

Her Majesty The Queen,

Appellant,

v.

Anthony Gerald Seward

(██████████ Major, Canadian Forces) *Respondent.*

INDEXED AS: R. v. SEWARD

File No.: CMAC 376

Heard: Ottawa, Ontario, January 22, 1996

Judgment: Ottawa, Ontario, May 27, 1996

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

On application for leave to appeal, appeal and cross-appeal of a sentence imposed by a General Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 24, 25, 26, 27, 30 and 31 May, and 1, 2 and 3 June, 1994.

Appeal by Crown from sentence — Appeal Court must show restraint — Sentence is not fit if clearly unreasonable — Officers having a higher standard of care than other ranks — Sentence must provide a deterrent to careless conduct — Sentence of severe reprimand clearly unreasonable — Sentence of imprisonment for three months and dismissal from the Canadian Forces imposed.

Constitutional challenge — Respondent alleging after hearing of appeal that section 230.1 of the National Defence Act contravenes section 7 of the Charter — Respondent moving for further oral hearing — Court refusing request for further hearing — No new issues coming to light which could not have been discovered before the hearing and which would likely be determinative of the appeal — Need for additional evidence beyond that in the record in order for the Court to address the issue.

The respondent was in command of 2 Commando, Canadian Airborne Regiment, when it deployed to Somalia in December 1992 as part of a peacekeeping assignment. The unit encountered problems with Somalians infiltrating the camp. On the morning of March 16, 1993, the respondent issued orders that infiltrators were to be captured. The respondent also stated that

Sa Majesté la Reine

Appelante,

^a c.

Anthony Gerald Seward

^b (██████████ Major, Forces canadiennes) *Intimé.*

RÉPERTORIÉ : R. c. SEWARD

N^o du greffe : CACM 376

^c

Audience : Ottawa (Ontario), le 22 janvier 1996

Jugement : Ottawa (Ontario), le 27 mai 1996

^d

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

^e Demande d'autorisation d'appel, appel et appel incident d'une sentence prononcée par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), les 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 24, 25, 26, 27, 30 et 31 mai et 1, 2 et 3 juin 1994.

^f *Appel interjeté par la Couronne contre la sentence — Une cour d'appel doit faire preuve de retenue — Une sentence n'est pas indiquée si elle est nettement déraisonnable — Les officiers doivent satisfaire à une norme plus rigoureuse de diligence que celle imposée aux sous-officiers et aux soldats — La sentence doit être une mesure de prévention contre les agissements négligents — La peine de blâme est nettement déraisonnable — Peine d'emprisonnement de trois mois et destitution des Forces canadiennes.*

^g *Contestation constitutionnelle — L'intimé a allégué après l'audition de l'appel que l'article 230.1 de la Loi sur la défense nationale contrevient à l'article 7 de la Charte — L'intimé demande une autre audition — La Cour refuse d'accorder une autre audition — Aucune question nouvelle ne s'est fait jour qui n'aurait pu être découverte avant l'audition et qui serait vraisemblablement un facteur déterminant de l'appel — Nécessité de preuves complémentaires qui ne sont pas dans le dossier, pour que la Cour examine la question.*

^h L'intimé était l'officier commandant le commando n^o 2 du Régiment aéroporté canadien au moment où celui-ci était déployé en Somalie en décembre 1992, dans le cadre d'une mission de maintien de la paix. L'unité faisait face au problème de Somalians qui s'infiltraient dans le camp. Dans la matinée du 16 mars 1993, l'intimé a donné des ordres pour la

he didn't care if infiltrators were abused, but he wanted them captured.

Captain Sox asked the respondent for clarification of his instructions, and the respondent testified that he replied: "Abuse them if you have to. I do not want weapons used. I do not want gun fire..."

Captain Sox later told his men, based on his understanding of the instructions given by the respondent, that his group was to send out standing patrols and had been tasked to capture and abuse prisoners.

Later that evening, a young Somalian named Shidane Arone was captured by members of 2 Commando. Arone was beaten to death while in custody.

The respondent was charged with having unlawfully caused bodily harm to Arone contrary to section 130 of the *National Defence Act* and section 269 of the *Criminal Code of Canada*; and with having negligently performed a military duty imposed upon him contrary to section 124 of the *National Defence Act*, in that he allegedly issued an instruction to his subordinates that prisoners could be abused, and failed to properly exercise command over his subordinates.

The respondent was found guilty on the second charge and sentenced to a severe reprimand.

The Crown sought to appeal the above sentence. In its factum on the appeal, the Crown asked that the respondent's sentence be increased to dismissal from Her Majesty's service. However, during argument before the Appeal Court, the Crown suggested that an appropriate sentence would be dismissal with disgrace, the maximum sentence permitted.

After the appeal had been argued, the Court requested the written views of counsel on certain issues which were not fully addressed at the hearing. The new counsel for the respondent filed lengthy material in response, much of which raised new issues which were not before the Court at the time of the hearing of the appeal. In particular, counsel for the respondent contended that section 230.1 of the *National Defence Act* is unconstitutional as contravening section 7 of the *Charter*. It was argued that because of the nature of a General Court Martial, there is no statement of the factual findings of the trial court, and it is therefore contrary to fundamental justice for an appellate court to increase the sentence. Counsel for the respondent also filed a notice of motion requesting a further oral hearing on the constitutional issue. This motion was dismissed by the Court, and the Court declined to deal with the constitutional issue.

Held: Leave to appeal sentence granted, appeal of sentence allowed. Sentence of imprisonment for three months and dismissal from Her Majesty's service substituted for the sentence of severe reprimand.

With respect to the constitutional issues raised by the respondent after the hearing of the appeal, the only justification advanced was that the constitutional issue was not raised at the

capture des intrus. L'intimé a aussi affirmé que cela lui était égal si les intrus étaient brutalisés, mais qu'il fallait les capturer.

Aux éclaircissements demandés par le capitaine Sox quant aux ordres qu'il avait reçus, l'intimé a témoigné qu'il avait répondu : « Brutalisez-les si c'est nécessaire. Ne vous servez pas de vos armes. Je ne veux pas de coups de feu ».

Le capitaine Sox a par la suite dit à ses propres subordonnés, se fondant sur son interprétation des instructions qu'il avait reçues de l'intimé, qu'ils étaient chargés de faire des patrouilles pour capturer et brutaliser des prisonniers.

Dans le courant de la soirée, un jeune Somalien du nom de Shidane Arone a été capturé par les membres du commando n° 2. Arone a été battu à mort alors qu'il se trouvait en détention.

L'intimé a été poursuivi pour avoir illégalement causé des lésions corporelles à Arone en violation de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 269 du *Code criminel* du Canada, et pour avoir exécuté avec négligence une tâche ou mission militaire, en contravention de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*, en ce qu'il aurait donné comme consignes à ses subordonnés qu'ils pourraient brutaliser les prisonniers, et qu'il n'avait pas convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés ainsi qu'il y était tenu.

La cour martiale générale a déclaré l'intimé coupable du second chef d'accusation et lui a infligé un blâme.

La Couronne a interjeté appel de cette sentence. Dans son mémoire, la Couronne demandait qu'elle soit remplacée par la destitution du service de Sa Majesté mais, lors des débats devant la Cour, elle a fait savoir que la peine applicable devait être la destitution ignominieuse, c'est-à-dire la peine maximale applicable.

Après l'audition, la Cour a demandé aux avocats de lui présenter par écrit des observations sur certaines questions qui n'avaient pas été approfondies lors de l'audition de l'appel. En réponse, le nouvel avocat de l'intimé a déposé un long mémoire dont la plus grande partie n'avait rien à voir avec les questions posées, mais soulevait de nouveaux points dont la Cour n'avait pas été saisie à l'audition de l'appel. En particulier, l'avocat de l'intimé a soutenu que l'article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnel en ce sens qu'il va à l'encontre de l'article 7 de la *Charte*. Il allègue que, le propre de la cour martiale générale étant de ne pas consigner ses conclusions sur les faits, ce serait, de la part de la juridiction d'appel, contraire à la justice fondamentale de prononcer une peine plus lourde. L'avocat de l'intimé a déposé aussi un avis de requête pour demander une nouvelle audience sur la question constitutionnelle. La Cour a rejeté la requête et refusé d'aborder la question constitutionnelle.

Arrêt : L'autorisation d'interjeter appel contre la sentence est accordée et l'appel interjeté contre la sentence est accueilli. La Cour annule le blâme et y substitue une peine d'emprisonnement de trois mois avec destitution du service de Sa Majesté.

En ce qui touche la question constitutionnelle soulevée par l'intimé après l'audition de l'appel, ce dernier a soutenu, pour toute justification, que la question constitutionnelle n'avait pas

original hearing because counsel representing the respondent at that time did not recognize the possibility of such an argument. The most important justification for enlarging the issues after the hearing would be where some new issue had come to light which could not have been discovered before the hearing and which would likely be determinative of the appeal. In this case, there was no judgment by another Court of superior or co-ordinate authority which was nearly determinative of the matter, nor was the constitutional argument suggested by the respondent so compelling as to make probable the outcome of the appeal. The Court recognizes that in an appeal from a General Court Martial it does not have the advantage of any clear statement by the panel of officers as to their findings of fact. This has been recognized as a limiting factor in the review of sentences. In assessing the fitness of a sentence the Appeal Court should take the view of the facts most favourable to the accused as the facts upon which the panel must be taken to have assessed the punishment.

Another factor which is relevant in deciding whether a new issue should be addressed after the hearing of an appeal is the possible need for additional evidence beyond that in the record. In this case, there was insufficient evidence in the record to fully address the constitutional issue. Accordingly, the Court refused to re-open the hearing and entertain the constitutional issue.

With respect to the appeal from sentence, the Court should not find that a sentence is "not fit" unless the sentence is "clearly unreasonable". In the circumstances of this case, the General Court Martial must be taken to have concluded that the respondent did issue an "abuse order" and that his so doing was no error in judgment. In addition, the offence upon which the respondent was convicted addressed a failure in command.

The evidence, when interpreted in a way most favourable to the respondent, demonstrated that his actions resulted in confusion in 2 Commando and must be taken to have lead ultimately to excesses by some of the respondent's subordinates. This not only contributed to the death of Shidane Arone, but also contributed to several members of the Canadian Armed Forces committing serious lapses of discipline and ultimately finding themselves facing serious charges.

