

David Gerald Hirter(XXX XXX XXX Captain, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen*Respondent*.

INDEXED AS: R. V. HIRTER

File No.: CMAC 407

Heard: Ottawa, Ontario, May 25 and 26, 1998

Judgment: Ottawa, Ontario, May 26, 1998

Present: Strayer C.J., Ewaschuk and Matheson J.J.A.

On appeal from conviction and sentence by a Standing Court Martial held at Canadian Forces Base Calgary, Alberta, on November 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 16, 18, 20 and 21, 1996.

Jurisdiction – Plea in bar of trial – Prior reproof does not constitute a bar to subsequent charges – Application to introduce fresh evidence – Failure to exercise due diligence in the production of the fresh evidence not fatal if the proposed evidence might be a decisive factor in reversing the convictions – Proposed evidence in this case would not affect the validity of the conviction

The appellant appealed his convictions on three charges under the *National Defence Act*, to one of which he pleaded guilty. All three convictions involved different modes of negligent performance of duty. The appellant also sought leave to appeal his sentence.

Held: Appeals as to conviction and sentence dismissed.

The appellant contended that a reproof imposed following the tragic incident leading to the charges constituted a bar to trial. Although the French and English versions of article 101.1(5) of *QR&O* are worded differently, the English version better reflects the Ministerial intent and is more consistent with the *National Defence Act*. A reproof does not constitute penal punishment, but is, at most, an administrative sanction. Accordingly, a prior reproof does not constitute a bar to subsequent charges.

David Gerald Hirter(XXX XXX XXX capitaine, Forces canadiennes) *Appellant*,

c

Sa Majesté la Reine*Intumée*.

RÉPERTORIÉ : R. C. HIRTER

N^o du greffe : CACM 407

Audience : Ottawa (Ontario), les 25 et 26 mai 1998

Jugement : Ottawa (Ontario), le 26 mai 1998

Devant : le juge en chef Strayer et les juges Ewaschuk et Matheson, J.C.A.

En appel d'un verdict de culpabilité et d'une sentence prononcés par une cour martiale permanente siégeant à la base des Forces canadiennes de Calgary (Alberta), les 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 16, 18, 20 et 21 novembre 1996.

Compétence – Exception d'irrecevabilité concernant le procès – Le reproche antérieur n'a pas pour effet d'empêcher le dépôt ultérieur d'accusations – Demande en vue de déposer de nouveaux éléments de preuve – Le fait que l'appellant n'ait pas fait preuve de diligence raisonnable dans la production de nouveaux éléments de preuve ne fait pas échec à sa cause si les éléments de preuve proposés peuvent être un facteur déterminant pour l'annulation des déclarations de culpabilité – Les éléments de preuve proposés n'auraient aucun effet sur la validité de la déclaration de culpabilité

L'appellant en a appelé des déclarations de culpabilité prononcées par suite des trois accusations portées en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, et à l'une desquelles il a plaidé coupable. Les trois déclarations de culpabilité se rapportaient à différents modes de négligence pendant le service. L'appellant a également demandé l'autorisation d'en appeler de la peine.

Arrêt : Les appels sont rejetés quant à la déclaration de culpabilité et à la peine.

L'appellant a prétendu que le reproche qui lui a été adressé après le tragique incident qui est à l'origine des accusations portées contre lui avait pour effet d'empêcher la tenue d'un procès. Bien que les versions française et anglaise du paragraphe 101.1(5) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* sont libellées de façon différente, la version anglaise traduit mieux l'intention du ministre et est plus conforme à l'esprit de la *Loi sur la défense nationale*. Un reproche ne constitue pas une sanction pénale, mais au mieux une sanction administrative. Par conséquent, le reproche antérieur n'a pas pour effet d'empêcher le dépôt ultérieur d'accusations.

Although the appellant was convicted on some charges and acquitted on others involving a failure to ensure that various procedures were followed by his subordinates, these verdicts were not inconsistent

The appellant sought to introduce certain Standing Orders as fresh evidence on the appeal. The appellant had not exercised due diligence in the production of this fresh evidence. However, the appellant's failure to exercise due diligence would not be fatal if the proposed evidence might be a decisive factor in reversing the convictions. After reviewing the proposed evidence, it would not affect the validity of the convictions to which it related. Accordingly, the application to tender fresh evidence was dismissed.

With respect to sentence, leave to appeal was granted, but the appellant failed to establish that the sentence imposed was demonstrably unfit.

