

**Court Martial Appeal Court  
of Canada**



**Cour d'appel de la cour martiale  
du Canada**

**Date : 20110624**

**Dossier : CMAC-543**

**Référence : 2011 CACM 3**

**CORAM : LE JUGE EN CHEF BLANCHARD  
LA JUGE WEILER  
LE JUGE MARTINEAU**

**ENTRE :**

**SA MAJESTÉ LA REINE**

**appelante**

**et**

**CAPTAINE T.F.W. DAY**

**intimé**

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 20 mai 2011.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 24 juin 2011.

**MOTIFS DU JUGEMENT :**

**LA JUGE WEILER**

**Y ONT SOUSCRIT :**

**LE JUGE EN CHEF BLANCHARD  
LE JUGE MARTINEAU**

**Court Martial Appeal Court  
of Canada**



**Cour d'appel de la cour martiale  
du Canada**

**Date : 20110624**

**Dossier : CMAC-543**

**Référence : 2011 CACM 3**

**CORAM : LE JUGE EN CHEF BLANCHARD  
LA JUGE WEILER  
LE JUGE MARTINEAU**

**ENTRE :**

**SA MAJESTÉ LA REINE**

**appellante**

**et**

**CAPTAINE T.F.W. DAY**

**intimé**

**MOTIFS DU JUGEMENT**

**LA JUGE WEILER**

[1] La question fondamentale du présent appel est de savoir si le juge militaire a erré en maintenant que la preuve relative aux grade, statut et instruction d'un accusé est nécessaire pour démontrer la norme objective de diligence en matière de négligence. En raison des motifs suivants, je conclurais qu'il a commis une erreur.

## **Le contexte**

[2] Les faits sont largement acceptés. L'intimé, le Capitaine T.F.W. Day, était l'officier de service au poste de commandement (le PC) à la base d'opérations avancée (la BOA) Ma'sum Ghar en Afghanistan, le 23 janvier 2009. Ce jour-là, une patrouille d'infanterie commandée par le Capitaine Corey provenant d'une base voisine, la BOA Wilson, avait organisé la destruction de produits servant à la fabrication de dispositifs explosifs de circonstance dans une zone d'opérations de la BOA Ma'sum Ghar.

[3] Le Capitaine Day avait été informé du fait qu'il y avait une patrouille d'infanterie canadienne active dans sa zone d'opérations par son équipage de char qui œuvrait dans la même zone. Le Caporal-chef Dickison, qui faisait partie de l'équipage du char, a demandé des renseignements relatifs à la patrouille d'infanterie. L'opérateur radio au poste de commandement de la BOA Ma'sum Ghar a reçu la demande et l'a transmise au Capitaine Day. Malgré le fait que les renseignements concernant la destination, les objectifs et le progrès prévus de la patrouille d'infanterie avaient été mis à la disponibilité du Capitaine Day par l'entremise du compte rendu journalier de la situation, de même que par des mises à jour sur le logiciel de clavardage (le mIRC) surveillé par le Capitaine Day; ce dernier a négligé d'obtenir des renseignements spécifiques au sujet de la patrouille. L'équipage du char a été avisé par l'opérateur radio du PC de la BOA Ma'sum Ghar qu'il n'y avait pas de renseignement disponible.

[4] L'officier de service à la BOA Wilson, le Capitaine Lloyd, a affiché un avis et un avertissement de cinq minutes sur le mIRC informant que la patrouille allait procéder à une explosion contrôlée. Le Capitaine Day avait accès à ce renseignement, puisqu'il surveillait le

même clavardoir du mIRC durant la période en question et qu'il y affichait ses entrées. Il était vital que la BOA Ma'sum Ghar transmette ce renseignement à l'équipage du char dans la zone. Cela n'a pas été fait.

[5] Lorsque l'explosion a eu lieu, l'équipage du char sous le commandement du Capitaine Day a mépris l'explosion pour une attaque à la roquette imminente et a ouvert le feu, manquant de peu la patrouille d'infanterie de la force amie et des civils dans un village voisin.

[6] Dès que cela s'est produit, le Capitaine Day a été informé que l'équipage du char attaquait des forces amies. Il a regardé le mIRC, sur lequel il avait affiché ses entrées quelque temps avant et après que l'avis de l'explosion ait été affiché et a dit : [TRADUCTION] « Je ne l'ai pas vu ». Il a répété cette phrase ou des paroles en ce sens deux autres fois.

[7] À la suite de l'incident, deux chefs d'accusation de négligence dans l'exécution de tâches militaires en violation de l'article 124 de la *Loi sur la Défense nationale* (la LDN), ou subsidiairement, deux chefs de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline en violation du paragraphe 129(1) de la LDN ont été portés contre le Capitaine Day.