These matters all properly related to the charge that the respondent "failed to properly exercise command over his subordinates". This was never specifically and seriously addressed by the Judge Advocate in his instructions on sentence. Given the obvious findings of fact which the panel did make, and taking the most benign view of the evidence, it is impossible to think that a properly instructed panel could have accorded the derisory sentence of a severe reprimand.

été soulevée à l'audition initiale de l'appel parce que l'avocat qui le représentait à l'époque ne savait pas qu'il avait cet argument à sa disposition. La justification la plus impérieuse d'un élargissement des points litigieux après l'audience initiale est le fait qu'une question nouvelle s'est fait jour qui n'aurait pu être découverte avant l'audience et qui serait probablement un facteur déterminant de l'appel. En l'espèce, l'avocat de l'intimé n'a porté à l'attention de la Cour aucune jurisprudence en ce sens, d'une juridiction supérieure ou de même degré, qui serait déterminante de la question. En outre, l'argument constitutionnel proposé n'était pas impérieux au point de forcer l'issue de l'appel. La Cour reconnaît qu'en cas d'appel formé contre la décision d'une cour martiale générale, elle ne bénéficie d'aucun exposé clair par le jury d'officiers de ses conclusions sur les faits. Cela a été reconnu comme étant un facteur limitatif du réexamen des sentences : il est d'usage que, pour juger de la justesse d'une sentence, la Cour voie dans les faits les plus favorables à l'accusé ceux sur lesquels le jury est censé avoir fondé sa sentence.

Un autre facteur qu'il y aurait lieu de prendre en considération pour décider s'il faut examiner une question nouvelle après l'audition de l'appel serait la nécessité éventuelle de preuves complémentaires à celles dans le dossier. En l'espèce, la preuve au dossier n'était pas suffisante pour permettre l'examen de la question constitutionnelle. Par conséquent, la Cour a refusé de rouvrir l'audition et d'entendre l'augmentation constitutionnelle.

En ce qui concerne l'appel de la sentence, la Cour ne doit pas juger qu'une sentence «n'est pas indiquée» à moins que cette sentence ne soit «nettement déraisonnable». Dans les circonstances de l'espèce, il faut présumer que la cour martiale générale a conclu que l'intimé avait effectivement donné l'ordre de «brutaliser» et qu'il ne s'agissait pas simplement d'une erreur de jugement. En plus, l'infraction pour laquelle l'intimé a été déclaré coupable avait trait à une faute de commandement.

Les preuves produites, interprétées de la façon la plus favorable à l'intimé, ont démontré que ses actes ont jeté la confusion au sein du commando n° 2 et doivent être considérés comme ayant eu pour résultat final les excès commis par certains de ses subordonnés. Ces actes ont non seulement contribué à la mort de Shidane Arone, mais aussi à de graves manquements à la discipline de la part de plusieurs membres des Forces armées canadiennes qui se sont retrouvés sous le coup de graves accusations.

Tout cela avait un lien direct avec le reproche spécifique fait à l'intimé, savoir qu'«il n'a pas convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés». Ce point n'a jamais été expressément ou sérieusement expliqué par le juge-avocat dans ses directives sur l'application de la peine. Étant donné les conclusions de fait évidentes qu'a tirées le jury et à supposer que l'interprétation la plus bénigne ait été faite des preuves et témoignages produits, il est impossible de penser qu'un jury qui eût reçu des directives convenables aurait prononcé la sentence dérisoire d'un blâme.

Accordingly, the sentence of a severe reprimand should be set aside. An appropriate sentence would be a term of three months' imprisonment together with dismissal from Her Majesty's service. A sentence of severe reprimand is inadequate when one considers the perilous circumstances in which this relatively senior officer deliberately pronounced what was a dangerously ambiguous order. As an officer and commander of 2 Commando, he was subject to a higher standard of care than his subordinates, a standard which he did not meet. Any sentence must provide a deterrent to such careless conduct by commanding officers.

COUNSEL:

Commander C.J. Price and Commander J.C. Maguire, for the appellant
John Boulton, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c.11, ss. 1, 7
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 269 (as am. S.C. 1994, c.44, s.18), 687(1)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss.124, 130, 139, 140(c) (as am. R.S.C. 1985, c.31 (1st Suppl.), s.60 (Sch. I, s.39)), 206(2), 230.1 (added, S.C. 1991, c.43, s.21), 240.1 (added, S.C. 1991, c.43, s.26)
Court Martial Appeal Rules, SOR/86-959, r. 24, 25

CASES CITED:

R. v. Boland (1995), 5 C.M.A.R. 316
R. v. Brown (1995), 5 C.M.A.R. 280
R. v. Généreux (1992), 70 C.C.C. (3d) 1; [1992] 1 S.C.R. 259
R. v. Laflamme (1993), 5 C.M.A.R. 145
R. v. Shropshire (1995), 102 C.C.C. (3d) 193; [1995] 4 S.C.R. 227

The following are the reasons for judgment delivered in English by

STRAYER C.J.:

RELIEF REQUESTED

The Crown seeks leave to appeal, and the appeal, of a sentence imposed by a General Court Martial on

Par conséquent, la peine de blâme devait être annulée et il convenait d'imposer une peine d'emprisonnement de trois mois, avec destitution du service de Sa Majesté. Un blâme n'est pas approprié eu égard aux circonstances périlleuses dans lesquelles cet officier supérieur a donné à dessein un ordre dangereusement ambigu. Son grade d'officier et son poste de commandant du commando n° 2 lui imposaient une norme plus rigoureuse de diligence que celle à laquelle ses subordonnés étaient tenus, norme à laquelle il n'a pas satisfait. La sentence prononcée doit constituer une mesure de prévention contre pareils agissements négligents de la part des commandants.

AVOCATS :

Commander C.J. Price et Commander J.C. Maguire, pour l'appelante
John Boulton, pour l'intimé

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, chap. 11, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 269 (mod. par L.C. 1994, chap. 44, art. 18), 687(1)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 124, 130, 139, 140(c) (mod. par L.R.C. 1985, chap. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann. I, art. 39)), 206(2), 230.1 (ajouté, L.C. 1991, chap. 43, art. 21), 240.1 (ajouté, L.C. 1991, chap. 43, art. 26)
Règles de la Cour d'appel des cours martiales, DORS/86-959, r. 24, 25

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. c. Boland (1995), 5 C.A.C.M. 316
R. c. Brown (1995), 5 C.A.C.M. 280
R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259; 70 C.C.C. (3d) 1
R. c. Laflamme (1993), 5 C.A.C.M. 145
R. c. Shropshire, [1995] 4 R.C.S. 227; 102 C.C.C. (3d) 193

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

LE JUGE EN CHEF STRAYER :

LES CHEFS D'APPEL

En même temps qu'elle en demande l'autorisation, la Couronne interjette appel d'une sentence imposée

June 3, 1994 following the respondent's conviction under section 124 of the *National Defence Act* for negligent performance of a military duty imposed on him. The General Court Martial sentenced him to a severe reprimand. In its factum the Crown asked that this sentence be increased to dismissal from Her Majesty's service, but during argument before this Court suggested that an appropriate sentence would be dismissal with disgrace, the maximum sentence permitted under section 124. On argument of the appeal the respondent did not challenge the conviction but submitted that the appeal against sentence should be dismissed.

FACTS

The respondent was the Officer Commanding the 2 Commando unit of the Canadian Airborne Regiment when it was deployed to Somalia in December, 1992 as part of a peacekeeping or peace-making assignment. It was generally responsible for maintaining security in the town of Belet Huen and a surrounding area of about 100 square kilometres, its camp being outside the town.

There had been some problems of Somalians infiltrating the Canadian camp. When captured they were normally detained until there was a patrol going into the town which would take them and turn them over to the local police.

On the morning of March 16, 1993 the respondent Major Seward conducted an orders group in which he gave orders and "taskings" to his platoon commanders. This included Captain Sox as commander of 4 platoon which was responsible for providing front gate security and the capture of infiltrators in the area. Captain Sox testified that he was told by Major Seward on this occasion that with respect to the capture of infiltrators "I was tasked with to capture and abuse the prisoners".¹ Captain Reinelt, the respondent's second-in-command, who was also present, said that Major Seward ordered that the patrols were to capture infiltrators and that "[a]s part of that task, Major Seward said that '[y]ou could abuse

par une cour martiale générale le 3 juin 1994 après que l'intimé eut été déclaré coupable d'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire, que punit l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*. La sentence en cause consistait en un blâme. Dans son mémoire, la Couronne demandait qu'elle soit remplacée par la destitution du service de Sa Majesté mais, lors des débats devant la Cour, elle a fait savoir que la peine applicable devait être la destitution ignominieuse, c'est-à-dire la peine maximum applicable en vertu de l'article 124. De son côté, l'intimé ne contestait pas le verdict de culpabilité dont il avait fait l'objet mais soutenait qu'il fallait rejeter l'appel formé contre la sentence.

LES FAITS DE LA CAUSE

L'intimé était l'officier commandant le commando n° 2 du Régiment aéroporté canadien au moment où celui-ci était déployé en Somalie en décembre 1992, dans le cadre d'une mission de maintien ou de rétablissement de la paix. Cette unité avait pour responsabilité générale d'assurer la sécurité dans la bourgade de Belet Huen et une zone environnante de 100 kilomètres carrés, avec son camp établi à l'extérieur de la ville.

Des Somaliens s'étaient infiltrés dans le camp. Une fois capturés, ils étaient normalement détenus jusqu'à ce qu'une patrouille allant en ville les prenne et les remette entre les mains de la police locale.

Dans la matinée du 16 mars 1993, le major Seward, intimé en l'espèce, a convoqué un groupe des ordres au cours duquel il a donné des ordres et assigné des «tâches» à ses chefs de peloton, dont le capitaine Sox, chef du 4^e peloton chargé de la garde de l'entrée du camp et de la capture des intrus dans l'enceinte. Selon le capitaine Sox, le major Seward lui a donné à cette occasion la consigne suivante au sujet de la capture des intrus : [TRADUCTION] «J'avais pour consigne de capturer et de brutaliser les prisonniers»¹. Le capitaine Reinelt, l'adjoint de l'intimé, qui était également présent, rapporte que le major Seward a donné l'ordre aux patrouilles de capturer les intrus et que [TRADUCTION] «dans le cadre de cette

¹ Appeal Book, page 335.

¹ Dossier d'appel, page 335.

them'.² Captain Sox was surprised at this directive and asked for clarification. He testified that the clarification he received was as follows:

I was told simply that it meant to rough up and there was something to the effect of "teach them a lesson".³

According to the respondent what he said initially, after instructing Captain Sox to patrol for infiltrators, was:

I don't care if you abuse them but I want those infiltrators captured.

