chef d'accusation, que l'exposé du juge-avocat était essentiellement bien fondé et que, lorsque ce n'était pas le cas, les erreurs ont favorisé la poursuite et ont donc peu d'importance, compte tenu du verdict d'acquittal. J'aimerais ajouter, sur ce point, que le juge-avocat a commis une erreur manifeste qui a favorisé la poursuite dans les directives qu'il a données aux membres de la formation au

³⁴ Précitée, note 32.

³⁵ *Ibid.*

to instruct the panel that the negligence must constitute a marked departure from the norm and by stating that section 124 "makes the civil law tort of negligence a service offence"³⁶. This Court, in *Mathieu*³⁷, expressly adopting the language of McLachlin J. in *Creighton*, defined the test as whether "the accused's conduct constituted a marked departure from the standard of care of a reasonable prudent person in the same circumstances". In so erring, the Judge Advocate clearly lowered the threshold test that the prosecution had to meet in relation to an essential element of the offence of negligent performance of a military duty.

Looking at the evidence as a whole in light of the instructions given by the Judge Advocate, I am not persuaded that in the final analysis the panel was not equipped in law to do justice. It was open to the panel to conclude that the accused did not have the custody of the prisoner or if he did, that the accused acted in the same manner as any other person of his rank, knowledge and experience would have in the same circumstances.

In closing, I would remark that although I am not prepared to extract from the relevant provisions of the Unit Guide a culpable military duty to safeguard prisoners where no custodial relationship exists between the accused and the prisoner, I would add that it remains open to the Chief of Defence Staff to define in more explicit terms the standards of conduct expected of soldiers in respect of prisoners who are in Canadian Forces custody. It is open to the Chief of Defence Staff to specify that these standards apply equally in time of war as in time of peace, to impose a military duty on Canadian Forces members either to report or take reasonable steps to prevent or arrest the abuse of prisoners not in their charge and to ensure that Canadian Forces members receive proper instructions not only during their general training but also prior to their departure on specific missions.

sujet du deuxième chef d'accusation, lorsqu'il a refusé, malgré l'avis des deux avocats, de leur dire que la négligence doit constituer un écart marqué par rapport à la norme et lorsqu'il a déclaré que l'article 124 [TRADUCTION] «fait du délit de négligence reconnu en droit civil une infraction militaire»³⁶. Dans l'arrêt *Mathieu*³⁷, la Cour d'appel de la cour martiale a repris expressément les propos que Madame le juge McLachlin avait formulés dans l'arrêt *Creighton* et défini le critère comme la question de savoir si «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». En commettant cette erreur, le juge-avocat a manifestement abaissé le critère de base auquel la poursuite devait satisfaire relativement à un élément essentiel de l'infraction de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire.

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve à la lumière des directives données par le juge-avocat, je ne suis pas convaincu, en dernier ressort, que la formation n'a pas été avisée des principes juridiques pertinents pour rendre justice. Elle pouvait conclure que l'accusé n'avait pas la garde du prisonnier ou que, s'il l'avait, il a agi de la même façon que l'aurait fait dans les mêmes circonstances toute autre personne occupant son rang et possédant ses connaissances et son expérience.

En dernier lieu, j'aimerais souligner que, même si je ne suis pas disposé à tirer des dispositions pertinentes du Guide régimentaire une obligation militaire de protéger les prisonniers en l'absence de lien de garde entre l'accusé et le prisonnier, j'ajouterais que le chef d'état-major de la défense a la possibilité de définir de façon plus explicite les normes de conduite attendues des soldats à l'égard des prisonniers qui sont sous la garde des Forces canadiennes. Il lui est également loisible de préciser que ces normes s'appliquent de la même façon en temps de guerre qu'en temps de paix, d'imposer aux membres des Forces canadiennes l'obligation militaire de signaler les mauvais traitements infligés à des prisonniers dont ils n'ont pas la garde ou de prendre des dispositions raisonnables pour prévenir ou freiner ces mauvais traitements et de veiller à ce que les membres des Forces

³⁶ A.B., vol. 6 at 1008.

³⁷ *Supra* note 8 at 402.

³⁶ Dossier d'appel, vol. 6, p. 1008.

³⁷ Précité, note 8, à la page 402.

Given Canada's traditional and ongoing role as a peacekeeping nation, and the possibility, if not likelihood of similar circumstances arising in the future, this might prove a useful undertaking.

I would also dismiss the appeal with respect to the second charge.

STRAYER C.J.: I agree.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

WEILER J.A. (dissenting): This is an appeal by the Crown from the acquittal of Private D.J. Brocklebank of one charge of an offence punishable under section 130 of the *National Defence Act*, specifically, torture, contrary to section 269.1 of the *Criminal Code* of Canada and the alternative charge of negligently performing a military duty contrary to section 124 of the *National Defence Act*.

THE FACTS

On March 16, 1993, Private Brocklebank was serving with the Canadian Forces on a peacekeeping mission in Belet Uen, Somalia. Two Commando, the part of the Canadian Airborne Regiment Battle Group of which Brocklebank was a member, was housed in a compound which was surrounded by wire and contained one entrance which acted as the entry point. Just inside the front gate was a bunker, sometimes referred to as the "pit". At approximately 2045 hours that evening, the standing patrol captured a 16-year-old Somali named Shidane Abukar Arone. Arone was not armed and did not offer any resistance at the time of capture. He was taken inside 2 Commando lines and put into the pit. Arone's wrists had been placed behind his back and flexicuffs put on him. A baton was placed under his arms at the back, and a cord was used to tie the baton to a post in the bunker.

canadiennes reçoivent des directives appropriées non seulement pendant leur formation générale, mais aussi avant leur départ pour des missions précises. Compte tenu du rôle que le Canada a constamment joué dans le cadre de missions de maintien de la paix et de la possibilité, sinon de la probabilité que des circonstances semblables surviennent à l'avenir, cette démarche pourrait être fort utile.

Je rejetterais également l'appel à l'égard du deuxième chef d'accusation.

LE JUGE EN CHEF STRAYER : J'y souscris.

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

LE JUGE WEILER, J.C.A. (dissidente) : Il s'agit d'un appel que Sa Majesté a interjeté par suite de l'acquiescement du soldat D.J. Brocklebank à l'égard de l'accusation d'avoir commis une infraction punissable aux termes de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, soit la torture, contrairement à l'article 269.1 du *Code criminel* du Canada, et de l'accusation subsidiaire de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, contrairement à l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*.

