

**Elvin Kyle Brown**

(Private, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

**Her Majesty the Queen**

*Respondent*.

INDEXED AS: R. V. BROWN

File No.: CMAC 372

Heard: Ottawa, Ontario, 22 and 23 November, 1994

Judgment: Ottawa, Ontario, 6 January, 1995

Present: Hart, Hugessen and Brooke, J.J.A.

On appeal and cross-appeal from a conviction by a General Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 28 February, and 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18 and 19 March, 1994.

*Charter of Rights, section 11(f) — Right to trial by jury — Exception where military nexus exists — Section 11(d) — Presumption of innocence — Not infringed on grounds that unanimity of court not required.*

*Reasonable apprehension of bias — Commanding Officer signing charge sheet after taking advice from Judge Advocate General's department — Judge Advocate General's department responsible for prosecuting appellant — Signing charge sheet not a judicial or quasi-judicial act — No requirement to act judicially.*

*Hearsay — Statements ruled inadmissible at trial — No necessity to admit hearsay statements shown — No substantial miscarriage of justice in exclusion of statement.*

*Severity of sentence — Grounds for granting leave to appeal not limited to cases where the Judge Advocate has erred in instructing the Court — Leave may be granted for reasons of public policy.*

*Severity of sentence — Sentence of five years' imprisonment for manslaughter and torture — Error in sentencing must be evident from a reading of the material which is available to the*

**Elvin Kyle Brown**

(Soldat, Forces canadiennes) *Appelant*,

a c.

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée.*

b

RÉPERTORIÉ : R. C. BROWN

N<sup>o</sup> du greffe : CACM 372

c

Audience : Ottawa (Ontario), les 22 et 23 novembre 1994

d

Jugement : Ottawa (Ontario), le 6 janvier 1995

Devant : les juges Hart, Hugessen et Brooke, J.C.A.

En appel et contre-appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), les 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 28 février et 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18 et 19 mars 1994.

f

*Charte des droits et libertés, alinéa 11f) — Droit à un procès avec jury — Exception lorsqu'il y a caractère militaire — Alinéa 11d) — Présomption d'innocence — Disposition non violée par l'absence d'obligation pour une cour martiale de rendre sa décision à l'unanimité.*

g

*Appréhension raisonnable de partialité — Le commandant a signé l'acte d'accusation après avoir pris conseil auprès du bureau du juge-avocat général — Le bureau du juge-avocat général avait la responsabilité de poursuivre l'appelant — La signature de l'acte d'accusation n'a rien de judiciaire ou de quasi judiciaire — Il n'est pas nécessaire de respecter les règles de procédure judiciaire.*

h

*Oùï-dire — Déclarations jugées inadmissibles lors du procès — Aucune preuve présentée quant à la nécessité d'admettre le oùï-dire — Le rejet de la déclaration ne constitue aucune erreur judiciaire grave.*

i

*Sévérité de la sentence — L'autorisation d'en appeler n'est pas limitée aux cas où le juge-avocat a commis une erreur dans les instructions qu'il a données à la cour — L'autorisation peut être accordée pour des raisons d'ordre public.*

j

*Sévérité de la sentence — Sentence de cinq ans d'emprisonnement pour homicide involontaire coupable et pour torture — Toute erreur quant à la détermination de la peine doit pouvoir*

*Appeal Court — In the absence of error a sentence must be allowed to stand — Test is whether there is at least one view of the facts which would justify the finding of guilt and the sentence imposed — Test satisfied in this case.*

The appellant appealed his conviction by General Court Martial on one count of manslaughter and one count of torture. The Crown requested leave to appeal the sentence of five years' imprisonment imposed by the General Court Martial upon the appellant.

The Court Martial and the subsequent appeal arose out of the beating death of a 16-year-old Somali male who was captured by the appellant's unit while attempting to infiltrate one of the Canadian military compounds which had been established in Somalia during peacekeeping duties.

The appellant's grounds of appeal from conviction were that the denial of a trial by jury infringed his rights under paragraph 11(f) of the *Charter*; that the guaranteed presumption of innocence contained in paragraph 11(d) of the *Charter* was infringed by the absence of a requirement of unanimity to support a court martial's finding; that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the Commanding Officer in signing the charge sheet; and that the Judge Advocate at trial erred in refusing to admit certain alleged hearsay statements.

The Crown's proposed appeal with respect to severity of sentence alleged that a sentence of five years' imprisonment was not sufficient, given the objective gravity of both the offence of manslaughter and the offence of torture.

*Held:* Appeal from conviction dismissed. Leave to appeal sentence granted. Appeal with respect to severity of sentence dismissed.

The exception under military law to the right of trial by jury, recognized in paragraph 11(f) of the *Charter*, is triggered by the existence of a military nexus with the crime charged. Since there was ample military nexus in the present case, the submission based on a breach of this paragraph 11(f) of the *Charter* failed.

While the presumption of innocence contained in paragraph 11(d) of the *Charter* applies to courts martial, such presumption is not infringed by the absence of a requirement of unanimity to support a court martial's findings. Regardless of the constitutional position with respect to the requirement of unanimity in a jury verdict, and whether or not such requirement is *Charter* protected, it is clear that a court martial is not a jury and that its role and function are different from those of a jury.

The appellant alleged that a reasonable apprehension of bias existed on the part of the Commanding Officer who signed the charge sheet and referred the matter to higher authority, on the grounds that the Commanding Officer took legal advice from officers in the Judge Advocate General's department, which also had responsibility for prosecuting the appellant. The

*être perçue à la lecture des documents qui ont été mis à la disposition de la cour d'appel — À défaut de trouver cette erreur, il faut confirmer la sentence — Il s'agit de déterminer s'il y a au moins une façon de considérer les faits qui justifie tant le verdict de culpabilité que la sentence imposée — Il y en a une en l'espèce.*

L'appellant en a appelé de sa condamnation par une Cour martiale générale pour homicide involontaire coupable et pour torture. La Couronne a demandé l'autorisation d'en appeler de la sentence de cinq ans d'emprisonnement imposée à l'appellant par la Cour martiale générale.

La Cour martiale et l'appel qui a été interjeté ont trait au décès d'un jeune Somalien de 16 ans battu à mort après qu'il eut été capturé par l'unité de l'appellant alors qu'il tentait de s'infiltrer dans l'un des enclos militaires canadiens qui avaient été installés en Somalie dans le cadre de fonctions de maintien de la paix.

L'appellant a allégué, comme moyen d'appel de la condamnation, que le fait de ne pas avoir eu de procès devant jury a constitué une violation des droits qui lui sont garantis par l'alinéa 11f) de la *Charte*; que la présomption d'innocence garantie par l'alinéa 11d) de la *Charte* a été violée par l'absence d'obligation pour la Cour martiale de rendre sa décision à l'unanimité; qu'il y avait une appréhension raisonnable que le commandant avait fait preuve de partialité en signant l'acte d'accusation; que, au procès, le juge-avocat a eu tort de refuser le dépôt de certaines déclarations qualifiées de oui-dire.