He further testified that upon Captain Sox requesting clarification as to whether he wanted infiltrators to be abused, his reply was:

No. Abuse them if you have to. I do not want weapons used. I do not want gun fire.⁴

Captain Reinelt testified that while he thought the word "abuse" was a "poor choice of words" he understood Major Seward's intention to be that

[w]hatever force was necessary in the apprehension of the prisoner could be used in terms of capturing.⁵

When one of his section commanders, Sergeant Hillier, asked him what "abuse" meant Sox said that he told Hillier "that it was explained to me as again to rough up".

Seward admitted in testimony at his trial that nothing during his "training as an infantry officer or [in] Canadian doctrine... would permit the use of the word 'abuse' during the giving of orders."⁶

Captain Sox later held his own orders group with the section commanders and warrant officer of his platoon, including Sergeant Boland who was in charge of section 3. He testified that in passing on information from the orders group held by Major Seward, he told his group that

² *Ibid.*, page 277.

³ *Ibid.*, page 336.

⁴ *Ibid.*, page 648.

⁵ *Ibid.*, page 278.

⁶ *Ibid.*, page 690.

consigne, le major Seward a dit que "vous pourriez les brutaliser"². Le capitaine Sox, étonné par cet ordre, a demandé des éclaircissements. Il témoigne qu'il a reçu la précision suivante :

[TRADUCTION] Il m'a été simplement expliqué que ça signifiait rouer de coups, quelque chose comme «leur donner une leçon».³

Selon l'intimé, ce qu'il a dit initialement, après avoir donné au capitaine consigne de patrouiller à la recherche d'intrus :

[TRADUCTION] Ça m'est égal si vous les brutalisez, mais capturez-moi ces intrus.

Il témoigne encore qu'après que le capitaine Sox lui eut demandé de préciser s'il voulait voir ces intrus brutalisés, il a répondu :

[TRADUCTION] Non. Brutalisez-les si c'est nécessaire. Ne vous servez pas de vos armes. Je ne veux pas de coups de feu.⁴

Le capitaine Reinelt témoigne que si à son avis le mot «brutaliser» était un choix malheureux, ce que voulait vraiment dire le major Seward, c'était :

[TRADUCTION] vous pourriez employer toute la force nécessaire, quelle qu'elle soit, pour capturer le prisonnier.⁵

Le capitaine Sox fait savoir que, quand l'un de ses chefs de section, le sergent Hillier, lui demanda ce que signifiait «brutaliser», il lui a répondu :

[TRADUCTION] «on m'a expliqué que ça veut dire rouer de coups».

Seward reconnaît au cours de son procès que rien «dans sa formation d'officier d'infanterie ni dans la doctrine militaire canadienne... ne permet d'employer le mot «brutaliser» quand on donne des ordres»⁶.

Par la suite, le capitaine Sox a réuni son propre groupe des ordres, qui comprenait l'aspirant de son peloton et les chefs de section, dont le sergent Boland qui était le chef de la 3^e section. Il témoigne qu'en relayant les consignes reçues de l'ordre des groupes du major Seward, il a dit à son propre groupe :

² *Ibid.*, page 277.

³ *Ibid.*, page 336.

⁴ *Ibid.*, page 648.

⁵ *Ibid.*, page 278.

⁶ *Ibid.*, page 690.

we were to send out standing patrols and that we had been tasked to capture and abuse prisoners.⁷

According to Sergeant Boland, commander of section 3 which had been assigned responsibility for gate security from 1800 to 2400 that night, Captain Sox had passed on the information that "the prisoners were to be abused". After the meeting of this "O" group he discussed this instruction with Sergeant Lloyd, another section commander, and they both said they were not going to pass on that information to their respective sections. However later that evening, after a young Somalian named Shidane Arone had been captured and was being held by Boland's section, Boland said to Master Corporal Matchee, a member of his section

that Captain Sox had given orders that the prisoners were to be abused.

According to Boland, Matchee's response to this was to say "Oh yeah."⁸

Unfortunately Matchee returned to the bunker where Arone was being held and he and Private Brown proceeded to beat Arone to death. According to Brown, at one point he urged Matchee to stop the beating. Matchee refused, "[b]ecause Captain Sox wants him beaten for when we take him to the police station tomorrow".⁹

The respondent Major Seward was charged on two counts: that he had unlawfully caused bodily harm to Arone contrary to section 130 of the *National Defence Act* and section 269 of the *Criminal Code* of Canada; and that he had negligently performed a military duty imposed on him contrary to section 124 of the *National Defence Act*. The particulars of this negligence were stated to be that he

by issuing an instruction to his subordinates that prisoners could be abused, failed to properly exercise command over his subordinates, as it was his duty to do.

He entered pleas of not guilty to both charges. The General Court Martial found him not guilty on the

[TRADUCTION] Nous avons pour consigne de faire des patrouilles continues pour capturer et de brutaliser des prisonniers.⁷

Selon le sergent Boland, qui était le chef de la 3^e section chargée de la sécurité à l'entrée du camp de 18 h à 24 h cette nuit, le capitaine Sox lui avait transmis la consigne de [TRADUCTION] «brutaliser les prisonniers». Après la réunion de son groupe des ordres, il a discuté de cette consigne avec le sergent Lloyd, un autre chef de section, et ils ont dit tous deux qu'ils ne la transmettraient pas à leur section respective. Dans le courant de la soirée cependant, après qu'un jeune Somalien du nom de Shidane Arone eut été capturé et détenu par la section de Boland, celui-ci a dit au caporal-chef Matchee, un membre de sa section :

[TRADUCTION] le capitaine Sox a donné l'ordre de brutaliser les prisonniers.

Selon Boland, Matchee a répondu : «Ah oui.»⁸

Malheureusement, Matchee est revenu dans le blockhaus où lui-même et le soldat Brown se sont mis à battre à mort Arone. Selon Brown, à un moment donné il a exhorté Matchee à arrêter, mais celui-ci a refusé, [TRADUCTION] «parce que le capitaine Sox veut qu'on le batte avant de l'emmener au poste de police demain»⁹.

L'intimé major Seward fut poursuivi sous deux chefs, savoir qu'il avait illégalement causé des lésions corporelles à Arone en violation de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 269 du *Code criminel* du Canada; et qu'il avait exécuté avec négligence une tâche ou mission militaire, ce que punit l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*. Voici l'articulation de ce second chef d'accusation :

[TRADUCTION] en disant dans ses consignes à ses subordonnés que ceux-ci pourraient brutaliser les prisonniers, il n'a pas convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés ainsi qu'il y était tenu.

Il a plaidé non coupable des deux chefs d'accusation. La cour martiale générale l'a acquitté du premier chef

⁷ *Ibid.*, page 337.

⁸ *Ibid.*, page 413.

⁹ *Ibid.*, page 471.

⁷ *Ibid.*, page 337.

⁸ *Ibid.*, page 413.

⁹ *Ibid.*, page 471.

first charge but guilty on the second charge and in respect to the latter he was sentenced to a severe reprimand.

The Crown initially filed a notice of appeal against the acquittal on the first count and with respect to the sentence on the second count. The respondent cross-appealed against the conviction on the second count. However when the appeal came on for hearing the only issue argued by either party was that of the fitness of the sentence on the second count. Although in its factum the Crown had proposed that this sentence should be increased from severe reprimand to that of dismissal from Her Majesty's service, during argument Crown counsel asked that the sentence be increased to dismissal with disgrace, the maximum sentence provided for an offence under section 124.

Under section 139 of the *National Defence Act* punishments are listed as follows in descending order of severity.

139. (1) The following punishments may be imposed in respect of service offences:

- (a) death,
- (b) imprisonment for two years or more,
- (c) dismissal with disgrace from Her Majesty's service,
- (d) imprisonment for less than two years,
- (e) dismissal from Her Majesty's service,
- (f) detention,
- (g) reduction in rank,
- (h) forfeiture of seniority,
- (i) severe reprimand,
- (j) reprimand,
- (k) fine, and
- (l) minor punishments,

It will be noted that only two penalties are considered more severe than the maximum permitted by section 124, namely death or imprisonment for two years or more. The penalty imposed by the General Court Martial was the sixth category down from the maximum permitted for this offence.

We raised the question with counsel as to whether it was appropriate for us to consider a sentence more severe than the one requested in the factum of the Crown. Crown counsel emphasized the general authority of the Court under section 240.1 of the *National Defence Act*, on an appeal against sentence,

mais l'a déclaré coupable du second, pour lequel elle lui a infligé un blâme.

La Couronne avait initialement formé appel contre l'acquittal de l'intimé du premier chef d'accusation et contre la sentence prononcée pour le second. Il y a eu appel incident de la part de l'intimé contre la déclaration de culpabilité à l'égard de ce dernier. Cependant, à l'audition de l'appel, l'argumentation des deux parties portait uniquement sur la justesse de la sentence imposée à l'égard du second chef d'accusation. Bien que dans son mémoire, la Couronne soutint que cette sentence devait être, non pas un blâme, mais la destitution du service de Sa Majesté, son avocat a requis au cours des débats la destitution ignominieuse, savoir la peine maximum prévue pour l'infraction visée à l'article 124.

L'article 139 de la *Loi sur la défense nationale* énumère les peines suivantes par ordre décroissant de gravité :

139. (1) Les infractions d'ordre militaire sont passibles des peines suivantes, énumérées dans l'ordre décroissant de gravité :

- a) mort;
- b) emprisonnement minimal de deux ans;
- c) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté;
- d) emprisonnement de moins de deux ans;
- e) destitution du service de Sa Majesté;
- f) détention;
- g) rétrogradation;
- h) perte de l'ancienneté;
- i) blâme;
- j) réprimande;
- k) amende;
- l) peines mineures.

Il y a lieu de noter que seules deux peines sont considérées comme plus lourdes que la peine maximale prévue à l'article 124 : la peine de mort et l'emprisonnement minimal de deux ans. La peine imposée par la cour martiale générale est de six rangs inférieure à la peine maximum permise pour cette infraction.

Nous avons discuté avec les avocats des deux parties de la question de savoir s'il convient pour la Cour de rendre une sentence plus sévère que celle requise par la Couronne dans son mémoire. L'avocat représentant la Couronne insiste sur le pouvoir général que la Cour tient de l'article 240.1 de la *Loi sur la*

to substitute "a sentence that is warranted in law". Counsel for the respondent argued that the Crown could not on the hearing of the appeal request a sentence more severe than that of which it had given notice in its factum, but conceded that the Court could in the exercise of its power increase the sentence beyond that of which the Crown had given written notice.