LES FAITS

Le 16 mars 1993, le soldat Brocklebank était membre des Forces canadiennes et se trouvait à Belet Uen, en Somalie, dans le cadre d'une mission de maintien de la paix. Le deuxième Commando, la section du Groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada en Somalie dont Brocklebank faisait partie, était logé dans une enceinte qui était entourée de fil barbelé et comportait une entrée qui servait de point d'accès. À l'intérieur de la barrière avant se trouvait une casemate, parfois appelée «fosse». Vers 20h45 ce soir-là, la patrouille en attente a appréhendé un jeune Somalien de 16 ans nommé Shidane Abukar Arone. Celui-ci n'était pas armé et n'a nullement résisté lorsqu'il a été appréhendé. Il a été amené à l'intérieur des lignes du deuxième Commando et mis dans la fosse. Des menottes ont été passées autour des poignets du prisonnier, qui avaient été placés dans son dos. Un bâton a été passé sous ses bras, dans le dos, et une corde a été utilisée pour relier le bâton à un poteau dans la casemate.

Captain Sox, the commander of a platoon which was a unit of the 2 Commando, was "tasked" with front gate security for the camp as well as the standing patrols in and around the camp. He testified that when there was a prisoner in the pit it was standard operating procedure for the person on guard at the gate to pull back to the bunker and to guard both the gate and the bunker from that location. Sox also testified that he received an order from Major Seward that persons caught trying to infiltrate the camp were to be abused or beaten and, although he thought this order was wrong, he passed it along to his commanders in the orders group that day. When Arone was captured, Sox ordered Private Brown, who was assigned to guard the gate from 2200 to 2300 hours, to locate the person in charge of front gate security and tell him to come back to where the prisoner was. Brown found Master Corporal Matchee, the second in command of Brocklebank's section and Brocklebank's direct superior, and returned with him to Sox. Sox then told Matchee that he (Matchee) was in charge of the prisoner and Matchee and Brown began to beat and torture Arone in the pit.

At about 2300 hours, Matchee awakened Brocklebank. Matchee was laughing and told Brocklebank, "[y]ou're on shift (referring to a one-hour tour of duty as a sentry at the gate). I got a surprise for you." Matchee left. Brocklebank dressed, put on his equipment and started to walk to the gate sentry post to perform guard duty. He was carrying a pistol and a rifle. As Brocklebank was on his way to the gate, he was ordered by Matchee to come to the pit. Brown testified that Brocklebank came to the bunker at about 2308 hours to relieve him from duty as a guard. He assumed Matchee was in charge of the prisoner and did not consider there to be any relationship between being on guard duty and being in charge of the prisoner. Matchee told Brocklebank to give him the pistol. When Brocklebank asked why, Matchee replied, "[j]ust give me your pistol, Brock, that's an order." Brocklebank handed over his pistol. Matchee then held the pistol to Arone's head and told Brown to take pictures of him, which Brown did. After this, Matchee returned the pistol to

Le capitaine Sox, le commandant d'un peloton qui était une unité du deuxième Commando, avait pour «tâche» d'assurer la sécurité à la barrière avant pour le campement et pour les patrouilles en attente à l'intérieur et autour du campement. Il a dit que, lorsqu'il y avait un prisonnier dans la fosse, la personne qui assurait la garde à la barrière devait, selon une instruction permanente, se retirer vers la casemate et surveiller à la fois la barrière et la casemate depuis cet endroit. Sox a également dit qu'il avait reçu du major Seward l'ordre de battre ou de maltraiter les personnes qui étaient appréhendées pendant qu'elles tentaient de s'infiltrer dans le campement et que, même s'il croyait cet ordre mal fondé, il l'a transmis à ses commandants du groupe d'ordres ce jour-là. Lorsque le prisonnier Arone a été appréhendé, Sox a ordonné au soldat Brown, qui devait assurer la garde à la barrière de 22 h à 23 h, de trouver la personne responsable de la sécurité à la barrière avant et de lui dire de revenir à l'endroit où se trouvait le prisonnier. Brown a trouvé le caporal-chef Matchee, le commandant adjoint de la section de Brocklebank et le supérieur immédiat de celui-ci, et est retourné voir Sox avec lui. Sox a ensuite dit à Matchee qu'il (Matchee) était responsable du prisonnier et c'est alors que Matchee et Brown ont commencé à battre et à torturer Arone dans la fosse.

Vers 23 h, Matchee a réveillé Brocklebank. Il riait et lui a dit ce qui suit : [TRADUCTION] «[t]u es de faction [faisant allusion à une période de service d'une heure comme sentinelle à la barrière]. J'ai une surprise pour toi». Matchee a ensuite quitté les lieux. Brocklebank s'est habillé, a mis son équipement et a commencé à marcher vers le poste de sentinelle à la barrière pour assurer la garde. Il portait un pistolet et un fusil. Alors que Brocklebank marchait en direction de la barrière, il a reçu de Matchee l'ordre de se rendre à la fosse. Brown a dit que Brocklebank est arrivé à la casemate vers 23h08 pour le relayer. Il a présumé que Matchee était responsable du prisonnier et n'a pas pensé qu'il pouvait y avoir un lien entre le service de faction et le contrôle du prisonnier. Matchee a dit à Brocklebank de lui remettre son pistolet. Lorsque Brocklebank lui a demandé pourquoi, Matchee a répondu [TRADUCTION] «[d]onne-moi simplement ton pistolet, Brock, c'est un ordre». Brocklebank lui a remis son pistolet. Matchee a ensuite pointé le pistolet en direction de la tête d'Arone et a demandé à

Brocklebank. Brown left. Brocklebank remained outside at the entrance to the bunker while Matchee continued to torture Arone. Brown heard Arone screaming as he was urinating at the northwest corner of the compound. At one point, Matchee left the bunker to get a cigarette, leaving Brocklebank alone with the prisoner. Brocklebank testified that he stretched the prisoner's feet out in front and placed a sandbag over them to impede further injury. He also got some water for the prisoner but when the prisoner did not drink it he poured the water over the prisoner's head "to refresh him." Brocklebank gave a written statement on March 29, 1993, in which he said that at the end of his shift "I was leaving to get the next sentry up. I told the CP [command post] to watch the bunker and I left to make my rounds . . ." At trial, Brocklebank testified that he meant to say, in his statement, "[w]atch the front gate", and not, "[w]atch the bunker." Brocklebank had guarded prisoners on two previous occasions and he testified that he understood that his duty, when guarding prisoners, was to ". . . just watch the prisoner, make sure he didn't escape, keep him up all night." Brocklebank further testified that he did not give any thought about whether he was personally guarding the prisoner. Matchee was guarding Arone and he, Brocklebank, was not in charge of the prisoner. When Brocklebank left the bunker, he did not try to stop Arone's ordeal by reporting the matter to any of Matchee's superiors.