La Couronne avance à l'appui de son appel de la sévérité de la sentence qu'une sentence de cinq ans est trop légère compte tenu de la gravité objective tant de l'infraction d'homicide involontaire coupable que de l'infraction de torture.

*Arrêt :* L'appel de la condamnation est rejeté. L'autorisation d'en appeler de la sentence est accueillie. L'appel interjeté de la sévérité de la sentence est rejeté.

L'exception prévue par le droit militaire au droit d'un procès avec jury, reconnu par l'alinéa 11f) de la *Charte*, est déclenchée par le caractère militaire du crime imputé. Étant donné qu'il y avait amplement caractère militaire en l'espèce, l'argument s'appuyant sur la violation de l'alinéa 11f) de la *Charte* a été rejeté.

La présomption d'innocence garantie par l'alinéa 11d) de la *Charte* s'applique aux cours martiales, mais l'absence d'obligation pour une cour martiale de rendre sa décision à l'unanimité ne constitue pas une violation de cette garantie. Quelle que soit la position constitutionnelle adoptée en ce qui concerne la règle de l'unanimité du verdict rendu par un jury, et que cette règle soit ou non protégée par la *Charte*, il est clair qu'une cour martiale n'est pas un jury et que sa fonction et son rôle sont différents de ceux d'un jury.

L'appellant a allégué qu'il avait une appréhension raisonnable que le commandant qui avait signé l'acte d'accusation et l'avait transmis à l'autorité supérieure ait été partial en raison des conseils reçus des officiers du bureau du juge-avocat général qui avaient aussi la responsabilité de poursuivre l'appellant. L'appellant a avancé que le commandant, en signant l'acte

appellant argued that the Commanding Officer's function in signing the charge sheet is quasi-judicial in nature and that he is accordingly required both to be and to appear to be unbiased. This submission misapprehended the nature of a role of a commanding officer who signs a charge sheet and then refers the matter to higher authority. Such a decision is not a judicial or a quasi-judicial decision. His function, like that of the convening authority to whom he refers the case, is wholly administrative in nature.

Finally, the Judge Advocate had not committed a reviewable error in refusing to admit certain hearsay statements. In this case, the requirement of necessity for the admission of hearsay was not met. In any event, the exclusion of the statement by the Judge Advocate was wholly without consequence and could not have affected the result of the trial.

With respect to the Crown's appeal from the sentence of five years' imprisonment, the circumstances in which leave to appeal may be granted are not limited to cases where it can be demonstrated that the Judge Advocate erred in instructing the Court on the question of sentence. Sentences pronounced by courts martial may require the intervention of the Appeal Court for important reasons of public policy. Given the importance of this case both nationally and internationally, it was in the public interest that the sentence should be reviewed by the Appeal Court.

While the sentence of five years' imprisonment appeared inordinately low, a sentence must be allowed to stand unless an error on the part of the members of the court martial is evident from a reading of the material which is available to the appellate court. The question to be decided is whether, given the many complexities of the facts of this case, there is at least one view of the facts which was open to the Court Martial which would justify both the finding of guilt and the sentence imposed. In this case, it was not possible to say that there was not at least one view of the facts which would justify the sentence imposed. Accordingly, it was not possible for the Appeal Court to say that the Court Martial erred in reaching the sentence which it did.

#### COUNSEL:

*Patrick F.D. McCann*, for the appellant  
*Lieutenant-Colonel Peter A. Tinsley*, and *Major Edward Gallagher*, for the respondent

#### STATUTES CITED:

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B of the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c.11, ss. 11(d), 11(f)  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

d'accusation, remplit une fonction d'une nature quasi judiciaire et que, par conséquent, il doit être et sembler être impartial. Cette allégation provient d'une méprise sur la nature et le rôle du commandant qui signe un acte d'accusation et le transmet à l'autorité supérieure. La décision que le commandant prend alors n'a rien de judiciaire ou de quasi judiciaire. Sa fonction, comme celle de l'autorité convocatrice à qui il transmet l'affaire, est entièrement de nature administrative.

Finalement, le juge-avocat n'a pas commis d'erreur susceptible d'intervention de la Cour en refusant d'admettre le témoignage d'ouï-dire de certaines déclarations. En l'espèce, on n'a pas satisfait au critère de nécessité permettant d'admettre le ouï-dire. De toute façon, l'exclusion de cet élément de preuve par le juge-avocat était sans conséquence aucune et ne pouvait pas modifier l'issue du procès.

En ce qui concerne l'appel interjeté par la Couronne de la sentence de cinq ans d'emprisonnement, les circonstances dans lesquelles l'autorisation d'en appeler peut être accordée ne se limitent pas aux cas où l'on peut démontrer que le juge-avocat a commis une erreur dans les instructions qu'il a données à la cour sur la question de la sentence. Les sentences prononcées par les cours martiales peuvent nécessiter l'intervention de la cour d'appel pour d'importantes raisons d'ordre public. Étant donné l'importance de l'espèce, tant sur le plan national que sur le plan international, il était dans l'intérêt public que la sentence soit examinée par la cour d'appel.

Bien que la sentence de cinq ans d'emprisonnement ait semblé excessivement légère, elle devait être confirmée étant donné qu'aucune erreur des membres de la cour martiale n'a pu être relevée à la lecture des documents qui ont été mis à la disposition de la cour d'appel. Il s'agissait donc de déterminer, compte tenu de la grande complexité des faits de l'espèce, s'il y avait au moins une façon de considérer les faits que la cour martiale pouvait adopter et qui justifierait tant le verdict de culpabilité que la sentence imposée. En l'espèce, il n'était pas possible d'affirmer qu'il n'y avait pas au moins une façon de considérer les faits qui justifiait la sentence imposée. Par conséquent, il n'était pas possible pour la cour d'appel d'affirmer que la cour martiale avait eu tort d'imposer la sentence qu'elle a imposée.

#### AVOCATS :

*Patrick F.D. McCann*, pour l'appellant  
*Lieutenant-colonel Peter A. Tinsley*, et *Major Edward Gallagher*, pour l'intimé

#### LOIS CITÉES :

*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. 11(d), 11(f)  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-46

*National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120(1) (as am. S.C. 1972, c.13, s. 73)  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 130(1), 241, 273

*Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 120(1) (mod. par S.C. 1972, chap. 13, art. 73)  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 130(1), 241, 273

a

#### CASES CITED:

*Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433  
*MacDonald v. The Queen* (1983), 4 C.M.A.R. 277 b  
*MacKay v. The Queen* (1980), 54 C.C.C. (2d) 129; [1980] 2 S.C.R. 370  
*Nye v. The Queen* (1972), 3 C.M.A.R. 85  
*R. v. Deneault* (1994), 5 C.M.A.R. 182 c  
*R. v. Généreux* (1990), 5 C.M.A.R. 38  
*R. v. Généreux* (1992), 70 C.C.C. (3d) 1; [1992] 1 S.C.R. 259  
*R. v. Ionson*, [1989] 2 S.C.R. 1073  
*R. v. Johnstone* (1993), 5 C.M.A.R. 171 d  
*R. v. Khan* (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; [1990] 2 S.C.R. 531  
*R. v. Laflamme* (1993), 5 C.M.A.R. 145  
*R. v. Lunn* (1993), 5 C.M.A.R. 157 e  
*R. v. Smith* (1992), 75 C.C.C. (3d) 257; [1992] 2 S.C.R. 915  
*Sullivan v. The Queen* (1986), 4 C.M.A.R. 414

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

HUGESSEN J.A.:

#### INTRODUCTION

Elvin Kyle Brown appeals his conviction by a General Court Martial on one count of manslaughter (as an included offence to a charge of murder) and one count of torture. The Crown seeks leave, and if leave is granted, to appeal the sentence of five years' imprisonment imposed by the General Court Martial.