The Court, in deliberations after the hearing of the appeal, concluded that it needed to have the views of counsel on some issues which were not fully addressed at the hearing. I therefore issued the following directive to counsel:

The Court is of the view that it is entitled to alter the sentence to any penalty authorized by section 124 of the *National Defence Act* under which the respondent was convicted, namely dismissal with disgrace or any lesser punishment such as imprisonment for less than 2 years. We feel that there are issues which were not fully addressed by counsel upon which we need written submissions before coming to a final conclusion on this appeal. These are as follows:

- 1- Do counsel have any views on the relative factors to be taken into account in the Court's consideration of the various possible increased punishments which we understand to be as follows:
 - (a) dismissal with disgrace;
 - (b) imprisonment for less than two years;
 - (c) dismissal from the service;
 - (d) reduction in rank; or
 - (e) forfeiture of seniority.
 or any combination of these punishments?
- 2- What would the effect be, if any, on the respondent's pension or other benefits if he were dismissed with disgrace or simply dismissed from the service?
- 3- To what extent should the nature of the sentence in this case be influenced by the prison sentences of 5 years for Private Kyle Brown and 1 year for Sergeant Boland for related offences? It is the present view of the Court that those sentences may be relevant as points of comparison, subject to submissions by counsel.

défense nationale pour substituer à la sentence portée en appel «la sentence qui est justifiée en droit». Celui de l'intimé soutient de son côté que la Couronne ne saurait, à l'audition de l'appel, requérir une peine plus lourde encore que celle qu'elle réclame dans son mémoire; il reconnaît cependant que la Cour pourrait, dans l'exercice de son pouvoir en la matière, prononcer une peine plus lourde que celle que la Couronne avait requise par écrit.

Après délibéré, la Cour a conclu qu'il lui était nécessaire de connaître les arguments respectifs de part et d'autre sur certaines questions qui n'avaient pas été approfondies lors de l'audition de l'appel. Par conséquent, j'ai donné la directive suivante aux avocats des deux parties :

[TRADUCTION] La Cour juge qu'elle a compétence pour substituer à la sentence prononcée toute peine applicable à l'infraction prévue à l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale* et dont l'intimé a été déclaré coupable, savoir la destitution ignominieuse ou toute autre peine moins lourde comme l'emprisonnement de moins de deux ans. Nous estimons qu'il reste des questions qui n'ont pas pleinement été débattues par les avocats de part et d'autre et au sujet desquelles il nous faut recevoir des conclusions écrites avant de parvenir à la décision finale sur cet appel. Voici ces questions :

- 1- Les avocats de part et d'autre ont-ils des observations à faire au sujet des facteurs relatifs que la Cour doit prendre en considération pour envisager diverses peines plus lourdes, qui sont :
 - a) la destitution ignominieuse;
 - b) l'emprisonnement de moins de deux ans;
 - c) la destitution;
 - d) la rétrogradation;
 - e) la perte de l'ancienneté,
 ou une combinaison de deux ou plusieurs de ces peines?
- 2- Quelles seraient les conséquences, si conséquences il y a, de la destitution ignominieuse ou la destitution simple pour ce qui est de la pension ou des autres avantages sociaux de l'intimé?
- 3- Dans quelle mesure la nature de la peine applicable en l'espèce devrait-elle être influencée par la peine d'emprisonnement de 5 ans imposée au soldat Kyle Brown et de 1 an imposée au sergent Boland pour des infractions connexes? La Cour estime pour l'heure qu'il y a lieu de les prendre en considération à titre de points de comparaison, sous réserve des observations des avocats en présence.

The purpose was in part to give counsel full warning that we were considering certain alternatives in order that submissions might be made in respect to them.

In response counsel for the appellant filed material which was directly responsive to the questions posed. The respondent, however, changed counsel who immediately asked for an extension of time. This extension having been refused, the new counsel for the respondent proceeded to file lengthy material, much of which was not in response to the questions but which raised new issues not before the Court at the time of the hearing of the appeal. Counsel contends that section 230.1 of the *National Defence Act* is unconstitutional as contravening section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 230.1 provides as follows in respect of appeals by the Minister against sentence:

230.1 The Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

(a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law; . . .

It is argued that because by the nature of general courts martial there is no statement of the factual findings of the trial court, it is therefore contrary to fundamental justice for an appellate court to increase the sentence. Counsel also made general submissions on the standard of review to be applied by an appellate court in matters of sentence, most of which arguments were not made on behalf of the respondent at the hearing of the appeal nor had the Court invited further submissions thereon. Counsel appears to argue that the instructions given by the Judge Advocate to the panel wrongly described the elements of the offence of negligent performance of a military duty, although the respondent did not raise this objection at the trial nor argue at the hearing of the appeal that the conviction was wrong in law. The appellant filed a response objecting to new issues being raised at this stage of the proceedings but otherwise addressing the replies of the respondent to questions posed by the Court.

Cette directive visait à avertir les avocats des deux parties que nous envisagions certaines autres peines afin qu'ils puissent présenter leurs arguments en conséquence.

a

En réponse, l'avocat de l'appelante a déposé un mémoire portant directement sur les questions posées. L'intimé avait cependant changé d'avocat, et le nouveau a immédiatement demandé une prolongation du délai. La prolongation ayant été refusée, il a déposé un long mémoire dont la grande partie n'avait rien à voir avec les questions posées mais soulevait de nouveaux points dont la Cour n'était pas saisie à l'audition de l'appel. Il soutient que l'article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* est inconstitutionnelle en ce qu'il va à l'encontre de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voici ce que prévoit cet article 230.1 sur l'appel du ministre en matière de sentences :

d

230.1 Le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale :

a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi; . . .

f

L'intimé soutient que le propre de la cour martiale générale étant de ne pas consigner ses conclusions sur les faits, ce serait, de la part de la juridiction d'appel, contraire à la justice fondamentale de prononcer une peine plus lourde. Son avocat présente encore des observations d'ordre général sur la norme de réexamen que doit appliquer la juridiction d'appel pour ce qui est des sentences, lesquels arguments, pour la plupart, n'avaient pas été proposés en défense de l'intimé à l'audition de l'appel ni n'ont aucun rapport avec les conclusions complémentaires demandées par la Cour. L'avocat de l'intimé soutient que les directives données par le juge-avocat au jury qualifiaient à tort l'infraction d'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire, bien que l'intimé n'eût pas soulevé cette objection en première instance ni n'eût soutenu à l'audition de l'appel que la déclaration de culpabilité était entachée d'une erreur de droit. L'appelante a déposé une réplique pour s'opposer à l'introduction de points nouveaux en cet état de la cause, tout en attaquant les réponses faites par l'intimé aux questions posées par la Cour.

j

On March 1, 1996 the respondent filed a notice of motion for direction of a further oral hearing on the submissions contained in his response to questions posed by the Court and for dismissal of the appeal on constitutional grounds. He served notice on the attorneys general of the constitutional question. I thereupon directed that this notice of motion would be disposed of in writing under rules 24 and 25 and set a further schedule of dates for submissions on two questions: whether the issues under appeal should be enlarged at this stage to include the constitutional issue; and whether a further oral hearing was required on the submissions filed with respect to sentence as well as on the constitutional issue. The final date for filing of submissions on this motion was April 22, 1996. Thereafter the panel of this Court reviewed those submissions.

The Court concluded, for reasons which will be indicated below, that the issues should not be enlarged at this time to include the constitutional issue, and that no further oral hearing was required on the sentencing issues.

ISSUES

(1) Disposition of the respondent's March 1, 1996 application.

(2) Disposition of application for leave to appeal, and of the appeal for an increase in sentence.

ANALYSIS

Disposition of respondent's March 1, 1996 application

This was an extraordinary motion filed some weeks after the hearing of the appeal, seeking leave not only to continue the oral hearing on issues argued before the Court at the time of the hearing on January 22, 1996, but also to introduce a completely new issue not raised at that time: namely the constitutionality of paragraph 230.1(a) of the *National Defence Act*, quoted above, which authorizes the Minister to appeal to this Court with leave of the Court with respect to the severity of a sentence. It should be noted that this also directly brings into question the authority of this Court under section 240.1 of the *National Defence Act* which provides:

Le 1^{er} mars 1996, l'intimé a déposé un avis de requête pour demander une nouvelle audience sur les conclusions contenues dans sa réponse aux questions posées par la Cour et le rejet de l'appel par des motifs constitutionnels. Il a donné aux procureurs généraux avis de la question constitutionnelle. J'ai alors ordonné l'instruction sur pièces de cette requête en application des règles 24 et 25 et fixé un nouvel échéancier pour les conclusions relatives à deux questions : savoir s'il y a lieu d'élargir en cet état de la cause les points portés en appel de façon à y inclure la question constitutionnelle, et si une nouvelle audience s'impose pour les conclusions déposées au sujet de la sentence et de la question constitutionnelle. Le dernier délai de dépôt des conclusions relatives à cette requête était fixé au 22 avril 1996. Subséquemment, la Cour a examiné ces conclusions.

Par les motifs *infra*, la Cour a conclu qu'il ne fallait pas élargir les points litigieux de façon à embrasser la question constitutionnelle, et qu'une nouvelle audience n'était pas requise pour ce qui était de la sentence.

LES POINTS LITIGIEUX

(1) La requête en date du 1^{er} mars 1996 de l'intimé

(2) La demande d'autorisation d'appel et l'appel a minima

ANALYSE

Jugement de la requête en date du 1^{er} mars 1996 de l'intimé

Il s'agit d'une requête extraordinaire déposée quelques semaines après l'audition de l'appel et tendant à l'autorisation non seulement de poursuivre l'audience sur les points débattus devant la Cour au moment où l'appel fut entendu le 22 janvier 1996, mais encore d'introduire une question entièrement nouvelle qui n'avait été soulevée à l'époque, savoir la constitutionnalité de l'alinéa 230.1a) susmentionné de la *Loi sur la défense nationale* qui autorise le ministre à former appel contre la sentence avec l'autorisation de la Cour. Il y a lieu de noter que cet argument remet directement en question le pouvoir que la Cour tient de l'article 240.1 de la *Loi sur la défense nationale*, lequel prévoit ce qui suit :

240.1 On the hearing of an appeal respecting the severity of a sentence, the Court Martial Appeal Court shall consider the fitness of the sentence and, if it allows the appeal, may, on such evidence as it thinks fit to require or receive, substitute for the sentence imposed by the court martial a sentence that is warranted in law.