Brocklebank woke Corporal Glass at about 2345. Glass testified that he was to be the next gate sentry. Glass testified that Sergeant Lloyd had previously told him that there was a prisoner in the bunker to be guarded as part of his gate security shift. Glass told Sergeant Skipton that Matchee was beating Arone shortly after he entered the pit area.

Brown de prendre des photographies de lui, ce que Brown a fait. Après la prise de photographies, Matchee a remis le pistolet à Brocklebank. Brown a ensuite quitté les lieux. Brocklebank est resté à l'extérieur, à l'entrée de la casemate, pendant que Matchee a continué de torturer Arone. Brown a entendu Arone crier lorsqu'il urinait à l'extrémité nord-ouest de l'enceinte. À un certain moment, Matchee a quitté la casemate pour fumer une cigarette et a laissé Brocklebank seul avec le prisonnier. Brocklebank a dit qu'il a fixé un sac de sable sous les pieds du prisonnier après les avoir tirés vers l'avant pour lui éviter d'autres blessures. Il est également allé chercher de l'eau pour le prisonnier, mais lorsqu'il a constaté que celui-ci ne la buvait pas, il l'a versée sur la tête du prisonnier pour [TRADUCTION] «le rafraîchir». Le 29 mars 1993, Brocklebank a fait une déclaration écrite au cours de laquelle il a mentionné qu'à la fin de son tour de garde, [TRADUCTION] «je suis parti pour aller réveiller la prochaine sentinelle. J'ai dit au PC [poste de commandement] de surveiller la casemate et je suis parti faire mes rondes . . . ». Au cours du procès, Brocklebank a mentionné que ce qu'il voulait dire dans sa déclaration, c'est qu'il avait demandé au PC de [TRADUCTION] «[s]urveiller la barrière avant» et non [TRADUCTION] «[l]a casemate». Brocklebank avait surveillé des prisonniers à deux reprises dans le passé et il a dit comprendre que, lorsqu'il exerçait cette fonction, son devoir se limitait [TRADUCTION] « . . . à surveiller le prisonnier pour éviter qu'il s'évade, surveiller le prisonnier toute la nuit ». Brocklebank a ajouté qu'il ne s'est nullement demandé s'il assurait personnellement la garde du prisonnier. Matchee surveillait Arone et lui, Brocklebank, n'était pas responsable du prisonnier. Lorsque Brocklebank a quitté la casemate, il n'a pas tenté de mettre fin à la torture d'Arone en signalant l'incident aux supérieurs de Matchee.

Brocklebank a réveillé le caporal Glass vers 23h45. Glass a dit au cours de son témoignage qu'il devait être la prochaine sentinelle à la barrière. Il a ajouté que le sergent Lloyd l'avait déjà informé qu'il devrait surveiller un prisonnier dans la casemate lorsqu'il serait de faction à la barrière. Glass a dit au sergent Skipton que Matchee s'est mis à battre Arone peu après le moment où il est entré dans la fosse.

Brocklebank also woke up Corporal McKay so that the latter could make a telephone call home. They both walked to the telephones and, while waiting to use the phone, Brocklebank told McKay that Matchee had beaten the prisoner and that he thought that what was going on was wrong. ^a

Shidane Arone died of the injuries he received from being tortured and beaten. ^b

During the night while Arone was being held in the pit, a number of soldiers came by. No one made any attempt to stop Matchee. One person, Corporal MacDonald, saw Brown and Matchee beating Arone prior to the arrival of Brocklebank. He returned to the command post where he told his superior, Sergeant Gresty, that "the Somali prisoner is getting a good shit kicking." Gresty took no action to go out and stop Matchee. ^c

Sergeant Hillier was responsible for the establishment of standing patrols the day Arone was captured. He testified that if he knew there were going to be prisoners, he would specifically order the man on duty at the time that he would be in charge of the prisoner. An order would be given to the sentry guard that the guard was in charge of the prisoner. Sergeant Hooyer, who was in a different platoon, testified that he was not aware of any standing order procedure concerning guarding of prisoners by the person on duty as sentry guard at the gate. If a prisoner was being kept in the bunker, however, the prisoner would not be left alone. Troops would be tasked to look after him. ^d

THE FIRST GROUND OF APPEAL

The appellant submits that the Judge Advocate erred in law by misdirecting the court martial panel with respect to the position of a party aiding in the offence of torture. It is the appellant's position that Brocklebank aided Matchee in the commission of the offence of torture by: (a) delivering his loaded service pistol to Matchee, and (b) failing to protect the prisoner while Matchee continued to torture the victim. ^e

Brocklebank a également réveillé le caporal McKay pour permettre à celui-ci de téléphoner chez lui. Tous deux ont marché en direction des téléphones et, pendant qu'ils attendaient pour utiliser le téléphone, Brocklebank a dit à McKay que Matchee avait battu le prisonnier et que, selon lui, cette conduite était incorrecte.

Shidane Arone est décédé par suite des blessures qui lui ont été infligées lorsqu'il a été battu et torturé. ^b

Pendant la nuit au cours de laquelle Arone a été détenu dans la fosse, un certain nombre de soldats sont venus. Personne n'a tenté d'arrêter Matchee. Le caporal MacDonald a vu Brown et Matchee battre Arone avant l'arrivée de Brocklebank. Il est retourné au poste de commandement et a dit à son supérieur, le sergent Gresty, que [TRADUCTION] «le prisonnier somalien est en train de recevoir une bonne raclée». Gresty n'est pas sorti pour arrêter Matchee. ^c

Le sergent Hillier était responsable de l'établissement des patrouilles en attente le jour où Arone a été appréhendé. Il a mentionné que, lorsqu'il savait qu'il y aurait des prisonniers, il disait à l'officier de faction que celui-ci serait responsable du prisonnier. La sentinelle recevait l'ordre de s'occuper du prisonnier parce qu'elle en était responsable. Le sergent Hooyer, qui faisait partie d'un peloton différent, a dit qu'il n'était au courant d'aucune instruction permanente concernant la garde des prisonniers par l'officier de faction comme sentinelle à la barrière. Cependant, lorsqu'un prisonnier était gardé dans la casemate, il n'était pas laissé seul. Des troupes étaient chargées de le surveiller. ^d

LE PREMIER MOYEN D'APPEL

L'appelante soutient que le juge-avocat a commis une erreur de droit en donnant des directives erronées aux membres de la formation au sujet de la position d'une partie qui est complice lors de la perpétration de l'infraction de torture. Selon l'appelante, Brocklebank a été le complice de Matchee et l'a aidé à commettre l'infraction de torture a) en remettant son pistolet réglementaire chargé à Matchee, b) en omettant de protéger le prisonnier pendant que Matchee continuait à torturer la victime. ^e

The Judge Advocate clearly directed the members of the panel as to how delivery of Brocklebank's loaded pistol to Matchee could constitute torture by aiding and abetting his mental suffering. The appeal does not relate to that portion of the summation.