[8] Le Capitaine Day a été jugé par une cour martiale permanente. Dans son réquisitoire, la poursuite a présenté la preuve provenant du Capitaine von Finckenstein<sup>1</sup> voulant qu'une des tâches prioritaires d'un officier de service, comme le Capitaine Day, fût de connaître la position des forces amies en restant vigilant à l'égard de la position et des activités des forces amies et en

---

<sup>1</sup> Le Capitaine von Finckenstein n'était pas en Afghanistan au moment des événements. Le juge militaire a rejeté la requête de la poursuite de lui donner le statut de témoin expert, mais lui a permis de témoigner à titre de témoin ordinaire.

s'assurant que cette information était transmise aux forces dirigées par le PC. Sa preuve était généralement appuyée par les Capitaines Corey et Lloyd.

[9] À la fin du réquisitoire de la poursuite, la défense a demandé une décision statuant que la poursuite n'avait pas établi une preuve à première vue contre l'intimé. Cette requête fait l'objet du présent appel. L'essentiel de la décision du juge militaire est présenté dans les paragraphes suivants, tirés de ses motifs :

[13] J'en viens à la conclusion que certains éléments de qui permettraient à un comité équitable, ayant reçu des directives appropriées, de prononcer un verdict de culpabilité à l'égard des accusations relatives à la tâche ou la mission militaire attribuée au Capitaine Day portées sous le régime de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*. Les Capitaines Corey, Lloyd et von Finckenstein ont fourni quelques éléments de preuve sur le rôle et les responsabilités d'un officier de service dans une unité de combat en théâtre opérationnel comme en Afghanistan, qui comprennent en particulier la tâche de connaître le lieu et la situation des sous-unités et autres forces amies dans la zone d'opérations de l'unité de combat. Pour ce faire, il existe quelques éléments de preuve fournis par ces mêmes témoins selon lesquels l'officier de service disposait de différents modes de communication pour recevoir et transmettre les informations pertinentes à cet effet à tous les niveaux de responsabilité [...]

[...]

[22] Je suis d'accord avec la poursuite pour dire qu'il existe certains éléments de preuve sur les attentes à l'égard de l'officier de service de l'escadron A au poste de commandement de Ma'sum Ghar, le jour des infractions reprochées. Dans le cadre de témoignages et de la publication intitulée « Service de l'état major dans les opérations terrestres », certains éléments de preuve ont été présentés à la cour.

[23] Cependant, aucune preuve quelle qu'elle soit, directe ou circonstancielle, n'a été présentée par la poursuite en ce qui a trait aux circonstances propres à l'accusé. Sauf pour ce qui est d'avoir présenté des éléments de preuve sur le grade de l'accusé, aucun n'a été par ailleurs présenté quant aux connaissances, à la formation et

à l'expérience que possédait le Capitaine Day pour agir en tant qu'officier de service de l'escadron A au poste de commandement de Ma'sum Ghar au moment des infractions reprochées de manière à permettre à la cour de déterminer la norme de diligence applicable à un officier de service dans toutes les circonstances propres à l'accusé.

[10] Ainsi, le juge militaire a déclaré le Capitaine Day non coupable des quatre chefs d'accusation.

### **Analyse**

[11] La poursuite soutient que le juge militaire a reconnu que la norme de diligence était objective, notamment, ce que ferait une personne raisonnable dans toutes les circonstances de l'espèce, mais que cette approche adoptée par le juge militaire personnalisait le critère. Il a erré en demandant à la poursuite de présenter des preuves concernant les connaissances, l'instruction et l'expérience<sup>2</sup> du Capitaine Day. Cette exigence, prétend la présente poursuite, a été rejetée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

[12] Je souscris à cette observation. Dans l'arrêt *Creighton* aux pages 41, 58, 60 et 73, la Cour suprême a maintenu que, concernant une infraction fondée sur la négligence, la norme est celle d'un « écart marqué » entre celle d'une personne raisonnable se trouvant dans toutes les circonstances de l'affaire. La Cour suprême a reconnu que certaines activités peuvent imposer une norme de fait plus élevée que d'autres. Cette exigence découle des circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité et non de la compétence de l'auteur de l'acte. C'est une norme uniforme qui s'applique indépendamment des antécédents, du degré d'instruction ou de l'état

---

<sup>2</sup> Le grade du Capitaine Day a été admis et ne fait pas l'objet d'une question en litige.

psychologique de l'auteur de l'acte. La Cour suprême a expressément rejeté l'argument voulant que la norme de diligence dans le cas de crimes de négligence doive varier en fonction de l'expérience, du degré d'instruction et d'autres caractéristiques personnelles de l'accusé. L'arrêt *Creighton* a été utilisé par la Cour dans le contexte militaire de l'affaire *R. v. Mathieu* (1995), 5 C.M.A.R. 363, aux pages 373 et 374.