The only justification for this motion is that the constitutional issue was not raised at the original hearing because counsel representing the respondent at that time did not recognize the supposed possibility of such an argument.

With respect to the sentencing issues which counsel would like to address at a further hearing, we see no possible justification for a renewal and continuation of the hearing on matters which were addressed in one form or another either at the time of the January 22nd hearing or in written submissions requested by the Court after the hearing. To the extent that any new issues may be raised in the material filed by the respondent they should, for the reasons we refused to consider the constitutional issue at this time, be rejected.

It would certainly be possible for this Court to order a new hearing on new issues raised since the original hearing, at any time prior to entering judgment. Because of the extraordinary nature of such a procedure, however, there is little jurisprudence to indicate when this should be done. Analogizing from jurisprudence concerning submission of new evidence on appeal, or on the receipt of further argument where new and authoritative jurisprudence intervenes between hearing and judgment, I would suggest the following as some of the factors which should be taken into account.

The most obvious and important justification for enlarging the issues after the hearing would arise where some new issue had come to light which could not have been discovered before the hearing and which would likely be determinative of the appeal. An obvious example would be the pronouncement, after the hearing of an appeal, of a judgment by another court of superior or coordinate authority

240.1 Si elle fait droit à un appel concernant la sévérité de la sentence, la Cour d'appel de la cour martiale considère la justesse de la sentence et peut, d'après la preuve qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir, substituer à la sentence infligée par la cour martiale la sentence qui est justifiée en droit.

Pour seule justification de cette requête, l'intimé soutient que la question constitutionnelle n'a pas été soulevée à l'audition initiale de l'appel parce que l'avocat qui le représentait à l'époque ne savait pas qu'il avait cet argument à sa disposition.

En ce qui concerne la question de la sentence que l'avocat de l'intimé souhaitait débattre lors d'une nouvelle audience, nous ne voyons rien qui justifie une reprise et une continuation de l'audition de points qui ont été débattus sous une forme ou sous une autre lors de l'audience du 22 janvier ou dans les conclusions écrites subséquentement demandées par la Cour. Dans la mesure où des points nouveaux ont pu être soulevés dans le mémoire de l'intimé, ils doivent être rejetés par les mêmes motifs que ceux pris par la Cour pour refuser d'examiner la question constitutionnelle en cet état de la cause.

La Cour est certes habilitée, à tout moment avant le prononcé de son jugement, à ordonner une nouvelle audience pour entendre les points nouveaux soulevés après l'audience initiale. Étant donné cependant la nature extraordinaire d'une telle procédure, il n'y a guère de règle jurisprudentielle sur les cas où il y a lieu d'y recourir. Appliquant par analogie la jurisprudence sur l'administration de nouvelles preuves en appel ou sur la recevabilité d'arguments nouveaux dans les cas où une nouvelle jurisprudence en ce sens s'est instituée entre l'audience et le prononcé du jugement, je pense que les facteurs qui suivent sont parmi ceux qu'il faut prendre en considération.

La justification la plus manifeste et la plus impérieuse d'un élargissement des points litigieux après l'audience initiale est le fait qu'une question nouvelle s'est fait jour qui n'aurait pu être découverte avant l'audience et qui serait probablement un facteur déterminant de l'appel. Un exemple manifeste en serait un jugement rendu, après l'audition de l'appel, par une juridiction supérieure ou de même degré,

which would be so germane as to be nearly determinative of the matter before the appeal court in question. Counsel for the respondent has not brought to our attention any such jurisprudence in respect of the constitutional issue. Further, we find it difficult to see that the constitutional argument suggested is so compelling as to make probable a particular outcome of the appeal. Suffice it to say that the bare proposition as stated by the respondent, that this Court would violate section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if it were to increase a sentence over that imposed by the General Court Martial, is far from self-apparent. The argument is that this Court, by the nature of the courts martial from which appeals are brought here, cannot know the findings of fact upon which the sentence was based since the panel of officers at a General Court Martial states no finding of fact but only of guilt or innocence. But the same could be said of a provincial court of appeal hearing appeals from a jury trial where the presiding judge did not articulate his reasons for sentence. It could equally be said of an appeal from a judge sitting alone who does not articulate at length his reasons for sentence. At the same time a general attack on sections 230.1 and 240.1 of the *National Defence Act* goes beyond the rationale advanced by the respondent. For example this rationale would not appear to apply to appeals from a Standing Court Martial or a Special General Court Martial which consist of a single presiding judge.

This Court of course recognizes that in an appeal from a General Court Martial it does not have the advantage of any clear statement by the panel of officers as to their findings of fact. This problem has been recognized as a limiting factor in the review of sentences: it is accepted that in assessing the fitness of a sentence this Court should take the view of the facts most favourable to the accused as the facts upon which the panel must be taken to have assessed the punishment. The position was stated carefully by Hugessen J.A. in *R v. Brown*¹⁰ as follows:

Under military law it is the court martial itself, composed of lay officers, which pronounces the sentence. That sentence, like the finding of guilt which preceded it, is known to the world only by its result. The members of the court are not asked for and may not give any reasons to support the sentence

lequel jugement porte sur des points litigieux si semblables qu'il pourrait presque trancher l'affaire soumise à la cour d'appel en question. L'avocat de l'intimé n'a porté à l'attention de la Cour aucune jurisprudence en ce sens au sujet de la question constitutionnelle. En outre, nous voyons mal que l'argument constitutionnel proposé soit impérieux au point de forcer l'issue de l'appel. Qu'il suffise de dire que l'assertion faite par l'intimé que la Cour violerait l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* si elle élevait la peine imposée par la cour martiale générale, est loin d'être évidente. Selon cet argument, la Cour, vu la nature des cours martiales dont les décisions sont portées en appel devant elle, n'est pas informée des conclusions sur les faits qui servaient de fondement à la sentence puisque le jury d'officiers constituant la cour martiale générale ne tire aucune conclusion sur les faits, mais ne fait que prononcer la culpabilité ou l'innocence. Mais on peut en dire de même d'une cour d'appel provinciale qui entend l'appel d'une cause dans laquelle le juge de première instance ne donne pas ses motifs de condamnation. Et aussi de l'appel contre la décision d'un juge siégeant sans jury qui n'articule pas en détail des motifs de condamnation. Par ailleurs, une contestation générale des articles 230.1 et 240.1 de la *Loi sur la défense nationale* va au-delà des moyens pris par l'intimé. Par exemple, ces moyens ne pourraient pas s'appliquer à l'appel contre la décision d'une cour martiale permanente ou d'une cour martiale spéciale consistant en un juge unique.

La Cour reconnaît bien entendu qu'en cas d'appel formé contre la décision d'une cour martiale générale, elle ne bénéficie d'aucun exposé clair par le jury d'officiers de ses conclusions sur les faits. Ce problème a été reconnu comme étant un facteur limitatif du réexamen des sentences : il est d'usage que pour juger la justesse d'une sentence, la Cour doit voir dans les faits les plus favorables à l'accusé ceux sur lesquels le jury est censé avoir fondé sa sentence. Cet usage a été soigneusement expliqué en ces termes par le juge Hugessen, J.C.A., dans *R. c. Brown*¹⁰ :

En droit militaire, il revient aux officiers qui composent la cour martiale comme telle et qui ne sont pas juristes de prononcer la sentence. Cette sentence, tout comme la déclaration de culpabilité qui la précède, n'est connue que par ses effets. Les membres de la cour ne sont pas tenus de rendre des motifs, et

¹⁰ (1995), 5 C.M.A.R. 280, at pages 298-299.

¹⁰ (1995), 5 C.A.C.M. 280, aux pages 298-299.

which they impose. Clearly, if an error is made by the judge advocate in his instructions to the court martial, that would provide grounds for appellate intervention. There is no suggestion of that here.

Equally, where the facts of the case admit of only one interpretation, or where the interpretation most favourable to the accused results in a sentence which is manifestly insufficient or disproportionate, a Crown appeal against the sentence may succeed. That was the situation in *Laflamme*.¹¹ By the same token, an appeal by the accused against sentence would succeed where such sentence was disproportionately heavy on any view of the facts which was open to the Court consistent with the finding of guilt.

In brief, since no reasons are given for the sentence, any error on the part of the members of the court martial must be evident from a reading of the material which is available to the appellate court. In the absence of such error, a sentence must be allowed to stand.

This approach was applied in *R v. Boland*.¹²

Another factor which might be relevant in deciding whether a new issue should be addressed after the hearing of an appeal would be the possible need for additional evidence beyond that in the record, in order for the Court to address the issue. In determining whether sections 230.1 and 240.1 of the *National Defence Act* violate section 7 of the *Charter* by potentially denying "liberty" in a matter not in accordance with the principles of fundamental justice, and whether, if so, such a procedure might be justified under section 1 of the *Charter*, it would be useful to have evidence, for example, on the actual practice before various provincial courts of appeal and the scope of reasons provided by the sentencing courts upon which they must act. A section 1 determination might require evidence as to the need, or lack thereof, for the existing system. No such evidence is in the record.

ne peuvent pas en rendre, pour justifier la sentence qu'ils imposent. Évidemment, une erreur commise par le juge-avocat dans les instructions qu'il donne à la cour martiale serait une raison suffisante pour justifier une intervention de la Cour d'appel. Rien ne suggère que ce soit ici le cas.

En outre, lorsque les faits de l'affaire ne laissent place qu'à une seule interprétation, ou lorsque l'interprétation la plus favorable à l'accusé a pour résultat d'entraîner l'imposition d'une peine manifestement insuffisante ou disproportionnée, l'appel interjeté par la Couronne à l'encontre de la sentence pourra être accueilli. C'était la situation de l'arrêt *Laflamme*.¹¹ Réciproquement, un appel interjeté par l'accusé à l'encontre d'une sentence sera accueilli dans le cas où la sévérité de la sentence ne pourrait pas se justifier quelle que soit la façon dont la cour pouvait considérer les faits pour parvenir au verdict de culpabilité qu'elle a prononcé.

Bref, puisqu'on n'a donné aucun motif pour la sentence, toute erreur imputée aux membres de la cour martiale doit pouvoir être perçue à la lecture des documents qui ont été mis à la disposition de la présente Cour. À défaut de trouver cette erreur, il faut confirmer la sentence.