Torture is an offence of specific intent. The Crown must therefore prove that Brocklebank failed to act in order to assist Matchee in torturing Arone. Both the Crown and the defence agreed that if Brocklebank was guarding Arone then at common law he had a duty to protect him. If, however, Brocklebank was not guarding Arone, the Crown proceeded on the basis that Brocklebank could be guilty as a party under section 21 of the *Criminal Code* because he ought to have known that he had a duty to protect civilians, and his failure to do so aided and abetted the torture of Arone. The defence admitted that prisoners and civilians in Canadian Forces custody must be protected against all acts of violence as a matter of General Service Knowledge ("GSK"). As part of their battle training, soldiers were instructed on the provisions of the Geneva Convention for the treatment of prisoners of war as well as the treatment of civilians. In materials provided to them (specifically those in Exhibit "J"), it was clear that the Geneva Convention specifically prohibits the torture or abuse of civilians. It was clear in these materials that the Geneva Convention "should be regarded as the minimum standard of treatment of any civilians with whom our armed forces come in contact with." The defence did not admit that the accused had specific knowledge of this duty. The position of the Crown is that evidence of Brocklebank's specific knowledge of the GSK was immaterial and the Judge Advocate erred in his summation in not clearly saying so.

Given the particular approach of the Crown, this ground of appeal must fail. In relation to the charge of torture, Brocklebank's specific knowledge of the GSK was relevant to his purpose in handing over his

Le juge-avocat a expliqué clairement aux membres de la formation comment Brocklebank a pu, en remettant son pistolet chargé à Matchee, commettre l'infraction de torture en se faisant le complice des souffrances morales infligées à la victime. L'appel n'est pas lié à cette partie de l'exposé.

La torture est une infraction d'intention spécifique. Sa Majesté doit donc établir que Brocklebank a omis d'agir afin d'aider Matchee à torturer Arone. Sa Majesté et la défense admettent toutes deux que, si Brocklebank surveillait Arone, il devait, selon les règles de common law, le protéger. Cependant, s'il ne surveillait pas Arone, Sa Majesté a soutenu que Brocklebank pouvait être coupable comme participant à l'infraction aux termes de l'article 21 du *Code criminel*, parce qu'il aurait dû savoir qu'il avait l'obligation de protéger les civils et que, en omettant de le faire, il s'est fait le complice de la torture infligée au prisonnier Arone. La défense a admis que les prisonniers et les civils sous la garde des Forces canadiennes doivent être protégés contre tout acte de violence et que cette obligation faisait partie des connaissances militaires générales. Dans le cadre de leur entraînement au combat, les soldats recevaient une formation sur les dispositions de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre et de la Convention sur les civils. Dans la documentation qui leur a été fournie (notamment les documents de la pièce «J»), il est mentionné en toutes lettres que la Convention de Genève interdit expressément la torture ou le traitement abusif des civils. Il est énoncé clairement dans ces documents que la Convention de Genève devrait être considérée «comme constituant le traitement minimum auquel ont droit tous les civils avec lesquels nos forces armées sont susceptibles de venir en contact». La défense n'a pas admis que l'accusé était au courant de cette obligation. Sa Majesté soutient que la preuve concernant la question de savoir si Brocklebank était au courant de ces connaissances militaires générales n'était pas pertinente et que le juge-avocat a commis une erreur en omettant de le dire clairement dans son exposé.

Compte tenu des arguments que Sa Majesté a invoqués, ce moyen d'appel ne peut être retenu. Dans le cas de l'accusation de torture, la question de savoir si Brocklebank était au courant des connaissances

revolver to Matchee and to his intention in continuing to be present at the bunker. Clearly, if Brocklebank was under a duty to protect Arone and did not do so for the purpose of aiding Matchee to torture Arone, he could be found guilty as a party. At the opposite end of the spectrum, it is trite to say that had Brocklebank been unarmed, his mere presence while Arone was being tortured would not amount to aiding and abetting if Brocklebank had no duty towards Arone. These two extremes, which were put by the Judge Advocate, ignore a third position. Brocklebank was armed. If the purpose of his presence was to ensure against Arone's escape, particularly when he was left alone with Arone while Matchee went for a cigarette, then there was evidence upon which he could have been found guilty as a party: see: *R v. Black* (1970), 4 C.C.C. 251 (B.C.C.A.); *Dunlop and Sylvester v. The Queen* (1979), 47 C.C.C. (2d) 93 at 110 (S.C.C.); *R v. Clarkson* (1971) 55 Cr. App. R. 445 (C.M.A.C.); *R v. Kirkness* (1990), 60 C.C.C. (3d) 97 (S.C.C.). Although the cases which would support this third position were drawn to our attention, the Crown does not appear to have taken this approach at trial. My sole purpose in mentioning the third position is to point out that the approach taken by the Crown dictated the Judge Advocate's summation to the panel.

THE SECOND GROUND OF APPEAL

The appellant submits that the Judge Advocate erred in defining the constituent elements of the second charge, negligent performance of a military duty.