STATUTE AND REGULATION CITED:

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 66 (as am. by R.S.C. 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 45), 162
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, s. 101.11(5).

COUNSEL:

Rodney G. Sellar, for the appellant.
Lieutenant-Colonel J.C. Holland and Major Blaise Cathcart, for the respondent.

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

[1] EWASCHUK J.A.: Captain Hirter appeals his convictions on three charges under the *National Defence Act*, to one of which he pleaded guilty. All three convictions involve different modes of negligent performance of duty.

Plea in Bar of Trial

[2] The appellant contends that a reproof imposed following the tragic incident leading to the charges constitutes a bar to subsequent trial. In particular, the appellant maintains that article 101.11(5) of the *Queen's Regulations and Orders* constitutes a bar to subsequent charges. Although the English version reads that conduct for which a reproof has been administered should not

Bien que l'appellant ait été reconnu coupable de certaines accusations et acquitté d'autres accusations qui font référence à la négligence de s'assurer que diverses procédures avaient été suivies par ses subordonnés, ces verdicts n'étaient pas incompatibles.

L'appellant a demandé à présenter certains Ordres permanents comme nouveaux éléments de preuve. L'appellant n'avait pas fait preuve de diligence raisonnable dans la production de nouveaux éléments de preuve. Cependant, le fait que l'appellant n'ait pas fait preuve de diligence raisonnable ne ferait pas échec à sa cause si les éléments de preuve proposés pouvaient être un facteur déterminant pour l'annulation des déclarations de culpabilité. Après étude des éléments de preuve proposés, ils ne modifieraient pas la validité de la déclaration de culpabilité à laquelle ils se rapportent. Par conséquent, la demande en vue de fournir de nouveaux éléments de preuve a été rejetée.

L'autorisation de contester la peine imposée ait été accordée, mais l'appellant n'a pas réussi à établir que cette peine était manifestement inappropriée.

LOI ET RÈGLEMENT CITÉS :

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 66 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 45), 162.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, art. 101.11(5).

AVOCATS :

Rodney G. Sellar, pour l'appellant.
Lieutenant-colonel J.C. Holland et Major Blaise Cathcart, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE EWASCHUK, J.C.A. : Le capitaine Hirter en appelle des déclarations de culpabilité prononcées par suite des trois accusations portées en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, et à l'une desquelles il a plaidé coupable. Les trois déclarations de culpabilité se rapportent à différents modes de négligence pendant le service.

Exception d'irrecevabilité concernant le procès

[2] L'appellant prétend que le reproche qui lui a été adressé après le tragique incident qui est à l'origine des accusations portées contre lui a pour effet d'empêcher la tenue ultérieure d'un procès. Plus particulièrement, l'appellant soutient que le paragraphe 101.11(5) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* rend irrecevables les accusations portées

subsequently form the subject of a charge, the French version reads that it must not (“ne doit pas”).

[3] It is thus necessary to determine the true intent of the Minister in making this order. The words in article 101.11(5) must be construed in light of the fact that a “reproof” does not constitute penal punishment but at most an administrative sanction. The words must also be construed in light of section 66 of the *National Defence Act*, which does not recognize a reproof as a bar to subsequent charges. The words must furthermore be read in light of section 162 of the Act which empowers a commanding officer to dismiss a charge, thereby constituting a bar to subsequent trial. There was here no dismissal of the charges by a commanding officer.

[4] It is our conclusion that the English version better reflects the ministerial intent and is also more consistent with the *National Defence Act*. Thus, a prior reproof does not constitute a bar to subsequent charges

Inconsistent Verdicts

[5] The appellant correctly points out that he was both convicted and acquitted of various charges, all involving a failure to ensure that various procedures were followed by his subordinates. In respect of the acquittals, the President found that the appellant was entitled in those situations to assume that his orders had been complied with. By contrast, in respect of the convictions, the President found that the appellant was not entitled in those situations to assume that his orders were complied with but had a duty personally to ensure that his orders had been complied with.

[6] It is our view that the verdicts are not necessarily inconsistent. In respect of the acquittals, the President found that the procedures involved were short in duration and it was not reasonable to expect that the appellant would personally ensure compliance. However, in respect of the convictions, the procedures involved were more important and longer in duration. Thus, the verdicts were not unreasonable.

ultérieurement. Bien que la version anglaise indique que le comportement pour lequel un reproche a été administré ne devrait pas (should not) par la suite faire l’objet d’une accusation, la version française indique qu’il ne doit pas (must not) en faire l’objet.