Cette méthodologie a été suivie dans *R c. Boland*.¹²

Un autre facteur qu'il y aurait lieu de prendre en considération pour décider s'il faut examiner une question nouvelle après l'audition de l'appel serait la nécessité éventuelle de preuves complémentaires qui ne sont pas dans le dossier et qui permettraient à la Cour d'examiner cette question. Pour décider si les articles 230.1 et 240.1 de la *Loi sur la défense nationale* violent l'article 7 de la *Charte* par le déni potentiel d'une «liberté» dans une cause et ce, contrairement aux principes de justice fondamentale et si, dans l'affirmative, une telle procédure serait justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, il serait utile par exemple de savoir, à la lumière des preuves et témoignages produits, quel est l'usage observé par diverses cours d'appel provinciales et quel genre de motifs prononcés par le tribunal qui applique la peine est nécessaire pour qu'elles puissent se prononcer. Une décision au regard de l'article premier pourrait nécessiter l'administration de preuves quant à la nécessité, ou à l'inutilité, du système existant. Le dossier ne renferme aucune preuve en la matière.

¹¹ *R. v. Laflamme* (1993), 5 C.M.A.R. 145.

¹² (1995), 5 C.M.A.R. 316.

¹¹ *R c. Laflamme*, (1993), 5 C.A.C.M. 145.

¹² (1995), 5 C.A.C.M. 316.

For these reasons we concluded that we were not prepared to take the extraordinary step of reopening the hearing and entertaining completely new issues.

Disposition of application for leave and of sentence appeal

The Court is of the view that the appeal raises substantial issues and therefore leave to appeal sentence must be granted.

With respect to the fitness of the sentence itself, I would first comment on certain submissions made by new counsel for the respondent with respect to the deference which this Court should show to the General Court Martial in the matter of punishments. The argument casts this Court essentially in the role of a court exercising judicial review, not appeal, functions. As I observed in *Boland*¹³ I find this proposition impossible to reconcile with the clear intention of Parliament stated in section 240.1, which conferred on this Court the power to

consider the fitness of the sentence and . . . substitute for the sentence imposed by the court martial a sentence that is warranted in law.

These powers are essentially the same as those conferred on provincial courts of appeal by subsection 687(1) of the *Criminal Code*. If it is to be assumed that courts martial are always in the best position to assess the sentence, and can be relied upon to do so, there seems to be little point in paragraph 230.1(a) or indeed section 240.1 of the *National Defence Act*. This argument of deference could also be invoked against the individual who seeks, as many do, to appeal their sentences to this Court on the grounds that they are too severe.

Having said that, I have no doubt that we must show restraint in the exercise of this power over sentence appeals, consistently with the position recently restated and confirmed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Shropshire*.¹⁴ Writing for the Court in that case Iacobucci J. stated that a provincial court of appeal, acting under subsection 687(1) of the *Criminal Code* which is similar to section 240.1 of the

Par ces motifs, nous avons conclu que nous ne sommes pas disposés à prendre la décision extraordinaire de rouvrir l'audience et d'examiner des questions entièrement nouvelles.

Jugement de la demande d'autorisation et de l'appel a minima

La Cour conclut que cet appel pose des questions de fond et qu'en conséquence, il faut en accorder l'autorisation.

En ce qui concerne la justesse de la sentence elle-même, j'examinerai en premier lieu l'argumentation du nouvel avocat de l'intimé au sujet de la retenue dont la Cour devrait faire preuve à l'égard de la cour martiale générale dans l'application des peines. Cet argument attribue essentiellement à la Cour le rôle d'une juridiction de contrôle judiciaire et non d'appel. Ainsi que je l'ai fait remarquer dans *Boland*¹³, il est impossible de réconcilier cet argument avec la volonté du législateur telle qu'elle ressort de l'article 240.1, aux termes duquel la Cour considère la justesse de la sentence et peut . . . substituer à la sentence infligée par la cour martiale la sentence qui est justifiée en droit.

Ces pouvoirs sont essentiellement les mêmes que ceux dont le paragraphe 687(1) du *Code criminel* investit les cours d'appel provinciales. Si on doit présumer que les cours martiales sont toujours les mieux qualifiées pour juger de la peine à appliquer, et qu'elles le sont inmanquablement, il faudra en conclure que l'alinéa 230.1a) ou en fait l'article 240.1 de la *Loi sur la défense nationale* ne sert à rien. Cet argument de retenue judiciaire pourrait également être invoqué contre le grand nombre d'individus qui ont fait appel de leur sentence respective à cette Cour par ce motif qu'elle est trop sévère.

Cela dit, je ne doute nullement que nous devons faire preuve de retenue dans l'exercice de ce pouvoir sur les appels contre les sentences, conformément à la pratique récemment réitérée par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Shropshire*¹⁴. Prononçant le jugement de la Cour, le juge Iacobucci a conclu qu'une cour d'appel provinciale, exerçant sa compétence en application du paragraphe 687(1) du *Code*

¹³ *Supra* note 12 at page 328.

¹⁴ (1995) 102 C.C.C.(3d) 193.

¹³ Note 12 *supra*, à la page 328.

¹⁴ [1995] 4 R.C.S. 227; (1995) 102 C.C.C. (3d) 193.

National Defence Act, should not find that a sentence is "not fit" unless the sentence is "clearly unreasonable". Other language which he endorsed to express the same idea would require that to alter a sentence it must be "clearly or manifestly excessive", "clearly excessive or inadequate" or "falling outside the 'acceptable range' of orders".¹⁵

In interpreting the panel's findings of fact from the record in a manner most favourable to the respondent, it is legitimate to note some of the instructions given by the Judge Advocate to the panel on the requirements of a finding of guilt on count 2. For example he stated to the panel:

If you have a reasonable doubt that the conduct of or words used by Major Seward, in the context of all the circumstances of this case, did amount to an instruction to his subordinates to abuse prisoners then you must give him the benefit of that doubt and the prosecution will not have proven this essential ingredient of the offence charged.¹⁶

The panel nevertheless convicted on count 2. To instruct the panel on the concept of "negligence" in section 124 on which the second count was based, the Judge Advocate stated:

To go further into the factors which constitute negligence I tell you that as a matter of law the alleged negligence must go beyond mere error in judgement. Mere error in judgement does not constitute negligence. The alleged negligence must be either accompanied by a lack of zeal in the performance of the military duty imposed or it must amount to a measure of indifference or a want of care by Major Seward in the matter at hand or to an intentional failure on his part to take appropriate precautionary measures.¹⁷

The panel obviously found there to be such negligence. (While new counsel for the respondent has, since the hearing of the appeal, objected that the Judge Advocate's instructions on the requirements to establish negligence under section 124 were incorrect in that they only suggested that "civil negligence" be established instead of "penal negligence", this objection was not raised at the trial nor was any argument made against the conviction when this appeal was

criminel, qui est semblable à l'article 240.1 de la *Loi sur la défense nationale*, ne doit pas juger qu'une sentence «n'est pas indiquée» à moins que cette sentence ne soit «nettement déraisonnable». Les autres formules qu'il emploie pour exprimer la même idée indiquent qu'il n'y a lieu d'infirmer une sentence que si elle est «nettement excessive ou manifestement excessive», «nettement excessive ou inadéquate» ou si elle «tombe en-dehors des limites acceptables»¹⁵.

Pour ce qui est d'interpréter les conclusions sur les faits du jury, telles qu'elles ressortent du dossier, de la manière la plus favorable à l'intimé, il est légitime de relever certaines directives données par le juge-avocat au jury sur les critères d'un verdict de culpabilité à l'égard du second chef d'accusation. On peut lire par exemple la directive suivante :

[TRADUCTION] Si vous doutez raisonnablement que les agissements ou les propos du major Seward, compte tenu des circonstances de la cause, vaillent effectivement ordre donné à ses subordonnés de brutaliser les prisonniers, alors vous devez lui accorder le bénéfice du doute et la poursuite n'aura pas prouvé cet élément essentiel de l'infraction reprochée.¹⁶

Le jury a néanmoins déclaré l'intimé coupable du second chef d'accusation. Et voici la directive donnée par le juge-avocat au jury au sujet du concept de «négligence» au sens de l'article 124, sur lequel était fondé le second chef d'accusation :

[TRADUCTION] Toujours au sujet des facteurs qui constituent la négligence, sachez que sur le plan de la qualification juridique, la négligence doit être bien davantage que la simple erreur de jugement. La simple erreur de jugement ne vaut pas négligence. La négligence doit être caractérisée soit par un manque de diligence dans l'exécution de la tâche ou la mission militaire, soit par une certaine indifférence ou insouciance manifestée par le major Seward pour la tâche ou encore par un défaut délibéré de sa part de prendre les mesures de précaution nécessaires.¹⁷

Le jury a visiblement conclu à la négligence. (Si le nouvel avocat de l'intimé a, depuis l'audition de l'appel, objecté que la directive du juge-avocat sur le critère du verdict de négligence au sens de l'article 124 était incorrecte en ce qu'elle engageait à examiner s'il y avait «négligence civile» et non «négligence criminelle», cette objection n'a pas été soulevée devant la cour martiale, et aucun argument n'a été proposé contre le verdict de culpabilité à l'audition

¹⁵ *Ibid.* at 210.

¹⁶ Appeal Book, page 865.

¹⁷ *Ibid.* at 862.

¹⁵ *Ibid.*, pages 249-250.

¹⁶ Dossier d'appel, page 865.

¹⁷ *Ibid.*, page 862.

heard. In fact, the instructions when read as a whole, while not employing the now preferred language of "marked departure" as a test for the *actus reus*, appear adequately to express the idea of marked departure and, although the conviction is not in question, also support the conclusion that the panel found a serious lapse from normal conduct expected of such an officer).

In short the panel must be taken to have concluded that the respondent did issue an "abuse" order and that his doing so was no mere error in judgment. He himself confirmed that he was taking a "calculated risk"¹⁸ in doing so and that nothing in his training or in Canadian doctrine would permit the use of that word during the giving of orders.¹⁹

A major issue in this appeal has been the extent, if any, to which the panel of the General Court Martial or this Court on appeal should take into account, with respect to sentence, the disastrous events which followed the giving of this order. It is said on behalf of the respondent that since he was acquitted on count 1 (the charge of causing bodily harm to Shidane Abukar Arone) the death of Arone through abuse at the hands of the respondent's subordinates could not be a circumstance to be taken into account with respect to sentence. While the panel was excluded, the prosecutor argued forcefully that it should be instructed, in the matter of sentence, that the consequences which followed upon the giving of the respondent's order were relevant, particularly because they reflected a breakdown in discipline to which the order must be taken to have contributed. Part of that breakdown in discipline involved the beating to death of Arone.²⁰ The Judge Advocate did not accept this position and in fact instructed the panel as follows:

... Mr. President and Members of the Court, I instruct you as a matter of law that because of your finding of not guilty on the first charge that you are not to consider as an aggravating factor when deciding punishment the bodily harm or death

de l'appel en instance. En fait, même si on n'y trouve pas la nouvelle formule «déviation visible» qui sert maintenant de critère de l'élément matériel de l'infraction, ces directives, prises dans leur ensemble, expriment bien l'idée de déviation visible et, bien que le verdict de culpabilité ne soit pas en cause, justifient la conclusion que le jury a trouvé une grave déviation par rapport à la conduite normale qu'on est en droit d'attendre d'un officier de ce rang).