[13] L'intimé soutient qu'il était nécessaire de connaître la preuve relative à la connaissance, l'instruction et l'expérience du Capitaine Day afin d'établir la norme objective de diligence. Pour appuyer sa position, il s'est fondé sur la décision *R. v. Brocklebank* (1996), 5 C.M.A.R. 390, aux pages 403 et 404, dans laquelle la Cour maintient qu'« 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. »

[14] La décision *Brocklebank* ne s'applique pas à l'espèce. Dans cette affaire, le Soldat Brocklebank servait dans les forces canadiennes au cours d'une mission de maintien de la paix en Somalie. Au cours de la soirée en question, un Somalien non armé de seize ans a été placé en détention, attaché et enfermé dans un bunker. Brocklebank, qui était dans son lit, a été réveillé et a reçu l'ordre de se poster à la grille d'entrée du camp. Pendant qu'il se rendait à son poste, il a été appelé par le Caporal-chef Matchee et celui-ci lui a montré le prisonnier dans le bunker à la lumière de sa lampe de poche. Matchee a raconté à Brocklebank qu'on lui avait donné pour instruction de battre le prisonnier, mais pas de le tuer. Matchee a donné l'ordre à Brocklebank de lui donner son pistolet. Brocklebank s'est exécuté, mais n'est pas entré dans le bunker. Un autre soldat a pris des photos de Matchee pointant le pistolet à la tête du prisonnier.

Subséquentement, Matchee a battu le prisonnier. Matchee n'a jamais ordonné à Brocklebank de garder le prisonnier. Cependant, Brocklebank est demeuré à l'extérieur du bunker d'où il surveillait la grille. Il y avait des éléments de preuve contradictoires à savoir si un prisonnier dans le bunker devait être gardé dans le cadre du quart de garde de la grille. Lorsque Brocklebank a quitté le bunker, il n'a pas essayé d'empêcher le supplice du prisonnier en rapportant l'affaire à l'un des supérieurs de Matchee. Le prisonnier est décédé à la suite des blessures qu'il a reçues. Brocklebank a été accusé de complicité dans la perpétration d'actes de torture, ou subsidiairement, de négligence dans l'exécution de tâches militaires. Il a été acquitté des deux chefs d'accusations.

[15] À la suite de l'appel de la Couronne, la Cour, dans la décision *Brocklebank*, a maintenu unanimement l'acquittement pour le crime de complicité dans la perpétration d'actes de torture, un crime d'intention spécifique. Concernant l'accusation de négligence dans l'exécution de tâches militaires, la majorité des juges a maintenu, à la page 403, qu'une partie des circonstances de l'infraction de négligence dans l'exécution de tâches militaires comprenait le fait que « [...] le degré accru d'appréhension 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 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 l'autorité

de celui-ci. » C'était dans ce contexte que la majorité des juges a maintenu que le tribunal pouvait tenir compte du grade, du statut et de la formation de l'intimé.

[16] Contrairement à Brocklebank, le Capitaine Day est un officier supérieur. L'acquittement de son devoir, à savoir rendre compte de ce qui se déroulait, ne le plaçait pas directement en conflit avec l'autorité d'un officier supérieur. Et, chose plus importante, l'argument de l'intimé élève le caractère exceptionnel de la situation de l'affaire *Brocklebank* soit, que le tribunal pouvait considérer le grade, le statut et la formation de l'accusé dans l'évaluation de ce qu'une personne ordinaire aurait fait lorsqu'elle aurait su qu'un officier supérieur torturait un prisonnier, au niveau d'exigence que la poursuite présente en preuve le grade, statut et formation de l'accusé pour chaque affaire.

[17] Je rejeterais l'observation de l'intimé. L'accepter consisterait à introduire dans la norme de diligence une norme fluctuante, qui a été rejetée par la Cour suprême dans l'arrêt *Creighton* et par la Cour dans la décision *Mathieu*. Outre la situation exceptionnellement particulière de l'affaire *Brocklebank*, il n'y a pas de fondement rationnel qui permet de conclure qu'il existe des facteurs uniques au système de justice militaire nécessitant que l'arrêt *Creighton* soit modifié. Le raisonnement derrière l'application d'une norme objective se trouve dans l'arrêt *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, dans lequel la Cour suprême, citant la décision du juge Wilson dans l'affaire *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, a noté au paragraphe 39 qu'une norme fluctuante porte atteinte aux principes d'égalité et de responsabilité individuelle omniprésents dans le droit criminel. Comme l'a remarqué la juge McLachlin dans l'arrêt *Creighton*, à la page 41 : « Le droit

criminel fixe des normes minimales de conduite, lesquelles ne doivent pas être modifiées du fait que l'accusé possède plus ou moins d'expérience que la personne raisonnable moyenne hypothétique ».