#### THE FACTS

As will appear below, the accused's appeal does not put in issue the correctness or reasonableness of the finding of guilt. Since a number of other charges were laid against other members of the Forces arising out of the same incident and, as we were informed, all of the resulting courts martial have given rise to

#### JURISPRUDENCE CITÉE :

*Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433  
*MacDonald c. La Reine* (1983), 4 C.A.C.M. 277  
*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 S.C.R. 370; 54 C.C.C. (2d) 129  
*Nye v. The Queen* (1972), 3 C.M.A.R. 85  
*R. c. Deneault* (1994), 5 C.A.C.M. 182  
*R. c. Généreux* (1990), 5 C.A.C.M. 38  
*R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; 70 C.C.C. (3d) 1  
*R. c. Ionson*, [1989] 2 R.C.S. 1073  
*R. c. Johnstone* (1993), 5 C.A.C.M. 171  
*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; 59 C.C.C. (3d) 92  
*R. c. Laflamme* (1993), 5 C.A.C.M. 145  
*R. c. Lunn* (1993), 5 C.A.C.M. 157  
*R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; 75 C.C.C. (3d) 257  
*Sullivan c. La Reine* (1986), 4 C.A.C.M. 414

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. :

#### INTRODUCTION

Le soldat Elvin Kyle Brown en appelle de sa condamnation par une Cour martiale générale pour homicide involontaire coupable (une infraction incluse dans le chef d'accusation de meurtre) et pour torture. La Couronne demande l'autorisation d'en appeler de la sentence de cinq ans d'emprisonnement imposée par la Cour martiale générale.

#### LES FAITS

Comme on le verra plus loin, l'appel de l'accusé ne remet pas en question le bien-fondé ou le caractère raisonnable du verdict de culpabilité. Étant donné que des accusations ont été portées contre d'autres membres des Forces relativement au même incident, et que, selon les renseignements que nous avons

appeals to this Court, it seems advisable at this stage to say no more about the facts than is strictly necessary to dispose of the issues raised on this appeal. The following summary is accordingly limited to the very barest outline of the evidence, which occupies several volumes of transcript.

The accused was a member of number 2 Commando, posted to peacekeeping duties near the town of Belet Huen in Somalia in the early months of 1993. By March 16, 1993, the Canadian Forces in Belet Huen had encountered a number of problems with Somalis, mostly young men, breaking into their compounds and stealing. As a result, orders were given for increased security and, in particular, on March 16, 1993, for patrols which would attempt to capture the infiltrators. There was evidence that such orders included a licence to "abuse" or "rough-up" prisoners, at least while in the process of capturing them. On the night of March 16, 1993, the appellant's section was assigned to guard and sentry duty in the compound of number 2 Commando. The appellant's section commander was Sergeant Boland. His section 2 I/C was Master Corporal Matchee, who was the appellant's immediate superior.

Shortly after 9:00 p.m. on March 16, 1993, a 16-year-old Somali male was captured while attempting to infiltrate one of the Canadian compounds and was placed in the custody of the appellant's section. Over the course of the ensuing two and a half to three hours, the prisoner was severely and brutally beaten. By shortly after midnight, he was dead.

The evidence indicated that most of the beating was administered by Matchee. Matchee was charged but, because of a suicide attempt very shortly after the incident, was and is unfit to stand trial and unable to testify. The appellant was present during much but not all of the beating. Other soldiers were also present from time to time while the beating was taking place. The appellant admitted that, at an early stage in the prisoner's ordeal, he had punched him once in the jaw and kicked him twice in the leg. At Matchee's

reçus, il en a été appelé à la présente Cour de toutes les décisions rendues par les cours martiales saisies de ces accusations, nous croyons qu'il est pour le moment préférable de ne dire des faits que ce qui est strictement nécessaire pour statuer sur les questions soulevées par le présent appel. Le résumé qui suit est par conséquent limité à la plus simple expression de la preuve, dont la transcription occupe plusieurs volumes.

L'accusé était membre du commando numéro 2, affecté au maintien de la paix près de la ville de Belet Uen, en Somalie, dans les premiers mois de 1993. Au 16 mars 1993, les membres des Forces canadiennes de Belet Uen éprouvaient certaines difficultés avec les Somaliens, dans la plupart des cas de jeunes hommes qui pénétraient par effraction dans leurs enclos et qui volaient. En réaction à cette situation, des ordres ont été donnés que l'on resserre les mesures de sécurité et, en particulier, le 16 mars 1993, que des patrouilles tentent de capturer les intrus. Selon la preuve déposée, ces ordres incluaient la permission de «maltraiter» ou de «malmener» les prisonniers, au moins pour leur capture comme telle. La nuit du 16 mars 1993, la section de l'appelant avait été chargée de garder et de défendre l'enclos du commando numéro 2. Le commandant de section de l'appelant était le sergent Boland. Le commandant adjoint de la section était le caporal-chef Matchee, qui était aussi le supérieur immédiat de l'appelant.

Peu après 21 h, le 16 mars 1993, un jeune Somalien de 16 ans a été fait prisonnier alors qu'il tentait de s'introduire dans l'un des enclos canadiens, et a été placé sous la garde de la section de l'appelant. Au cours des deux heures et demie ou trois heures qui ont suivi, le prisonnier a été violemment et brutalement battu. Peu de temps après minuit, il était mort.

La preuve a montré que la plus grande partie des coups avaient été portés par le caporal-chef Matchee. Des accusations ont été portées contre le caporal-chef Matchee, mais, en raison d'une tentative de suicide faite peu de temps après l'incident, il a été déclaré inapte à subir son procès et à témoigner. L'appelant était présent pendant une bonne partie du temps, mais pas tout le temps, où le prisonnier a été battu. D'autres soldats aussi étaient là à un moment ou à un autre pendant cette période. L'appelant a admis que,

request, the appellant took photographs of Matchee and the prisoner; he also himself posed for two photographs taken by Matchee of him and the prisoner. The photographs leave no room for doubt that the prisoner had, at that time, suffered a very severe beating. There was evidence from other soldiers who visited the bunker where the beating took place that the appellant appeared calm or bored or as if "he didn't want to be there." Matchee, on the other hand, appeared "pumped up." Matchee spoke frequently and expressed satisfaction at what was happening; not so the appellant who appeared, to at least some witnesses, as "upset" or "shocked." There was evidence that the appellant did not like Matchee and was scared of him. Matchee was a violent person with a quick temper and had apparently been drinking that night.