En bref, il faut présumer que le jury a conclu que l'intimé avait effectivement donné l'ordre de «brutaliser» et qu'il ne s'agissait pas simplement d'une erreur de jugement. Lui-même a confirmé qu'il prenait un «risque calculé»¹⁸ en donnant cet ordre et que rien dans sa formation ou dans la doctrine militaire canadienne ne permettait l'emploi d'un tel mot dans les ordres donnés.¹⁹

Il se pose en l'espèce l'importante question de savoir si et dans quelle mesure le jury de la cour martiale générale ou notre Cour doit, en ce qui concerne la sentence, tenir compte des événements désastreux qui ont fait suite à cet ordre. L'intimé soutient que du fait qu'il a été acquitté du premier chef d'accusation (d'avoir causé des lésions corporelles à Shidane Abukar Arone), la mort d'Arone des suites des brutalités de ses subordonnés ne saurait être une circonstance à prendre en considération pour l'application de la peine. Hors la présence du jury, le poursuivant a soutenu avec force qu'il fallait donner à ce dernier pour directive, pour ce qui était de la peine à appliquer, que ce qui faisait suite à l'ordre donné par l'intimé était un facteur à prendre en considération, en particulier parce qu'il traduisait une désintégration de la discipline, à laquelle cet ordre doit être réputé avoir contribué. Cette désintégration de la discipline s'est traduite en partie par les coups entraînant la mort d'Arone.²⁰ Le juge-avocat n'a pas accueilli cet argument, et en fait il a donné au jury la directive suivante :

[TRADUCTION] Monsieur le président, honorables membres de la Cour, puisque vous avez conclu que l'accusé n'est pas coupable du premier chef d'accusation, il est de droit que pour appliquer la peine en l'espèce, vous ne devez pas tenir compte, à

¹⁸ *Ibid* at 678.

¹⁹ *Supra* note 6 and accompanying text.

²⁰ *Ibid* at 947-951.

¹⁸ *Ibid.*, page 678.

¹⁹ Note 16 *supra*, et texte joint.

²⁰ *Ibid.*, pages 947 à 951.

suffered by Mr Arone and the prosecutor's comments in respect thereof.

The only reference the Judge Advocate made to the prosecutor's position was the lengthy enumeration of some 18 factors the panel should consider in sentencing, including "consequences of his negligence".²¹ This was neither explained nor elaborated upon.

In my view this was a serious defect in the instruction by the Judge Advocate to the panel. In this respect he did not, I believe, have adequate regard to the stated particulars of the offence upon which the respondent had just been convicted: namely, that he had negligently performed a military duty

[I]n that he . . . by issuing an instruction to his subordinates that prisoners could be abused, failed to properly exercise command over his subordinates, as it was his duty to do.

This count addressed a failure in command. The evidence when interpreted reasonably and in a way most favourable to the respondent amply demonstrates that this failure resulted in, at best, confusion in 2 Commando and must be taken to have led ultimately to excesses by some of the respondent's subordinates. This not only contributed to the death, of which the respondent was acquitted of being a party, but also contributed to several members of the Canadian Armed Forces committing serious lapses of discipline and ultimately finding themselves facing serious charges. Some have gone to prison as a result. These matters all properly related to the charge, as particularized, that the respondent "failed to properly exercise command over his subordinates". This was never specifically and seriously addressed by the Judge Advocate in his instructions on sentence. I am of the view that given the obvious findings of fact which the panel did make, and taking the most benign view of the evidence, it is impossible to think that a properly instructed panel would have accorded the derisory sentence of a severe reprimand.

titre de circonstance aggravante, des lésions corporelles ou de la mort de M. Arone ni de l'argument proposé par le poursuivant à ce sujet.

La seule mention faite par le juge-avocat de l'argument du poursuivant consistait en la longue énumération des quelque 18 facteurs que le jury devrait prendre en considération pour appliquer la peine, y compris les «conséquences de sa négligence»²¹. Celles-ci n'étaient ni expliquées ni développées en détail.

À mon avis, il s'agissait là d'un vice grave des directives données par le juge-avocat au jury. Il ne faisait pas suffisamment attention à l'articulation de l'infraction dont l'intimé avait été juste déclaré coupable, savoir qu'il avait fait preuve de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire :

[TRADUCTION] en ce que . . . en disant dans ses consignes à ses subordonnés que ceux-ci pourraient brutaliser les prisonniers, il n'a pas convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés ainsi qu'il y était tenu.

Ce chef d'accusation visait une faute de commandement. Les preuves produites, si on les soumet à une interprétation raisonnable et à l'interprétation la plus favorable à l'intimé, démontrent que cette faute a, au mieux, jeté la confusion au sein du commando n° 2 et doit être considérée comme ayant pour résultat ultime les excès commis par certains subordonnés de l'intimé. Elle a non seulement contribué à une mort, à laquelle il a été jugé que l'intimé n'avait pas participé, mais aussi à de graves manquements à la discipline de la part de plusieurs membres des Forces armées canadiennes qui en sont tombés sous le coup de graves chefs d'accusation. Certains se sont retrouvés en prison. Tout cela avait un lien direct avec le reproche spécifique fait à l'intimé, savoir qu'«il n'a pas convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés». Ce point n'a jamais été expressément ou sérieusement expliqué par le juge-avocat dans ses directives sur l'application de la peine. Je pense qu'étant donné les conclusions de fait évidentes qu'a tirées le jury et à supposer que l'interprétation la plus bénigne ait été faite des preuves et témoignages produits, il est impossible de penser qu'un jury qui eût reçu des directives convenables aurait prononcé la sentence dérisoire d'un blâme.

²¹ *Ibid.* at 984.

²¹ *Ibid.*, page 984.

The Judge Advocate failed to give any direction to the panel with respect to another relevant matter, namely the sentences of other service personnel already convicted in respect of the same chain of events. He did, at the request of the prosecutor, place before the panel the fact that Private Elvin Kyle Brown and former Sergeant Boland had been convicted of what he described as "breaches of discipline" for which Brown was sentenced to five years' imprisonment and Corporal Boland was sentenced to 90 days' detention. (This Court subsequently increased Boland's sentence to one year imprisonment, but this decision was rendered after the trial of the respondent). The Judge Advocate gave no hint as to what use the panel might make of this information. In fact the circumstances of conviction and sentence of former Sergeant Boland were highly relevant. Both he and Seward were convicted under section 124 of negligent performance of a military duty. Like the respondent, Boland was not directly involved in the infliction of injury on Arone. Like the respondent, Boland was guilty of a failure to exercise properly his command, but neither was convicted of being a party to the actual torture and death of Arone. In the case of the respondent, by his acquittal on count 1 he must be taken to have been found neither to have intended nor to have been capable of reasonably foreseeing that any of his subordinates would mistreat unto death any Somalian prisoner. In one important aspect of course the respondent's position was less reprehensible than Boland's: Boland was found by this Court to have had ample means of knowing that Arone was in immediate danger at the hands of his men and he had the opportunity to intervene but did not. Indeed some of his comments to Matchee and Brown directly condoned extreme abuse short of killing Arone.

Boland's sentence was therefore an important point of comparison which should have been explained to the panel, unless one is to believe that there can be no comparison between the sentences of officers and of non-commissioned officers. Boland's sentence being relevant to the fixing of a sentence for the respondent, it is also important to note that, since

Le juge-avocat n'a donné au jury aucune directive touchant un autre facteur à prendre en considération, savoir les sentences prononcées contre les autres militaires déjà jugés coupables à l'égard de la même chaîne d'événements. Il a bien, à la demande du poursuivant, attiré l'attention du jury sur le fait que le soldat Elvin Kyle Brown et l'ancien sergent Boland avaient été déclarés coupables de ce qu'il appelait «des manquements à la discipline», pour lesquels Brown avait été condamné à un emprisonnement de cinq ans, et le caporal Boland à une détention de 90 jours. (Notre Cour a subséquemment élevé la peine de Boland à un emprisonnement d'un an; cependant cette sentence a été prononcée après les procès de l'intimé). Le juge-avocat n'a nullement dit au jury l'usage que celui-ci pourrait faire de cette information. En fait, les circonstances du verdict de culpabilité et de la sentence prononcés contre l'ancien sergent Boland avaient un lien étroit avec l'affaire en instance. Celui-ci et Seward ont été tous deux jugés coupables de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, que vise l'article 124. Tout comme l'intimé, Boland n'a pas directement pris part aux coups et blessures infligés à Arone. Tout comme l'intimé, Boland était coupable de ne pas avoir convenablement exercé son commandement, mais ni l'un ni l'autre n'a été jugé coupable de participation aux tortures infligées à Arone ou à la mort de celui-ci. Dans le cas de l'intimé, son acquittement du premier chef d'accusation signifie que selon ses juges, il n'a pas voulu qu'aucun de ses subordonnés brutalise un prisonnier somalien quelconque au point de le tuer, ni n'a pu raisonnablement le prévoir. Sur un point important, la conduite de l'intimé était moins répréhensible que celle de Boland : notre Cour a conclu que celui-ci avait amplement les moyens de savoir que Arone était en danger de mort entre les mains de ses hommes et qu'il avait le temps d'intervenir mais ne l'a pas fait. En effet, certains des propos qu'il tenait à Matchee et à Brown revenaient à accepter les pires brutalités n'allant pas jusqu'à la mort.

La sentence de Boland était donc un important point de comparaison qui aurait dû être expliqué au jury, à moins de penser qu'il n'y a pas de comparaison possible entre les sentences prononcées contre officiers et sous-officiers. La peine infligée à Boland étant un point de repère pour l'application de la peine à l'intimé, il y a également lieu de noter que, depuis

the respondent's trial and sentencing, Boland's sentence was increased from three months' detention to one year imprisonment. If Boland's sentence is to influence that of the respondent's, it should now be seen as indicating an increase in the sentence of the latter.