The Judge Advocate instructed the panel:

... before you can find under *National Defence Act* section 124 that Private Brocklebank failed to ensure that Shidane Arone was safeguarded you must first be satisfied beyond a reasonable doubt that either:

- (a) in respect of the common law duty of care, that private Brocklebank was tasked with custodial responsibilities respecting Shidane Arone . . .
- (b) in respect of the duty of care at Exhibit "J", you must find beyond a reasonable doubt either that:

militaires générales était pertinente quant à la raison pour laquelle il a remis son revolver à Matchee et pour laquelle il est resté dans la casemate. Il est bien certain que, si Brocklebank était tenu de protéger Arone et ne l'a pas fait pour aider Matchee à torturer le prisonnier, il pourrait être reconnu coupable comme participant à l'infraction. À l'extrémité opposée du spectre, il est évident que, si Brocklebank n'avait pas été armé, sa simple présence pendant qu'Arone était torturé ne pourrait faire de lui un complice, dans la mesure où il n'avait aucune obligation envers Arone. Ces deux situations extrêmes, que le juge-avocat a exposées, ne tiennent pas compte d'une troisième. Brocklebank était armé. S'il était présent pour empêcher Arone de s'enfuir, notamment lorsqu'il a été laissé seul avec le prisonnier pendant que Matchee est allé fumer une cigarette, il pourrait alors être reconnu coupable comme participant à l'infraction : voir les arrêts *R v. Black* (1970), 4 C.C.C. 251 (C.A. C.-B.); *Dunlop et Sylvester c. La Reine* (1979), 47 C.C.C. (2d) 93, à la page 110 (C.S.C.); *R v. Clarkson* (1971) 55 Cr. App. R. 445 (C.A.C.M.); *R. c. Kirkness* (1990), 60 C.C.C. (3d) 97 (C.S.C.). Même si les décisions qui appuieraient cette troisième position ont été signalées à notre attention, Sa Majesté ne semble pas avoir invoqué cet argument au procès. Je mentionne cette troisième position simplement pour souligner que le juge-avocat s'est fondé sur les arguments invoqués par Sa Majesté pour présenter son exposé à la formation.

LE DEUXIÈME MOYEN D'APPEL

L'appelante soutient que le juge-avocat a commis une erreur lorsqu'il a défini les éléments constitutifs de la deuxième infraction, soit la négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire.

Le juge-avocat a instruit les membres de la formation en ces termes :

[TRADUCTION] . . . avant de pouvoir conclure, aux termes de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*, que le soldat Brocklebank a omis d'assurer la sécurité de Shidane Arone, vous devez d'abord être convaincus hors de tout doute raisonnable que :

- (a) dans le cas de l'obligation de diligence reconnue en common law, le soldat Brocklebank s'est vu confier des responsabilités de garde à l'égard de Shidane Arone. . .
- (b) dans le cas de l'obligation de diligence visée par la pièce «J»,

(1) Private Brocklebank had actual knowledge of the general duty of care set out therein; or

(2) that Private Brocklebank was properly notified of the provisions of Exhibit "J" (the unit guide to the Geneva Convention) in accordance with QR&O articles 1.21 and 4.26 . . .

In respect of the common law duty of care, the Judge Advocate instructed the panel that they must be satisfied beyond a reasonable doubt that Private Brocklebank was *tasked* with custodial responsibilities respecting Shidane Arone. This was too narrow an approach. The common law imposes a duty of care towards those in one's custody. If Arone was in Brocklebank's custody, then Brocklebank had a duty of care to protect him. The question of whether Arone was in Brocklebank's custody is a factual one. In some cases, such as where a soldier is tasked to look after a prisoner, this fact will not be in issue. In other cases, such as the present one, the issue of whether Arone was in Brocklebank's custody will have to be determined from the circumstances and it will be necessary for the Judge Advocate to review the principal pieces of evidence which may or may not give rise to such a conclusion.

Although the Judge Advocate reviewed some of the evidence of the witnesses for the panel, he did not identify for them the principal pieces of evidence which would have assisted them in deciding whether Arone was in Brocklebank's custody. The Judge Advocate should have pointed out that Brocklebank was armed, that according to the evidence of Captain Sox, the standard operating procedure when there was a prisoner being held in the pit was for the gate sentry to drop back to the bunker to guard the prisoner, the fact that Matchee ordered Brocklebank to come to the pit, the fact that at some point Brocklebank was left in sole charge of Arone while Matchee went to get a cigarette, as well as Brocklebank's statement that he asked the CP to watch the bunker while he went to wake up Glass. Having done this, the Judge Advocate should then have drawn the panel's attention to those portions of the evidence capable of raising a reasonable doubt that Arone was in Brocklebank's custody, including

(1) le soldat Brocklebank était effectivement au courant de l'obligation générale de diligence qui y est énoncée;

(2) le soldat Brocklebank a été dûment informé des dispositions de la pièce «J» (le Guide régimentaire des Conventions de Genève) conformément aux articles 1.21 et 4.26 des ROR . . .

Dans le cas de l'obligation de diligence reconnue en common law, le juge-avocat a dit aux membres de la formation qu'ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que le soldat Brocklebank avait pour *tâche* d'assurer la garde de Shidane Arone. C'est là une interprétation trop restrictive. Les règles de common law imposent une obligation de diligence envers les personnes qui sont sous la garde d'une autre. Si Arone était sous la garde de Brocklebank, celui-ci devait alors le protéger. La question de savoir si Arone était sous la garde de Brocklebank est une question de fait. Dans certains cas, notamment lorsqu'un soldat a pour tâche de surveiller un prisonnier, ce fait ne sera pas contesté. Dans d'autres cas, comme celui dont nous sommes saisis, la question de savoir si Arone était sous la garde de Brocklebank devra être tranchée à la lumière des circonstances et le juge-avocat devra revoir les principaux éléments de preuve qui peuvent ou non donner lieu à cette conclusion.

Même si le juge-avocat a passé en revue une partie de la preuve présentée par les témoins pour les membres de la formation, il ne leur a pas indiqué les principaux éléments de preuve qui auraient pu les aider à déterminer si Arone était sous la garde de Brocklebank. Le juge-avocat aurait dû préciser que Brocklebank était armé, que, selon le témoignage du capitaine Sox, lorsqu'un prisonnier était détenu dans une fosse, la sentinelle de faction à la barrière devait habituellement se retirer vers la casemate pour surveiller le prisonnier, que Matchee avait ordonné à Brocklebank de se rendre à la fosse, que, à un certain moment, Brocklebank a été laissé seul avec Arone pendant que Matchee est allé fumer une cigarette et que Brocklebank a déclaré avoir demandé au PC de surveiller la casemate pendant qu'il allait réveiller Glass. Par la suite, le juge-avocat aurait dû attirer l'attention des membres de la formation sur les parties de la preuve susceptibles de soulever un doute raisonnable quant au fait que le prisonnier Arone était

Brocklebank's explanation at trial in respect of his written statement.

The alternative basis of liability put forward by the prosecution was a statutory one. The Judge Advocate instructed the panel that before they could find that Brocklebank was guilty of a breach of a statutory duty of care under section 124 of the *National Defence Act*, they must find beyond a reasonable doubt that Brocklebank had actual knowledge of a duty under section 124 and actual knowledge of the provisions relating to the Geneva Convention. This was an error inasmuch as section 150 of the *Act* states:

The fact that a person is ignorant of the provisions of this Act, or of any regulations or of any order or instruction duly notified under this Act, is no excuse for any offence committed by the person.