The exact cause of the prisoner's death was never determined since no autopsy was performed. Medical evidence called by the Crown, based on photographs and the descriptions of the beating, was to the effect that death was probably caused by brain swelling resulting from the cumulative effect of blows to the head. Lacerations on the deceased's face were probably caused by blows with a fist and such blows may have had a concussive effect contributing to the victim's death.

As indicated, the General Court Martial found the appellant not guilty of the charge of murder but guilty of the included offence of manslaughter. It also found him guilty of torture.

#### THE APPEAL AGAINST CONVICTION

In his grounds of appeal and in his argument to this Court, the appellant does not contest the reasonableness or the correctness of the finding of guilt. Of the six grounds of appeal which were argued, we did not require to hear from the respondent on three; those

au début du supplice du prisonnier, il l'avait frappé une fois à la mâchoire et lui avait donné deux coups de pied aux jambes. À la demande du caporal-chef Matchee, l'appelant a pris des photographies du caporal-chef Matchee et du prisonnier. Lui-même a été photographié avec le prisonnier à deux reprises par le caporal-chef Matchee. Ces photographies ne laissent aucun doute que le prisonnier avait, à ce moment-là, été brutalement battu. Selon le témoignage d'autres soldats qui se sont rendus au bunker où le prisonnier a été battu, l'appelant semblait calme ou ennuyé, ou [TRADUCTION] «donnait l'impression de vouloir être ailleurs». Le caporal-chef Matchee, par contre, semblait [TRADUCTION] «gonflé à bloc». Il parlait souvent et exprimait sa satisfaction au sujet de ce qui se passait; ce qui n'était pas le cas de l'appelant, qui semblait, au dire d'au moins un témoin, [TRADUCTION] «contrarié» ou [TRADUCTION] «bouleversé». La preuve montre que l'appelant n'aimait pas le caporal-chef Matchee et qu'il avait peur de lui. Le caporal-chef Matchee était un homme violent qui s'emportait facilement, et il avait apparemment bu ce soir-là.

La cause exacte de la mort du prisonnier n'a jamais été déterminée, étant donné qu'aucune autopsie n'a été pratiquée. La preuve médicale présentée par la Couronne, à partir des photographies et de la description des coups portés, a conclu que la mort était probablement survenue par suite d'une enflure du cerveau résultant de l'effet cumulatif des coups portés à la tête. Les lacerations sur le visage du mort provenaient probablement de coups de poing, et il est possible que de tels coups aient causé une commotion cérébrale et aient ainsi contribué à la mort de la victime.

Comme je l'ai mentionné précédemment, la Cour martiale générale a déclaré l'appelant non coupable sur le chef d'accusation de meurtre, mais coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Elle l'a aussi déclaré coupable sur le chef d'accusation de torture.

#### L'APPEL DE LA CONDAMNATION

Les moyens d'appel de l'appelant et les arguments qu'il a soumis à la présente Cour ne contestent pas le bien-fondé ou le caractère raisonnable du verdict de culpabilité. Des six moyens d'appel qui ont fait l'objet d'une argumentation, il y en a trois pour lesquels

grounds related to the admissibility of certain expert medical evidence and to two aspects of the Judge Advocate's instructions to the Court regarding, respectively, the extent of the accused's duty and the unavailability of a defence of reliance on superior orders. The three remaining grounds of appeal on which we did call upon the respondent relate respectively to the alleged breach of the accused's rights under section 11 of the *Charter*, an alleged reasonable apprehension of bias on the part of the commanding officer who signed the charge sheet and an alleged error on the part of the Judge Advocate in refusing evidence of a hearsay statement made by Matchee. I shall deal with each of them in turn.

#### SECTION 11 CHARTER RIGHTS

The appellant asserts that his trial by General Court Martial for crimes which constitute offences under the *Criminal Code of Canada*<sup>1</sup> and which could have been tried by a civil court in Canada constitutes an infringement of his rights under paragraphs 11(d) and (f):

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

The argument breaks down into two subheadings. First, as I understand the appellant's position, he argues that the exception for offences under military law in paragraph 11(f) must be narrowly construed so as to restrict it to cases which must, of necessity, be tried by a court martial, i.e., cases in which no civilian court in Canada has jurisdiction and the exigencies of military service require that the trial take place outside of Canada. Here, section 273 of the *National*

<sup>1</sup> R.S.C. 1985, c. C-46.

nous n'avons pas eu besoin d'entendre l'intimée; ces moyens concernaient l'admissibilité en preuve du témoignage de certains experts médicaux, et deux aspects des instructions que le juge-avocat avait données à la cour au sujet respectivement de l'étendue des devoirs de l'accusé et de l'absence d'une défense fondée sur les ordres reçus. Les trois autres moyens d'appel, pour lesquels nous avons invité l'intimée à se faire entendre, se rapportent respectivement à l'allégation de violation des droits de l'accusé garantis par l'article 11 de la *Charte*, à l'allégation d'une appréhension raisonnable que le commandant qui avait signé l'acte d'accusation ait été partial, et à l'allégation que le refus de recevoir en preuve le témoignage d'ouï-dire d'une déclaration faite par le caporal-chef Matchee constituait une erreur. J'examinerai chacune de ces allégations séparément.

#### d LES DROITS GARANTIS PAR L'ARTICLE 11 DE LA CHARTE

L'appellant allègue que le fait d'avoir été jugé par une cour martiale générale pour des crimes prévus au *Code criminel*<sup>1</sup> du Canada et sur lesquels un tribunal civil avait compétence constitue une violation des droits qui lui sont garantis par les alinéas 11(d) et 11(f) :

11. Tout inculpé a le droit :

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

L'argument se divise en deux parties. Premièrement, si je comprends bien la position de l'appellant, ce dernier allègue que l'exception relative aux infractions au droit militaire et prévue par l'alinéa 11(f) doit être interprétée de façon restrictive de manière à ne s'appliquer qu'aux affaires qui doivent, par nécessité, être instruites par une cour martiale, c'est-à-dire les affaires sur lesquelles aucun tribunal civil du Canada n'a compétence et pour lesquelles les exigences du

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. C-46.

*Defence Act*<sup>2</sup> specifically gives jurisdiction to Canadian civil courts and, since the trial in fact took place in Canada, it was clearly not necessary that it be held elsewhere.

Second, the appellant suggests that the possibility that the Court Martial can reach a verdict by a simple majority of its members breaches the presumption of innocence guaranteed by paragraph 11(d).

In my view, both branches of the argument must fail as being inconsistent and incompatible with recent decisions both of this Court and of the Supreme Court of Canada.