[18] Dans l'arrêt *Creighton*, la juge McLachlin a aussi écrit à la page 61 que « [...] le maintien, pour le genre d'infractions dont il est question, d'une seule et uniforme norme juridique de diligence [s'applique], sauf dans le cas de l'incapacité à apprécier la nature du risque que comporte l'activité en question ». Donc, le droit criminel tient compte des caractéristiques personnelles de l'accusé, mais seulement lorsque l'on doit déterminer la capacité de celui-ci à apprécier la nature du risque que comporte l'activité en question : *Creighton* à la page 69. Il n'y a pas d'indication de manque de capacité en l'espèce.

[19] J'accueillerais les motifs d'appel de l'appelante.

### **Les observations additionnelles de l'intimé**

[20] L'intimé soulève deux arguments supplémentaires fondés sur le critère énoncé dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, à la page 1080, notamment, « qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité ». Ce critère se fonde sur des éléments de preuve directs ainsi que circonstanciels et le juge des faits a le droit de tirer des conclusions à partir de ces éléments : voir *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, aux pages 160 et 161.

[21] L'intimé soutient que la requête en rejet aurait dû obtenir gain de cause de toute façon, car il n'y avait pas d'élément de preuve admissible relatif à la tâche militaire imposée au

Capitaine Day en vertu de l'article 124 de la LDN, à la tâche qui lui était imposée en vertu de l'article 129 de la LDN ou à la norme de diligence exigée de lui dans l'exécution de l'une ou l'autre de ces tâches à titre d'officier de service.

[22] L'intimé conteste l'admissibilité de la preuve provenant du Capitaine von Finkenstein, car, en tant que témoin ordinaire, il n'avait pas le droit de présenter des éléments de preuve concernant les tâches d'un officier de service. Je ne suis pas d'accord. Le Capitaine von Finkenstein avait le droit de témoigner au sujet de sa compréhension des tâches et de son expérience. De plus, comme l'a noté le juge militaire, la preuve présentée par les Capitaines Corey et Lloyd concernant leur expérience permet de conclure raisonnablement que les tâches d'un officier de service comprennent la surveillance du mIRC et le maintien d'une vigilance à l'égard de la situation par la réception et la transmission des renseignements pertinents.

[23] Finalement, l'intimé prétend qu'il n'y avait pas d'élément de preuve démontrant qu'il existait un préjudice au bon ordre et à la discipline selon l'article 129 de la LDN. Ici encore, je ne suis pas d'accord. Non seulement il peut être conclu qu'un préjudice découle du fait qu'une patrouille de forces armées ait fait l'objet de tir de munition hautement explosive de char, mais il existait des éléments de preuve particuliers provenant du Capitaine Corey concernant les effets de cet incident sur ses soldats et les problèmes en matière d'autorité qui se sont produits à la suite de l'incident.

[24] Conséquemment, je rejeterais les observations additionnelles de l'intimé.

**Conclusion**

[25] J'accueillerais l'appel, je rejetterais les verdicts imposés d'acquiescement concernant les quatre chefs d'accusation et j'ordonnerais un nouveau procès.

« Karen M. Weiler »

---

Juge

« Je suis d'accord

Edmond P. Blanchard »

Juge en chef

« Je suis d'accord

Luc Martineau »

Juge

Traduction certifiée conforme  
Evelyne Swenne, traductrice-conseil

Court Martial Appeal Court  
of Canada



Cour d'appel de la cour martiale  
du Canada

**COUR D'APPEL DE LA COUR MARTIALE DU CANADA**  
**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** CACM-543

**INTITULÉ :** SA MAJESTÉ LA REINE c.  
CAPTAINE T.F.W. DAY

**LIEU DE L'AUDIENCE :** Ottawa (Ontario)

**DATE DE L'AUDIENCE :** Le 20 mai 2011

**MOTIFS DU JUGEMENT :** LA JUGE WEILER

**Y ONT SOUSCRIT :** LE JUGE EN CHEF BLANCHARD  
LE JUGE MARTINEAU

**DATE DES MOTIFS :** Le 24 juin 2011

**COMPARUTIONS :**

Major Steven D. Richards  
Ottawa (Ontario) POUR L'APPELANTE

Lieutenant-Commander Brent G. Walden  
Ottawa (Ontario) POUR L'INTIMÉ

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Service canadien des poursuites militaires  
Ottawa (Ontario) POUR L'APPELANTE

Direction du service d'avocats de la  
défense  
Hull (Québec) POUR L'INTIMÉ