This provision imposes liability on an objective standard. It was admitted by the defence that, as a matter of GSK, prisoners and civilians in Canadian Forces custody must be protected against all acts of violence. Earlier in his ruling rejecting a motion by the defence that the prosecution had failed to make out a *prima facie* case, the Judge Advocate expressed the view that members of the Canadian Forces are under a duty to observe the provisions of chapter 5 of the Unit Guide to the Geneva Convention with respect to civilians with whom the Canadian Forces come into contact and that, specifically, the duty includes the protecting of civilians from all acts of violence where possible. In considering whether Brocklebank ought to have known that soldiers on a peacekeeping mission have a duty of care towards civilians, the panel should have been instructed that it was not necessary to prove that Brocklebank had actual knowledge of the duty in section 124 or of Exhibit "J". Evidence that Brocklebank was given notification of a duty to protect civilians, through lectures given to Brocklebank's platoon, was presented at trial. The average soldier would have been aware of this duty. In my opinion, a peacekeeping mission is a military operation carried out by armed forces with the aim of preventing hostilities and therefore

sous la garde de Brocklebank, notamment les explications que celui-ci a données au procès au sujet de sa déclaration écrite.

L'autre fondement de responsabilité que la poursuite a invoqué était un fondement d'origine législative. Le juge-avocat a dit aux membres de la formation qu'avant de pouvoir conclure que Brocklebank avait omis de se conformer à une obligation de diligence découlant de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*, ils devaient conclure hors de tout doute raisonnable que Brocklebank était effectivement au courant de l'existence d'une obligation aux termes de l'article 124 ainsi que des dispositions liées à la Convention de Genève. Il s'agissait là d'une erreur, compte tenu de l'article 150 de la *Loi*, dont le libellé est le suivant :

Le fait d'ignorer les dispositions de la présente loi, de ses règlements ou des ordonnances ou directives dûment notifiées sous son régime ne constitue pas une excuse pour la perpétration d'une infraction.

Cette disposition impose une responsabilité fondée sur une norme objective. La défense a admis que, selon les connaissances militaires générales, les prisonniers et les civils sous la garde des Forces canadiennes doivent être protégés contre tout acte de violence. Lorsqu'il a rejeté plus tôt la requête de non-lieu de la défense, le juge-avocat a mentionné que les membres des Forces canadiennes sont tenus d'observer les dispositions du chapitre 5 du Guide réglementaire des Conventions de Genève, notamment en ce qui a trait aux civils avec lesquels les Forces canadiennes sont susceptibles de venir en contact, et que cette obligation comprend celle de protéger les civils contre tout acte de violence, si possible. Pour permettre aux membres de la formation de déterminer si Brocklebank aurait dû savoir que les soldats participant à une mission de maintien de la paix ont une obligation de diligence envers les civils, le juge-avocat aurait dû leur dire qu'il n'était pas nécessaire de prouver que Brocklebank était effectivement au courant de l'obligation énoncée à l'article 124 ou à la pièce «J». Au cours du procès, il a été prouvé que Brocklebank avait été avisé de l'obligation de protéger les civils dans le cadre des cours donnés à son peloton. Le soldat moyen aurait été au courant de cette obligation. À mon avis, une mission de maintien

within the Geneva Convention as enlarged by the 1977 protocols.

At a later point in his summation, the Judge Advocate also instructed the panel that:

The necessary mental element, that is, the accused's necessary blameworthy state of mind . . . The necessary blameworthy state of mind is the condition of mind imported by the use of the term negligently.

This instruction required the prosecution to prove a subjective mental element. This was an error. The Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Creighton, supra*, at page 382, adopts an objective *mens rea* requirement:

Objective *mens rea*, on the other hand, is not concerned with what the accused intended or knew. Rather, the mental fault lies in failure to direct the mind to a risk which the reasonable person would have appreciated. Objective *mens rea* is not concerned with what was actually in the accused's mind, but with what should have been there . . .

Bearing in mind the GSK, I would interpret the duty imposed under section 124 in the context of this case to be that a soldier has a duty to ensure that his inaction does not increase the risk of harm to a civilian prisoner. Accordingly, the Judge Advocate should have instructed the panel that the Crown must prove: (a) that Brocklebank's failure to act increased the risk of harm to Arone; (b) that a reasonable soldier would appreciate that such inaction would increase the risk of harm; and (c) that Brocklebank's failure to act constituted a marked departure from the conduct expected of a reasonable soldier in the circumstances.

The Judge Advocate directed the panel that the objective test was not to be undertaken in a vacuum. They should also have been told that their decision must be made on a consideration of the facts at the time and in relation to Brocklebank's perception of those facts. Brocklebank's perception was to be considered only to form a basis for a conclusion as to whether or not Brocklebank's conduct was reasonable: see *R. v. Tutton* (1989), 48 C.C.C. (3d) 129 at 141 (S.C.C.) per McIntyre J., cited with approval by Cory J. on behalf of a majority of the Supreme Court

de la paix est une opération militaire que mènent des forces armées pour prévenir des hostilités et est donc visée par la Convention de Genève, dont la portée a été étendue par les Protocoles de 1977.

^a Plus loin au cours de son exposé, le juge-avocat a également dit ce qui suit aux membres de la formation :

^b [TRADUCTION] L'élément mental nécessaire, c'est-à-dire l'intention blâmable nécessaire de l'accusé, est l'état d'esprit que sous-entend le mot négligence.

^c Cette directive obligeait la poursuite à prouver un élément mental subjectif. Il s'agissait là d'une erreur. Dans l'arrêt *R. c. Creighton*, précité, à la page 382, la Cour suprême du Canada adopte un critère objectif à l'égard de la *mens rea* :

^d Dans le cas de la *mens rea* objective, par contre, les intentions de l'accusé et ce qu'il savait n'entrent nullement en ligne de compte. Au contraire, la faute morale tient à l'omission d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte. La *mens rea* objective n'a rien à voir avec ce qui s'est passé effectivement dans l'esprit de l'accusé, mais concerne ce qui aurait dû s'y passer. . .

^e Compte tenu des connaissances militaires générales, je dirais que, dans le contexte du présent litige, l'article 124 oblige le soldat à faire en sorte que son inaction n'augmente pas les risques de préjudice pour un prisonnier civil. En conséquence, le juge-avocat aurait dû dire aux membres de la formation que Sa Majesté devait prouver (a) que l'inaction de Brocklebank a accru les risques de préjudice pour Arone, (b) qu'un soldat raisonnable comprendrait que cette inaction accroîtrait les risques de préjudice, (c) que l'inaction de Brocklebank constituait un écart marqué par rapport à la conduite attendue d'un soldat raisonnable dans les circonstances.