It is now well settled that the exception to the guarantee of the right to a jury trial in paragraph 11(f) is triggered by the existence of a military nexus with the crime charged. That requirement was first authoritatively articulated by McIntyre J. in the pre-*Charter* case of *MacKay v. The Queen*.<sup>3</sup>

The question then arises: how is a line to be drawn separating the service-related or military offence from the offence which has no necessary connection with the service? In my view, an offence which would be an offence at civil law, when committed by a civilian, is as well an offence falling within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service. I do not consider it wise or possible to catalogue the offences which could fall into this category or try to describe them in their precise nature and detail. The question of jurisdiction to deal with such offences would have to be determined on a case-by-case basis. A serviceman charged in a service court who

<sup>2</sup> R.S.C. 1985, c. N-5.

273. Where a person subject to the Code of Service Discipline does any act or omits to do anything while outside Canada which, if done or omitted in Canada by that person, would be an offence punishable by a civil court, that offence is within the competence of, and may be tried and punished by, a civil court having jurisdiction in respect of such an offence in the place in Canada where that person is found in the same manner as if the offence had been committed in that place, or by any other court to which jurisdiction has been lawfully transferred.

<sup>3</sup> (1980), 54 C.C.C. (2d) 129.

service militaire font que le procès doit avoir lieu à l'extérieur du Canada. En l'occurrence, l'article 273 de la *Loi sur la défense nationale*<sup>2</sup> donne expressément compétence aux tribunaux civils du Canada, et puisque, de fait, le procès a eu lieu au Canada, il est clair qu'il n'était pas nécessaire qu'il ait lieu ailleurs.

Deuxièmement, l'appelant avance que la possibilité qu'une cour martiale puisse arriver à un verdict simplement à partir de l'avis majoritaire de ses membres viole la présomption d'innocence garantie par l'alinéa 11d).

À mon avis, les deux parties de cet argument doivent être rejetées pour le motif qu'elles ne sont pas compatibles avec certains arrêts rendus récemment par la présente Cour et par la Cour suprême du Canada.

Il est maintenant bien établi que l'exception à la garantie d'un procès devant jury de l'alinéa 11f) est déclenchée par le caractère militaire, le cas échéant, du crime imputé. Cette exigence a pour la première fois été exprimée avec autorité par le juge McIntyre, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*<sup>3</sup>, rendu antérieurement à l'adoption de la *Charte* :

La question se pose donc ainsi: comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées aux forces armées et celles qui n'y sont pas nécessairement reliées. À mon avis, une infraction qui constitue une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées. Je ne crois pas qu'il soit sage, ni possible, d'énumérer les infractions qui entrent dans cette catégorie ou d'essayer de les décrire en détail. Il faut décider dans chaque cas s'il y a compétence sur ces infractions. Un soldat inculpé devant un tribunal militaire et qui désire en contester la

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. N-5.

273. Tout acte ou omission [*sic*] commis à l'étranger par un justiciable du code de discipline militaire et qui constituerait, au Canada, une infraction punissable par un tribunal civil est du ressort du tribunal civil compétent pour en connaître au lieu où se trouve, au Canada, le contrevenant; l'infraction peut être jugée et punie par cette juridiction comme si elle avait été commise à cet endroit, ou par toute autre juridiction à qui cette compétence a été légitimement transférée.

<sup>3</sup> [1980] 2 R.C.S. 370; (1980), 54 C.C.C. (2d) 129.

wished to challenge the jurisdiction of the military court on this basis could do so on a preliminary motion. It seems, by way of illustration, that a case of criminal negligence, causing death resulting from the operation of a military vehicle by a serviceman in the course of his duty, would come within the jurisdiction of the court martial, while the same accident, occurring while the serviceman was driving his own vehicle on leave and away from his military base or any other military establishment, would clearly not. It may be observed that, on an admittedly different constitutional basis, this approach has been taken in American courts where a possible conflict of jurisdiction had arisen between the military tribunals and the civil Courts. [At pages 161-162.] [Emphasis added.]

After the coming into force of the *Charter* the requirement was adopted and elaborated for the purposes of paragraph 11(f) of the *Charter* by this Court. In *MacDonald v. The Queen*,<sup>4</sup> Mahoney C.J., speaking for the Court, said:

An offence that has a real military nexus and falls within the letter of subsection 120(1) of the *National Defence Act* is an offence under military law as that term is used in paragraph 11(f) of the *Charter of Rights*. [At page 283.]

The reference to the former subsection 120(1) is now to subsection 130(1), the text of which reads:

130. (1) An act or omission

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, or

(b) that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament,

is an offence under this Part and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

Manifestly, the offences of which the appellant was convicted fall within the letter of paragraph 130(1)(b).

Likewise, in *Sullivan v. The Queen*,<sup>5</sup> Brooke J.A., speaking for the Court, said:

While Parliament has taken away the jurisdiction of the military court to try some offences against the person, it has not disturbed the jurisdiction to try other offences which have a real military nexus or service connection. [At page 422.]

<sup>4</sup> (1983), 4 C.M.A.R. 277.

<sup>5</sup> (1986), 4 C.M.A.R. 414.

compétence pour ce motif pourra le faire par une requête préliminaire. A titre d'exemple, si par la mise en service d'un véhicule militaire, un soldat dans l'exercice de ses fonctions tue quelqu'un, ce cas de négligence criminelle relèvera de la compétence de la cour martiale, alors que si le même accident se produit quand le soldat conduit son propre véhicule pendant une permission et hors de sa base militaire ou de toute autre installation militaire, il en sera clairement exclu. On peut faire remarquer que, bien que sur un fondement constitutionnel différent, les tribunaux américains ont adopté cette façon de voir dans le cas de conflit de juridiction possible entre les tribunaux militaires et les tribunaux civils. [à la page 410.] [Non souligné dans l'original.]

Après l'entrée en vigueur de la *Charte*, la présente Cour a adopté et expliqué cette exigence au regard de l'application de l'alinéa 11f) de la *Charte*. Dans l'arrêt *MacDonald c. La Reine*<sup>4</sup>, le juge en chef Mahoney, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé :

Une infraction qui a un véritable caractère militaire et tombe sous le coup du paragraphe 120(1) de la *Loi sur la défense nationale* est une infraction au droit militaire au sens de l'alinéa 11f) de la *Charte des droits*. [à la page 283.]

Le texte de l'ancien paragraphe 120(1), auquel il est fait référence, constitue maintenant le paragraphe 130(1), qui est rédigé de la façon suivante :

130. (1) Constitue une infraction à la présente partie tout acte ou omission :

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie XII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

b) survenu à l'étranger mais qui serait punissable, au Canada, sous le régime de la partie XII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale.

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

Manifestement, les infractions pour lesquelles l'appelant a été déclaré coupable sont de celles prévues par la lettre de l'alinéa 130(1)b).

Dans le même sens, le juge Brooke, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Sullivan c. La Reine*<sup>5</sup>, a affirmé :

Lorsque le Parlement a enlevé à la cour militaire le pouvoir de juger certaines infractions contre la personne, il n'a pas modifié la compétence de juger d'autres infractions qui ont un lien réel avec la vie militaire ou avec le service. [à la page 422.]

<sup>4</sup> (1983), 4 C.A.C.M. 277.