[3] Il est donc nécessaire de déterminer quelle était la véritable intention du ministre au moment de l’adoption de cette ordonnance. Les termes utilisés au paragraphe 101.11(5) doivent être interprétés en tenant compte du fait qu’un « reproche » ne constitue pas une sanction pénale, mais au mieux une sanction administrative. Les mots doivent également être interprétés à la lumière de l’article 66 de la *Loi sur la défense nationale*, qui ne reconnaît pas qu’un reproche constitue une exception d’irrecevabilité au dépôt ultérieur d’accusations. Tous ces termes doivent en outre être lus en tenant compte de l’article 162 de la Loi qui habilite le commandant à ordonner un non-lieu, ce qui a pour effet d’empêcher la tenue ultérieure d’un procès. En l’espèce, aucun commandant n’a ordonné le non-lieu relativement aux accusations.

[4] Nous concluons que la version anglaise traduit mieux l’intention du ministre et qu’elle est plus conforme à l’esprit de la *Loi sur la défense nationale*. Par conséquent, le reproche antérieur n’a pas pour effet d’empêcher le dépôt ultérieur d’accusations.

Verdicts incompatibles

[5] L’appelant soutient à bon droit qu’il a à la fois été reconnu coupable et acquitté de plusieurs accusations, qui font toutes référence à la négligence de s’assurer que diverses procédures avaient été suivies par ses subordonnés. Pour ce qui a trait aux acquittements, le président a statué que l’appelant était en droit, dans les situations visées, de présumer que ses ordres avaient été suivis. Par ailleurs, pour ce qui a trait aux déclarations de culpabilité, le président a jugé que l’appelant n’était pas en droit, dans ces situations, de présumer que ses ordres avaient été suivis, mais qu’il avait l’obligation personnelle de s’assurer que tel était bien le cas.

[6] À notre avis, ces verdicts ne sont pas nécessairement incompatibles. Pour ce qui a trait aux acquittements, le président a jugé que les procédures en cause étaient de courte durée et qu’il n’était pas raisonnable de s’attendre que l’appelant s’assure personnellement que ses ordres avaient été suivis. Toutefois, dans le cas des déclarations de culpabilité, les procédures en cause étaient plus importantes et plus longues. Donc, les verdicts ne sont pas déraisonnables.

Fresh Evidence and the Guilty Plea

[7] The appellant pleaded guilty to count three by which he formally admitted that he had not personally ensured that his subordinates had followed proper procedure in respect of the angle of fire for the attacks on the trenches. The appellant believed that the tightening of the safety angle would impose “more realism” on his company’s range.

[8] It seems to us that the appellant did not exercise due diligence in the production of the fresh evidence. He had access to the proposed Standing Orders and had not recalled their possible application to his charges. Nor had anyone else.

[9] However, it is our view that the appellant’s failure to exercise due diligence is not fatal. This is so if the proposed evidence might be a decisive factor in reversing the convictions. It is therefore necessary to review the nature of the proposed evidence and its possible impact on the convictions.

[10] In respect of count three, the appellant applies to introduce fresh evidence to the effect that the angle of fire for his battalion as revealed by Battalion Standing Orders is far less than that required by the national Training Safety Manual for the Canadian Forces. It is our view that the Training Safety Manual applies specifically to a training exercise involving live fire and grenades rather than the Battalion Standing Orders which do not apply to the dangerous use of grenades. Thus, the proposed evidence would not affect the validity of the conviction to which it relates. In any event, the appellant himself permitted his subordinates to use their “good judgment” as to the angle of fire, and did not ensure compliance even with the lesser requirement of the Battalion Standing Orders.

[11] The appellant pleaded not guilty to count four but was convicted of that charge. That charge involved his failure personally to ensure that the required number of safety staff supervised the line of fire. The appellant also seeks to present fresh evidence in respect of that conviction.

[12] In respect of count four, the appellant applies to introduce fresh evidence to the effect that the Battalion

Nouveaux éléments de preuve et plaidoyer de culpabilité

[7] L’appelant a plaidé coupable au troisième chef d’accusation, admettant formellement qu’il ne s’était pas personnellement assuré que ses subordonnés avaient suivi la procédure appropriée concernant l’angle de tir pour les attaques dans les tranchées. L’appelant a cru que le resserrement de l’angle de sécurité amènerait « plus de réalisme » au champ de tir de sa compagnie.