^h Le juge-avocat a dit aux membres de la formation que le critère objectif ne devait pas être appliqué dans un vide juridique. Il aurait également fallu leur dire qu'ils devaient prendre leur décision en se fondant sur les événements qui se déroulaient à l'époque et sur la façon dont Brocklebank les percevait. La perception de Brocklebank aurait dû être considérée uniquement comme un fondement permettant de conclure si la conduite de celui-ci était raisonnable ou non : voir les commentaires qu'a formulés le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Tutton* (1989), 48 C.C.C.

in *R. v. Hundal* (1993), 79 C.C.C. (3d) 97 at 107. Recently, the Supreme Court of Canada confirmed in *R. v. MacGillivray*, [1995] 1 S.C.R. 890, that the modified objective test as set out in *Hundal* is the correct one.

It was not necessary for the prosecution to prove that Brocklebank actually knew that he was neglecting his duty. Proof of *mens rea* can be established by the conduct itself. If it was established that Brocklebank's conduct was a marked departure from the standard of care expected of a reasonable soldier who has been asked by his superior to come to a bunker where a civilian prisoner was being held, the panel should then have been directed to consider whether Brocklebank's explanation for his failure to act constituted a good defence to the charge. This is the subject of the third ground of appeal.

THE THIRD GROUND OF APPEAL

At trial, Brocklebank testified that he questioned Matchee about his torture of Arone and that Matchee responded that Sox told him to "[g]ive him a good beating, just don't kill him." In cross-examination, Brocklebank testified that he did not do anything about the beating because he thought it had been ordered. The appellant submits that the Judge Advocate erred in law when he directed the members of the panel in respect of the applicability of the defence of superior orders. Even if Brocklebank lacked the courage to point his pistol at Matchee and stop him, he could have sought help. He did not do so.

In *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701 at 828-829 the Supreme Court recognized that the defence of obedience to superior orders was available to members of the military. The defence is not available where the orders in question were manifestly unlawful unless the circumstances of the offence were such that the accused had no moral choice as to whether to follow

(3d) 129, à la page 141 (C.S.C.), et que le juge Cory a approuvés au nom de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Hundal* (1993), 79 C.C.C. (3d) 97, à la page 107. Récemment, dans l'arrêt *R. c. MacGillivray*, [1995] 1 R.C.S. 890, la Cour suprême du Canada a confirmé que le critère objectif modifié énoncé dans l'arrêt *Hundal* est celui qu'il convient d'appliquer.

La poursuite n'était pas tenue de démontrer que Brocklebank savait effectivement qu'il négligeait son devoir. Une preuve de la *mens rea* peut être établie par la conduite elle-même. S'il a été établi que la conduite de Brocklebank constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence attendue d'un soldat raisonnable à qui un supérieur avait demandé de se rendre à une casemate où un prisonnier civil était détenu, il aurait ensuite fallu dire aux membres de la formation qu'ils devaient déterminer si l'explication donnée par Brocklebank au sujet de son inaction constituait un bon moyen de défense à l'égard de l'accusation. C'est là l'objet du troisième moyen d'appel.

LE TROISIÈME MOYEN D'APPEL

Au cours du procès, Brocklebank a mentionné que, lorsqu'il a interrogé Matchee au sujet de la torture qu'il infligeait à Arone, Matchee lui a répondu que Sox lui avait dit [TRADUCTION] «de lui flanquer une bonne raclée, mais de ne pas le tuer». En contre-interrogatoire, Brocklebank a dit qu'il n'a rien fait au sujet des mauvais traitements, parce qu'il pensait que ceux-ci avaient été ordonnés. L'appelante soutient que le juge-avocat a commis une erreur de droit en ce qui a trait aux directives qu'il a données aux membres de la formation au sujet de l'applicabilité de la défense des ordres émanant d'un supérieur. Même si Brocklebank n'avait pas le courage nécessaire pour pointer son pistolet en direction de Matchee et l'arrêter, il aurait pu demander de l'aide. Il ne l'a pas fait.

Dans l'arrêt *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, aux pages 828-829, la Cour suprême a reconnu que les militaires pouvaient invoquer le moyen de défense de l'obéissance à des ordres émanant d'un supérieur. Ce moyen de défense n'est pas disponible lorsque les ordres en question sont manifestement illégaux, sauf si les circonstances de l'infraction sont telles que

the orders. The respondent concedes that Brocklebank had a moral choice but submits that the orders in question were not manifestly unlawful. To be manifestly unlawful the orders must offend the conscience of every right-thinking person. Because Brocklebank's lower rank, the defence contends that he was not in a position to assess the lawfulness of the order.

If Brocklebank had been ordered to assist in abusing Arone, it would, in my opinion, have been a manifestly unlawful order. As a result, there was no evidentiary foundation for the defence of obedience to superior orders and it should not have been put to the panel: see *R. v. Finta, supra*, at page 846. The Judge Advocate erred in not ruling that there was no basis for the defence of obedience to superior orders in law and in leaving this defence to the panel.

The defence raised does not appear at heart to be a defence based on Brocklebank's obedience to an order given by a superior: the only orders which Brocklebank received from Matchee were to go to the pit and to give him his gun. Rather, the defence is one of non-interference based on a belief that an order has been given to a superior officer. The defence raised here is that Brocklebank honestly believed that Matchee was entitled to beat Arone because Matchee told him that Sox had said it was O.K. so long as he did not kill him. In essence, the appellant raises the defence of honest belief as negating the *mens rea* of the offence.

The test is a modified objective test. In *R. v. Tutton, supra*, at page 141, McIntyre J. stated that an honestly held belief in circumstances which would support a defence to a charge of criminal negligence must, to be effective, be reasonably held. I am of the opinion that the same is equally true here.

The panel should have been instructed to determine whether Brocklebank, as a result of Sox's order, honestly believed that Matchee was entitled to torture

l'accusé n'avait aucun choix moral quant à la question de savoir s'il devait suivre les ordres. L'intimé admet qu'il avait un choix moral, mais fait valoir que les ordres en question n'étaient pas manifestement illégaux. Pour être manifestement illégaux, les ordres doivent offusquer la conscience de toute personne saine d'esprit. En raison du rang inférieur qu'occupait Brocklebank, la défense fait valoir qu'il n'était pas en mesure d'évaluer la légalité de l'ordre.