I have concluded that the sentence of a severe reprimand should be set aside because it is not a fit sentence. It is clearly unreasonable and clearly inadequate on the facts which the General Court Martial must be taken to have found, on facts which were amply proven but not referred to in the faulty instruction by the Judge Advocate, and on the criteria which were or should have been put before the panel by the Judge Advocate. To reiterate, the panel found him guilty of negligently performing a military duty as particularized in count 2 namely

[i]n that he . . . by issuing an instruction to his subordinates that prisoners could be abused, failed to properly exercise command over his subordinates, as it was his duty to do.

In a passage frequently quoted by military lawyers, Lamer C.J.C. in *R. v. Généreux* said:²²

. . . To maintain the armed forces in a state of readiness, the military must be in a position to enforce internal discipline effectively and efficiently. Breaches of military discipline must be dealt with speedily and, *frequently punished more severely than would be the case if a civilian engaged in such conduct.* (Emphasis added).

I think it is fair to assume that in any well-run civilian organisation an order given by a mid-level executive, leading to such disastrous consequences for his subordinates and the organisation, would rate more than a negative comment in his personnel file, the equivalent of a "severe reprimand".

The Crown asked at trial for a sentence including dismissal with disgrace and a "short period of imprisonment commensurate with the gravity of his offence".²³ While its factum filed in this Court pro-

²² (1992) 70 C.C.C.(3d) 1 at 25.

²³ *Ibid.* at 964.

le procès de l'intimé et le prononcé de sa peine, celle de Boland a été élevée de trois mois de détention à un an d'emprisonnement. Si la sentence de Boland doit influencer sur celle de l'intimé, elle engage à une élévation de cette dernière.

J'ai conclu qu'il faut annuler la peine de blâme qui n'est pas juste. Elle est nettement déraisonnable et nettement insuffisante à la lumière des faits auxquels la cour martiale générale doit être présumée avoir conclu, des faits qui ont été amplement prouvés mais qui ne sont pas évoqués dans les directives défectueuses du juge-avocat, et à la lumière des critères que celui-ci a portés ou aurait dû porter à l'attention du jury. Rappelons que le jury a trouvé l'intimé coupable de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, telle qu'elle est articulée sous le second chef d'accusation, savoir :

en ce que . . . en disant dans ses consignes à ses subordonnés que ceux-ci pourraient brutaliser les prisonniers, il n'a pas convenablement exercé son commandement vis-à-vis de ses subordonnés ainsi qu'il y était tenu.

Les spécialistes de la justice militaire citent souvent la conclusion suivante qu'a tirée le juge en chef du Canada Lamer dans *R. c. Généreux*²² :

. . . Pour que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, *punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil.* [non souligné dans l'original]

On peut donc penser, à mon avis, que dans n'importe quelle organisation privée bien administrée, un cadre intermédiaire qui donne un ordre avec les mêmes conséquences désastreuses pour ses subordonnées et pour l'organisation, verrait l'inscription dans son dossier d'une sanction bien plus sévère que l'équivalent d'un «blâme».

Devant la cour martiale, la Couronne requérait la destitution ignominieuse et [TRADUCTION] «une courte peine d'emprisonnement à la mesure de la gravité de son infraction»²³. Bien que dans son mémoire soumis

²² [1992] 1 R.C.S. 259, à la page 293; (1992) 70 C.C.C. (3d) 1, page 25.

²³ *Ibid.*, page 964.

posed an increase of sentence from severe reprimand to that of dismissal from Her Majesty's service, at the hearing of the appeal Crown counsel said that the sentence should instead be increased further to dismissal with disgrace, which is the maximum sentence provided under section 124. As noted earlier we ensured that counsel had a further opportunity, in response to our questions, to react to the possibility of the maximum sentence being imposed or some lesser sentence which would still represent an increase.

After considering all the submissions, I have concluded that an appropriate sentence would be a short term of imprisonment which I would fix at three months together with dismissal from Her Majesty's service.²⁴ This is not the maximum sentence, as called for by the Crown, of dismissal with disgrace, nor is it the maximum term of imprisonment possible for this offence which could be any term for less than two years. I believe this falls within the acceptable range of sentences, having particular regard to the sentence imposed on Boland by this Court of one year imprisonment. Certainly a severe reprimand as imposed by the General Court Martial does not fall within such a range when one considers the perilous circumstances in which this relatively senior officer deliberately pronounced what was an ambiguous, and a dangerously ambiguous, order. He not only pronounced it but essentially repeated it when questioned as to his meaning. While it was found that he had no direct personal connection with the beating and death of Arone, unlike Boland's proximity and means of knowledge of what was likely to occur, Seward was of a much superior rank as an officer and commander of the whole of 2 Commando. His education, training, and experience and his much greater responsibilities as commanding officer put on him a higher standard of care, a standard which he did not meet.

²⁴ Dismissal would in any event follow as a matter of law from any sentence of imprisonment imposed on an officer, pursuant to paragraph 140(c) of the *National Defence Act*, but is subject to approval by the Minister under subsection 206(2).

à la Cour, la Couronne proposât que la peine soit élevée du blâme à la destitution du service de Sa Majesté, son avocat a soutenu à l'audition de l'appel qu'il fallait élever la peine jusqu'à la destitution ignominieuse, qui est la peine maximum prévue à l'article 124. Comme noté *supra*, nous avons veillé à ce que les avocats de part et d'autre aient la possibilité, par leurs réponses à nos questions, de présenter leurs arguments quant à la possibilité d'une application de la peine maximum ou d'une peine moins grave mais qui représente quand même une élévation.

Après avoir examiné les arguments de part et d'autre, j'ai conclu qu'il y a lieu d'imposer une courte peine d'emprisonnement, que je fixerais à trois mois, avec destitution du service de Sa Majesté²⁴. Il ne s'agit là ni de la peine maximum de la destitution ignominieuse, que requerrait la Couronne, ni de la peine d'emprisonnement maximum pour cette infraction, savoir n'importe quelle période d'emprisonnement de moins de deux ans. Je suis convaincu que cette sentence est bien à l'intérieur de la gamme de sentences acceptables, eu égard en particulier à la peine d'emprisonnement d'un an que notre Cour a prononcée à l'égard de Boland. Il est clair qu'un blâme, tel que l'a imposé la cour martiale générale, n'est pas comprise dans ces limites eu égard aux circonstances périlleuses dans lesquelles cet officier supérieur a donné à dessein un ordre ambigu, dangereusement ambigu. Il n'a pas seulement donné cet ordre, mais l'a réitéré lorsque ses subordonnés lui en ont demandé le sens. Bien qu'il ait été acquitté de la participation personnelle et directe aux coups donnés à Arone et à la mort de celui-ci, à l'opposé de Boland qui se trouvait à proximité et avait le moyen de savoir ce qui allait probablement se produire, Seward avait un rang bien plus supérieur en sa qualité d'officier commandant l'ensemble du commando n° 2. Son instruction, sa formation, son expérience et ses responsabilités bien plus grandes d'officier commandant lui imposaient une norme plus rigoureuse de diligence, norme à laquelle il n'a pas satisfait.

²⁴ De toute façon, la destitution découle, en application de l'alinéa 140c) de la *Loi sur la défense nationale*, de toute peine d'emprisonnement prononcée contre un officier mais sous réserve de l'approbation du ministre, ainsi que le prévoit le paragraphe 206(2).

While I recognize from the evidence before the Court Martial that 2 Commando was working under great difficulties, those difficulties did not include active warfare. Nothing suggests that the infiltrator problem represented any serious threat to the lives or security of Major Seward's unit. What the evidence did show was the existence of a difficult situation for the maintenance of morale and discipline in which the giving of orders required particular care. Any sentence must provide a deterrent to such careless conduct by commanding officers which in the final analysis is a failure in meeting their responsibilities both to their troops and to Canada.

As in the case of Boland I have, of course, taken into account the evidence and material in Seward's favour with respect to his past record prior to and during the Somalian deployment. As in the case of Boland that evidence indicated many accomplishments and must be a factor in the Court declining to impose the maximum, or nearly the maximum sentence permitted by law. I have also taken into account that a sentence of imprisonment for an officer is obviously treated by the *National Defence Act* as having more severe consequences than a similar sentence imposed on other ranks: for example any sentence of imprisonment of an officer automatically carries with it dismissal from the service.

Having balanced all these factors I believe the sentence of three months' imprisonment with dismissal would be a fit sentence. The sentence imposed by the General Court Martial of severe reprimand should therefore be set aside and the sentence of imprisonment for three months and dismissal from Her Majesty's service be substituted therefor.

LINDEN J.A.: I agree.

EWASCHUK J.A.: I agree.

Je peux voir certes des preuves et témoignages produits devant la cour martiale que le commando n° 2 devait remplir sa mission dans des conditions très difficiles, mais il n'était pas en état de combat. Rien ne permet de penser que le problème des intrus représentait une grave menace pour la vie des soldats ou pour la sécurité de l'unité du major Seward. Ce qu'ont établi ces preuves et témoignages, c'était l'existence d'une situation difficile pour le maintien du moral et de la discipline, où les ordres devaient faire l'objet d'une extrême précaution. La sentence prononcée doit constituer une mesure de prévention contre pareils agissements négligents de la part des officiers commandants, lesquels agissements constituent en dernière analyse un manquement à leurs responsabilités vis-à-vis à la fois des hommes sous leurs ordres et du Canada.

Comme dans le cas de Boland, j'ai bien naturellement pris en considération les témoignages et les documents produits, en faveur de Seward, sur ses états de service avant et pendant le déploiement en Somalie. Comme dans le cas de Boland, ces preuves font ressortir nombre d'accomplissements et doivent être un facteur engageant la Cour à refuser d'appliquer la peine maximum, ou une peine proche de la peine maximum telle que l'autorise la loi. J'ai également tenu compte du fait que selon la *Loi sur la défense nationale*, la peine d'emprisonnement prononcée contre un officier a des conséquences plus graves que la même peine pour les sous-officiers et soldats; par exemple, toute peine d'emprisonnement prononcée contre un officier entraîne de plein droit la destitution du service.

Après avoir mis tous ces facteurs dans la balance, je pense que la peine d'emprisonnement de trois mois avec destitution du service est la peine qui convient en l'espèce. La Cour annule donc le blâme imposé par la cour martiale générale et y substitue la peine d'emprisonnement de trois mois avec destitution du service de Sa Majesté.

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

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