<sup>5</sup> (1986), 4 C.A.C.M. 414.

In *Ionson v. The Queen*,<sup>6</sup> the accused was charged with possession of a narcotic while driving his own vehicle in civilian clothes off-duty and off-base. There was no connection between the crime charged and any other member of the Forces. The accused's objection to the jurisdiction of a court martial to try him was dismissed on the basis of the test of military nexus. His appeal to this Court was dismissed by a majority, the dissenting member holding that the prosecution had failed to establish a military nexus. An appeal to the Supreme Court<sup>7</sup> was dismissed on the grounds that the majority of this Court had not erred.

The Supreme Court of Canada returned, at least inferentially, to the question in *R. v. Généreux*,<sup>8</sup> where the Chief Justice, speaking for the Court, said:

The appellant concedes that a separate system of military law, along with a distinct regime of service tribunals to apply this law, is consistent with s. 11(d) of the Charter. He agrees it is necessary that military discipline be enforced effectively and speedily by tribunals whose members are associated with the military and therefore sensitive to its basic concerns. At the same time, he submits that, within the inherent limits of an institution having the power to discipline its own members, the adjudicative or disciplinary body must meet the standards of independence and impartiality required by s. 11(d). The General Court Martial, in his view, fails this test.

I agree that this issue gives rise to two distinct questions. First, is a parallel system of military tribunals, staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, by its very nature inconsistent with s. 11(d) of the Charter? Secondly, if the first question is answered in the negative, is the General Court Martial, as constituted at the time of the trial under the *National Defence Act* and regulations, an independent tribunal for the purposes of s. 11(d)? The appellant correctly, in my opinion, concedes that the answer to the first question is no. [At page 21.] [Emphasis added.]

Dans l'arrêt *Ionson c. La Reine*<sup>6</sup>, l'accusé avait été inculpé de possession de stupéfiant, alors qu'il conduisait son propre véhicule, qu'il portait des vêtements civils, qu'il était à l'extérieur de la base et qu'il était en congé. Il n'y avait aucun lien entre le crime imputé et quelque autre membre des Forces. L'opposition de l'accusé quant à la compétence de la cour martiale de le juger a été rejetée en raison du critère du caractère militaire. Son appel à la présente Cour a été rejeté par la majorité des juges de la formation, le membre dissident jugeant que la poursuite n'avait pas établi qu'il y avait un caractère militaire. La Cour suprême a rejeté<sup>7</sup> l'appel pour le motif que la majorité de la formation de la Cour d'appel de la cour martiale ne s'était pas trompée.

La Cour suprême du Canada a réexaminé la question, du moins de façon indirecte, dans l'arrêt *R. c. Généreux*<sup>8</sup>, où le juge en chef, s'exprimant au nom de la Cour, a affirmé :

L'appellant reconnaît qu'un système de droit militaire séparé, conjugué à un régime distinct de tribunaux militaires chargés d'appliquer ce droit, est compatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. Il convient qu'il est nécessaire que des tribunaux composés de juges associés aux Forces armées et donc sensibles à leurs préoccupations fondamentales fassent respecter efficacement et rapidement la discipline militaire. En même temps, il soutient que, dans les limites inhérentes d'une institution qui a le pouvoir de discipliner ses propres membres, l'organisme investi de pouvoirs décisionnels ou disciplinaires doit satisfaire aux normes d'indépendance et d'impartialité que fixe l'al. 11d). À son avis, la cour martiale générale échoue ce test.

Je conviens que ce point soulève deux questions distinctes. En premier lieu, est-ce qu'un système parallèle de tribunaux militaires, composés de militaires qui sont conscients des préoccupations des Forces armées et qui y sont sensibles, est *intrinsèquement* incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*? En deuxième lieu, si la réponse à la première question est négative, la cour martiale générale, telle que constituée à l'époque du procès sous le régime de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application, est-elle un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d)? L'appellant conçoit, à juste titre, selon moi, que la réponse à la première question est négative. [aux pages 287 et 288.] [Non souligné dans l'original.]

<sup>6</sup> (1987), 4 C.M.A.R. 433.

<sup>7</sup> [1989] 2 S.C.R. 1073.

<sup>8</sup> (1992), 70 C.C.C.(3d) 1.

<sup>6</sup> (1987), 4 C.A.C.M. 433.

<sup>7</sup> [1989] 2 R.C.S. 1073.

<sup>8</sup> [1992] 1 R.C.S. 259; (1992), 70 C.C.C. (3d) 1.

And again:

In my opinion the Charter was not intended to undermine the existence of self-disciplinary organizations such as, for example, the Canadian Armed Forces and the R.C.M.P. The existence of a parallel system of military law and tribunals, for the purpose of enforcing discipline in the military, is deeply entrenched in our history and is supported by the compelling principles discussed above. [At page 27.]

Since the appellant concedes that there was ample military nexus in the present case (indeed he could scarcely do otherwise) this submission must fail.

As far as concerns the guaranteed presumption of innocence enshrined in paragraph 11(d), the jurisprudence of this Court is clear that such guarantee is not infringed by the absence of a requirement of unanimity to support a court martial's findings.

There can, of course, be no question that the presumption of innocence applies to courts martial and that the members of the court, when they reach their conclusion, are required to ask themselves if they are satisfied beyond reasonable doubt as to the guilt of the accused.

Whatever may be the constitutional position with regard to the requirement of unanimity in a jury verdict, and whether or not such requirement is *Charter* protected, it is clear that a court martial is not a jury and that its role and function are different from those of a jury. In *R. v. Lunn*,<sup>9</sup> Mahoney C.J., for the Court, said:

A Disciplinary Court Martial does share characteristics of a civilian criminal jury trial; the members are the sole judges of fact and must accept the instruction of the judge advocate as to the law. It is also very different in many respects. For example, as will appear, the members may take judicial notice of matters peculiar to their community to a generous extent not permitted jurors; they find guilt or acquit by majority vote and they, not the judge advocate, pass sentence. When the right to trial by jury is spoken of, it is trite to say that one is entitled to be found guilty by a jury of one's peers. Members of courts martial are historically commissioned officers; those they try are not necessarily their peers. It would be sterile to attempt an exhaustive catalogue of the similarities and dissimilarities. Courts martial are *sui generis*. Trial by Disciplinary Court Martial is not, in the military context, intended to be, nor is it,

<sup>9</sup> (1993), 5 C.M.A.R. 157.

Puis :

À mon avis, la *Charte* ne vise pas à miner l'existence d'organismes qui veillent eux-mêmes au maintien d'une discipline, comme, par exemple, les Forces armées canadiennes et la Gendarmerie royale du Canada. L'existence d'un système parallèle de droit et de tribunaux militaires, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément enracinée dans notre histoire et elle est justifiée par les principes impérieux analysés plus haut. [à la page 295.]

Étant donné que l'appelant admet qu'il y a amplement caractère militaire en l'espèce (en fait, il pourrait difficilement dire autrement), cette partie de l'argument doit être rejetée.