[8] Il nous semble que l’appelant n’a pas fait preuve de diligence raisonnable dans la production de nouveaux éléments de preuve. Il a eu accès aux ordres permanents proposés et il n’a pas recherché leur application possible aux accusations le concernant. D’ailleurs, personne d’autre ne l’a fait.

[9] Toutefois, à notre avis, le fait que l’appelant n’ait pas fait preuve de diligence raisonnable ne fait pas échec à sa cause. C’est le cas si les éléments de preuve proposés peuvent être un facteur déterminant pour l’annulation des déclarations de culpabilité. Il est donc nécessaire de revoir la nature de la preuve proposée et ses répercussions possibles sur les déclarations de culpabilité.

[10] Pour ce qui a trait au troisième chef d’accusation, l’appelant demande à déposer de nouveaux éléments de preuve tendant à prouver que l’angle de tir de son bataillon, comme il ressort des Ordres permanents du bataillon, est beaucoup moindre que ce qu’exige le Manuel de formation national concernant les mesures de sécurité des Forces canadiennes. À notre avis, ce manuel s’applique expressément à un exercice d’entraînement au cours duquel on procède à un tir réel en utilisant des grenades, contrairement aux Ordres permanents du bataillon qui ne s’appliquent pas à l’usage dangereux des grenades. Donc, les éléments de preuve proposés n’auraient aucun effet sur la validité de la déclaration de culpabilité à laquelle ils se rapportent. De toute façon, l’appelant lui-même a autorisé ses subordonnés à faire preuve « de jugement » quant à l’angle de tir, et il ne s’est pas assuré qu’ils respectaient même les exigences moindres des Ordres permanents du bataillon.

[11] L’appelant a plaidé non coupable au quatrième chef d’accusation, dont il a été reconnu coupable. Ce chef d’accusation indique qu’il a négligé de s’assurer personnellement que le nombre requis d’agents de sécurité supervisaient la ligne de tir. L’appelant demande également à présenter de nouveaux éléments de preuve concernant cette déclaration de culpabilité.

[12] Pour ce qui a trait au quatrième chef d’accusation, l’appelant demande à fournir de nouveaux éléments de preuve

Standing Orders only require the supervision of one safety officer as opposed to three officers as testified to at trial. The witnesses at trial, including the appellant himself, all assumed that, at minimum, three safety officers were required. It is our view that they were correct in that assumption. We conclude that Article 1017 of the Training Manual applies expressly to field firing with grenades whereas the Battalion Standing Orders do not. Thus, the proposed evidence would likewise not affect the validity of the conviction to which it relates. Accordingly, the applications to tender fresh evidence in respect of counts three and four will both be dismissed. It necessarily follows that the application to strike the guilty plea in respect of count three will likewise be dismissed.

Sentence

[13] While leave to appeal sentence is granted, the appellant has failed to establish that the sentence imposed was demonstrably unfit. Accordingly, the appeal against sentence will be dismissed.

Result

[14] In the result, the appeals as to both conviction and sentence will be dismissed.

tendant à prouver que les Ordres permanents du bataillon exigeaient que la ligne de tir soit surveillée par un seul agent de sécurité, et non par trois agents de sécurité comme il a été mentionné au procès. Les témoins qui ont déposé au procès, y compris l'appellant lui-même, ont tous présumé qu'au moins trois agents de sécurité étaient nécessaires. À notre avis, leur hypothèse était exacte. Nous concluons que l'article 1017 du Manuel de formation s'applique expressément aux tirs de campagne où des grenades sont utilisées alors que les Ordres permanents du bataillon ne s'appliquent pas à cette situation. Donc, les éléments de preuve proposés ne modifieraient vraisemblablement pas la validité de la déclaration de culpabilité à laquelle ils se rapportent. Par conséquent, les demandes en vue de fournir de nouveaux éléments de preuve concernant les troisième et quatrième chefs d'accusation sont toutes deux rejetées. Il s'ensuit nécessairement que la demande de radiation du plaidoyer de culpabilité concernant le troisième chef d'accusation est rejetée.

Peine imposée

[13] Bien que l'autorisation de contester la peine imposée ait été accordée, l'appellant n'a pas réussi à établir que cette peine était manifestement inappropriée. Par conséquent, l'appel contre la peine imposée est rejeté.

Dispositif

[14] Les appels concernant la déclaration de culpabilité et la peine imposée sont rejetés.