Si Brocklebank avait reçu l'ordre d'aider Matchee à maltraiter Arone, cet ordre aurait constitué, à mon sens, un ordre manifestement illégal. Par conséquent, le moyen de défense de l'obéissance à des ordres émanant d'un supérieur ne reposait sur aucun élément de preuve et n'aurait pas dû être présenté aux membres de la formation : voir l'arrêt *R. c. Finta*, précité, à la page 846. Le juge-avocat a commis une erreur en omettant de conclure à l'absence de fondement du moyen de défense de l'obéissance à des ordres émanant d'un supérieur et en présentant ce moyen de défense aux membres de la formation.

Le moyen de défense invoqué ne semble pas, dans les faits, être fondé sur l'obéissance par Brocklebank à un ordre donné par un supérieur : les seuls ordres que Brocklebank a reçus de Matchee étaient ceux de se rendre à la fosse et de lui remettre son fusil. Le moyen de défense est plutôt celui de l'absence d'intervention fondée sur la croyance qu'un ordre avait été donné à un officier supérieur. Le moyen de défense invoqué ici est le fait que Brocklebank croyait honnêtement que Matchee avait le droit de battre Arone, étant donné que Matchee s'était fait dire par Sox que c'était correct, en autant qu'il ne le tuait pas. Essentiellement, le moyen de défense invoqué est celui d'une conviction honnête qui nie la *mens rea* de l'infraction.

Le critère est un critère objectif modifié. Dans l'arrêt *R. c. Tutton*, précité, à la page 141, le juge McIntyre a dit que, pour être applicable, une conviction honnête dans des circonstances qui appuieraient une défense à une accusation de négligence criminelle doit être raisonnable. À mon avis, cette règle doit également s'appliquer en l'espèce.

Le juge-avocat aurait dû dire aux membres de la formation qu'ils devaient déterminer si Brocklebank a cru honnêtement, par suite de l'ordre donné par

Arone. If the panel found that Brocklebank honestly believed this to be the case, or on all the evidence they had a reasonable doubt that this might be so, the panel should then have been directed to look objectively at the evidence to determine whether the belief was reasonable by the standard of the reasonable soldier. If the panel was satisfied beyond a reasonable doubt that a reasonable soldier would not have held this belief, the panel would have been entitled to reject this defence.

HAS THE PROSECUTION ESTABLISHED THAT THE VERDICT WOULD NOT NECESSARILY HAVE BEEN THE SAME IF THE JUDGE ADVOCATE HAD PROPERLY DIRECTED THE PANEL?

When the prosecution appeals an acquittal it must satisfy the court with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same: *R. v. Morin* (1988), 44 C.C.C. (3d) 193 (S.C.C.); *R. v. Evans* (1993), 82 C.C.C. (3d) 338 at 350 (S.C.C.).

The respondent submits that the Judge Advocate erred in that he did not charge the jury that the conduct of the accused must constitute a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the circumstances: see *R. v. Gosset* (1993), 83 C.C.C. (3d) 494; *R. v. Mathieu* (1995) 5 C.M.A.R. 363. The instruction which was given was less favourable to the defence in this regard than it should have been. It is submitted that any errors on the part of the Judge Advocate in relation to the case for the prosecution are negated by the error with respect to the defence and that the Crown, therefore, has not met its burden of showing that the result would not have been any different.

I am satisfied that the Crown has discharged its burden of proving that the Judge Advocate's instructions concerning the charge of neglect of duty affected the finding of the panel. The errors made were fundamental ones which would have affected the very basis on which the panel approached the second charge. I would accordingly allow the appeal

Sox, que Matchee avait le droit de torturer Arone. Si les membres de la formation avaient répondu par l'affirmative à cette question ou s'ils avaient eu un doute raisonnable à ce sujet, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge-avocat aurait dû leur demander d'examiner objectivement la preuve pour déterminer si la conviction était raisonnable, selon la norme du soldat raisonnable. Si les membres de la formation avaient été convaincus hors de tout doute raisonnable qu'un soldat raisonnable n'aurait pas eu cette conviction, ils auraient eu le droit de rejeter ce moyen de défense.

LA POURSUITE A-T-ELLE ÉTABLI QUE LE VERDICT N'AURAIT PAS NÉCESSAIREMENT ÉTÉ LE MÊME SI LE JUGE-AVOCAT AVAIT DONNÉ DE BONNES DIRECTIVES AUX MEMBRES DE LA FORMATION?

Lorsque la poursuite en appelle d'un acquittement, elle doit convaincre la Cour avec un degré de certitude raisonnable que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même : voir les arrêts *R. c. Morin* (1988), 44 C.C.C. (3d) 193 (C.S.C.), et *R. c. Evans* (1993), 82 C.C.C. (3d) 338, à la page 350 (C.S.C.).

De l'avis de l'intimé, le juge-avocat a commis une erreur en omettant de dire aux membres de la formation que la conduite de l'accusé doit constituer un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnablement prudente dans les circonstances : voir les arrêts *R. c. Gosset* (1993), 83 C.C.C. (3d) 494, et *R. c. Mathieu* (1995), 5 C.A.C.M. 363. Les directives qui ont été données étaient moins favorables à la défense sur ce point qu'elles auraient dû l'être. Il est soutenu que toute erreur commise par le juge-avocat en ce qui a trait à la preuve de la poursuite est niée par l'erreur commise au sujet de la défense et que Sa Majesté n'a donc pas prouvé que le résultat n'aurait pas été différent, comme elle devait le faire.

À mon avis, Sa Majesté a prouvé, comme elle le devait, que les directives du juge-avocat au sujet de l'accusation de négligence ont influencé la conclusion des membres de la formation. Les erreurs commises étaient des erreurs fondamentales qui ont touché le fondement même de l'examen de la deuxième accusation par la formation. En conséquence,

with respect to the second charge. Brocklebank suffers from a physical illness known as Tourette's Syndrome which can be debilitating. It is not clear what the status of his health is at present. An inquiry is presently ongoing into the events which took place in Somalia. Bearing this in mind, a new trial should be ordered only if the Crown is still advised to prosecute.

j'accueillerais l'appel en ce qui a trait au deuxième chef d'accusation. Brocklebank souffre d'une maladie appelée syndrome de Tourette, qui peut être débilite. Son état de santé n'est pas connu avec certitude à l'heure actuelle. Une enquête est actuellement en cours au sujet des événements survenus en Somalie. Compte tenu de tous ces facteurs, un nouveau procès ne devrait être ordonné que si des poursuites sont encore recommandées.