En ce qui concerne la présomption d'innocence garantie par l'alinéa 11d), la jurisprudence de la présente Cour établit clairement que cette garantie n'est pas violée par l'absence d'obligation pour une cour martiale de rendre sa décision à l'unanimité.

Il ne peut, bien sûr, y avoir aucun doute que la présomption d'innocence s'applique aux cours martiales et que les membres de ces cours, lorsqu'ils rendent leur verdict, doivent se demander s'ils sont convaincus au-delà du doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

Quelle que soit la position constitutionnelle adoptée en ce qui concerne la règle de l'unanimité du verdict rendu par un jury, et que cette règle soit ou non protégée par la *Charte*, il est clair qu'une cour martiale n'est pas un jury et que sa fonction et son rôle sont différents de ceux d'un jury. Dans l'arrêt *R. c. Lunn*<sup>9</sup>, le juge en chef Mahoney, au nom de la Cour, s'est exprimé de la façon suivante :

Une cour martiale disciplinaire et un procès criminel civil devant un jury ont certaines caractéristiques en commun; les membres de la cour sont seuls juges des faits et doivent suivre les directives du juge-avocat en ce qui a trait au droit. Par contre, ce sont deux procédures bien différentes à certains égards. Par exemple, comme le démontrent les explications données plus loin, les membres de la cour peuvent prendre judiciairement connaissance, dans une large mesure, de questions propres à leur milieu, ce qui n'est pas permis aux jurés, ils rendent un verdict d'acquiescement ou de culpabilité à la majorité et ce sont eux, plutôt que le juge-avocat, qui prononcent la sentence. Dans le cas d'un procès devant jury, il va sans dire que l'accusé a le droit d'être déclaré coupable par ses pairs. Or, les membres d'une cour martiale sont, historiquement, des officiers commissionnés; ils ne sont pas nécessairement les pairs

<sup>9</sup> (1993), 5 C.A.C.M. 157.

tantamount to trial by jury in the civilian context. [At page 164]

(Although the Chief Justice's remarks were specifically directed to disciplinary courts martial, there can be no valid distinction made for these purposes between disciplinary and general courts martial. Indeed, it would appear that historically the institution of the court martial, quite unlike the institution of the jury, has always spoken by a majority voice.)

In *R. v. Généreux, supra*, the question of the *Charter* adequacy of a majority verdict in courts martial was raised by the appellant in this Court<sup>10</sup> and was unanimously dismissed from the bench. The reasons for judgment of Décary J.A., dissenting on other grounds, make this plain:

The appellant put forward six grounds of appeal at the hearing: the independence of the tribunal and the rules of fundamental justice, equality before the law, the illegality of a search made at his residence, the denial of a stay, admission of expert testimony and the constitutionality of a verdict by majority vote.

The Court dismissed the last five grounds from the bench and invited counsel for the respondent to plead only on the first ground. The last three grounds were manifestly without foundation. [At page 55.] [Emphasis added.]

When the case reached the Supreme Court of Canada, the matter of majority verdicts was the subject of specific and not unfavourable comment:

A General Court Martial may consist of not less than five and not more than nine members (s. 167 of the Act and s. 111.18, Q.R. & O.). The members of the court martial are effectively the triers of fact. They determine, by majority vote, the guilt or innocence of the accused. The members also, unlike a jury in an ordinary court of law, determine the sentence in the event that the accused is found guilty (s. 192 of the Act). [At pages 29-30.]

de la personne qu'ils jugent. Il serait vain d'essayer de tracer un tableau complet des similitudes et des différences entre ces procédures. Les cours martiales sont des tribunaux *sui generis*. La procédure devant la cour martiale disciplinaire n'a pas été conçue pour équivaloir et n'équivaut effectivement pas, dans le contexte militaire, à un procès devant jury dans le contexte civil. [à la page 164]

(Bien que les remarques du juge en chef concernaient tout particulièrement les cours martiales disciplinaires, il ne peut être fait, quant à la question soulevée, aucune distinction valide entre les cours martiales disciplinaires et les cours martiales générales. En fait, il semble bien que, historiquement, l'institution de la cour martiale, bien au contraire de l'institution du jury, s'est toujours prononcée à la majorité des voix.)

Dans l'arrêt *R. c. Généreux*, précité, la question de savoir si le verdict des cours martiales rendu à la majorité des voix se conformait à la *Charte* a été soulevée par l'appelant devant la présente Cour<sup>10</sup>, et a été rejetée à l'unanimité séance tenante. Les motifs du jugement du juge Décary, dissident sur d'autres points, sont très clairs :

À l'audition, l'appelant a invoqué six motifs d'appel : l'indépendance du tribunal et les principes de justice fondamentale, l'égalité devant la loi, l'illégalité d'une perquisition effectuée à son domicile, le refus d'un ajournement, l'acceptation en preuve du témoignage d'un expert et la constitutionnalité d'un verdict déterminé à la majorité.

Nous avons, séance tenante, rejeté les cinq derniers motifs et invité le procureur de l'intimée à ne s'adresser qu'au premier motif. Les trois derniers motifs étaient manifestement mal fondés. [à la page 55.] [Non souligné dans l'original.]

L'affaire a été par la suite entendue par la Cour suprême du Canada, et la question du verdict rendu à majorité des voix a fait l'objet de commentaires particuliers qui n'étaient pas défavorables :

La cour martiale générale se compose d'au moins cinq et d'au plus neuf membres (art. 167 de la Loi et art. 111.18 O.R.F.C.). Les membres de la cour martiale sont effectivement les juges des faits. Ils déterminent, à la majorité, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Contrairement au jury d'une cour de justice ordinaire, les membres prononcent aussi la sentence dans le cas où l'accusé est déclaré coupable (art. 192 de la Loi). [à la page 299.]

<sup>10</sup> (1990), 5 C.M.A.R. 38.

<sup>10</sup> (1990), 5 C.A.C.M. 38.

More recently still, the matter came up again in this Court in *R. v. Deneault*,<sup>11</sup> where Létourneau J.A., speaking for the Court, said:

Indeed, jury trials are expressly excluded in military law by paragraph 11(f) of the *Charter*. Undoubtedly, this explains why an allegation that a decision of the General Court Martial is unconstitutional when taken by majority decision, was summarily dismissed by this Court in *R. v. Généreux* as being manifestly without foundation. Section 192 of the *Act* expressly provides that the finding and sentence of a court martial shall be determined by a vote of the majority of the Court members. Consequently, that provision ensures that the unanimity rule in jury trials does not apply. Similarly, decisions before British military courts have, from early times, been taken according to a plurality of votes with a statutory quorum in the case of capital crimes. The majority rule also applies before the military courts of the United States, Australia and New Zealand to name but a few jurisdictions. Therefore, there is no requirement for the sequestration of the members of the General Court Martial and no need for a unanimous verdict as in jury trials. [At page 193]

I conclude accordingly that the appellant's *Charter* arguments cannot be sustained.

REASONABLE APPREHENSION OF BIAS ON THE PART OF THE COMMANDING OFFICER

This ground of appeal is based on the admitted fact that the appellant's commanding officer, who signed the charge sheet and referred the matter to higher authority, took legal advice from officers in the Judge Advocate General's department who also, then and later, had responsibility for prosecuting the appellant and some of the other persons accused in this matter. The appellant argues that the commanding officer's function in signing the charge sheet is quasi-judicial in nature and that he is accordingly required both to be and appear to be unbiased.

In my view this submission is entirely without merit. It misapprehends the nature of the role of a commanding officer who signs a charge sheet and then refers the matter to higher authority. Contrary to the situation where the commanding officer decides himself to dispose of a matter summarily, there is nothing judicial or quasi-judicial in the commanding

<sup>11</sup> (1994), 5 C.M.A.R. 182.

Encore plus récemment, la question a à nouveau été soulevée devant la présente Cour dans l'affaire *R. c. Deneault*.<sup>11</sup> Le juge Létourneau, au nom de la Cour, s'est exprimé de la façon suivante :

En fait, les procès avec jury sont expressément exclus en matière de justice militaire par l'alinéa 11f) de la *Charte*. C'est sûrement ce qui explique pourquoi la présente Cour dans l'affaire *R. c. Généreux* a rejeté sommairement, au motif qu'il était visiblement sans fondement, l'argument voulant que la décision d'une cour martiale générale soit inconstitutionnelle lorsqu'elle est prise à la majorité. L'article 192 de la *Loi* prévoit expressément que les décisions de la cour martiale pour le verdict et la sentence se prennent à la majorité. Cette disposition fait donc en sorte que la règle de l'unanimité, qui prévalait dans un procès avec jury, ne s'applique pas. De même, les décisions devant les tribunaux militaires britanniques ont de tout temps été prises à la majorité relative avec un quorum prescrit par la loi dans le cas de crimes punissables de la peine de mort. La règle de la majorité s'applique aussi devant les tribunaux militaires des États-Unis, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, pour ne nommer que quelques ressorts. Par voie de conséquence, il n'y a aucune exigence concernant la séquestration des membres de la Cour martiale générale, et il n'est pas besoin d'avoir un verdict unanime comme dans les procès avec jury. [à la page 193]

Je conclus donc que l'argument de l'appellant s'appuyant sur la *Charte* ne peut pas être retenu.

L'ALLÉGATION D'UNE APPRÉHENSION RAISONNABLE QUE LE COMMANDANT AIT ÉTÉ PARTIAL

Ce moyen d'appel s'appuie sur le fait admis que le commandant de l'appellant, qui a signé l'acte d'accusation et l'a transmis à l'autorité supérieure, a reçu des conseils des officiers du bureau du juge-avocat général qui, par ailleurs, avaient alors, et ont eu par la suite, la responsabilité de poursuivre l'appellant et d'autres personnes accusées dans cette affaire. L'appellant avance que le commandant, en signant l'acte d'accusation, remplit une fonction d'une nature quasi judiciaire, et que, par conséquent, il doit être et sembler être impartial.

À mon avis cette allégation n'a aucun fondement. L'appellant se méprend sur la nature et le rôle du commandant qui signe un acte d'accusation et le transmet à l'autorité supérieure. Contrairement à la situation où le commandant décide de juger lui-même sommairement l'accusé, sa décision, en l'espèce, n'a rien de judiciaire ou de quasi judiciaire. Sa fonction,

<sup>11</sup> (1994), 5 C.A.C.M. 182.

officer's decision here. His function, like that of the convening authority to whom he refers the case, is wholly administrative in nature and there is no requirement that he act judicially. In *R. v. Johnstone*,<sup>12</sup> Brooke J.A., for the Court, after examining the whole scheme of the legislation, said:

The legislative scheme being considered here is analogous to the preferring of an indictment in a criminal trial. [At page 177]

and again:

Having regard to the scheme of the legislation, steps taken by a convening authority to ensure that an accused is tried as directed, such as issuing a convening order, revoking or varying it, and issuing a fresh one are administrative in nature. [At page 179]

Likewise, in *R. v. Lunn, supra*, Mahoney C.J. said:

Persons making decisions relative to the laying and prosecution of charges must act according to the law but the law does not require their independence or impartiality. What is required of them is that they not act in a manner that may be seen, by a reasonable and informed person, as drawing the administration of justice into disrepute.

In my opinion, the existence and exercise of discretion by a convening authority to order a particular mode of court martial do not engage rights of the accused protected under sections 7, 11(d) or 15(1) of the *Charter*. Should, in a particular case, it be established that the discretion has been exercised for an improper purpose or motive, no doubt a remedy under section 24 can be devised. [At page 165]

The appellant places reliance on *Nye v. The Queen*.<sup>13</sup> That was a very different case and did not deal with any appearance of partiality on the part of the commanding officer; the issue in *Nye* was the interference in the commanding officer's exercise of discretion by a higher ranking officer who had come from headquarters for the purpose. It gives no comfort to the appellant.

<sup>12</sup> (1993), 5 C.M.A.R. 171.

<sup>13</sup> (1972), 3 C.M.A.R. 85.

comme celle de l'autorité convocatrice à qui il transmet l'affaire, est entièrement de nature administrative, et il n'est pas nécessaire de respecter les règles de procédure judiciaire. Dans l'arrêt *R. c. Johnstone*<sup>12</sup>, le juge Brooke, après avoir examiné l'ensemble du droit applicable, s'est exprimé, au nom de la Cour, de la façon suivante :

Le régime légal examiné dans la présente affaire est analogue à celui de la présentation d'un acte d'accusation dans un procès criminel. [à la page 177]

puis :

Compte tenu du régime légal, les mesures prises par l'autorité convocatrice pour s'assurer que l'accusé est jugé comme il se doit, c'est-à-dire l'ordre de convocation, la révocation ou la modification de cet ordre et la substitution d'un nouvel ordre, sont des mesures de nature administrative. [à la page 179]

En outre, dans l'arrêt *R. c. Lunn*, précité, le juge en chef Mahoney a affirmé :

Les personnes qui décident de porter des accusations et d'engager des poursuites doivent agir en conformité avec la loi, mais elles ne sont pas tenues en droit à l'indépendance et à l'impartialité. Ce qu'on attend d'elles, c'est qu'elles agissent d'une manière que ne soit pas susceptible de discréditer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable et bien informée.

À mon avis, l'existence et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité convocatrice de choisir une forme particulière de cour martiale n'ont aucune incidence sur les droits garantis à l'accusé par l'article 7, l'alinéa 11d) et le paragraphe 15(1) de la *Charte*. Si, dans un cas particulier, il était établi que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à des fins ou pour des motifs irréguliers, il serait certainement possible d'accorder réparation à l'accusé en vertu de l'article 24. [à la page 165]

L'appellant invoque l'arrêt *Nye v. The Queen*.<sup>13</sup> Il s'agissait d'une toute autre affaire, qui ne concernait aucunement une apparence de partialité de la part du commandant, mais plutôt l'interférence dans l'exercice des fonctions du commandant d'un officier de grade supérieur qui s'était déplacé du quartier général à cette fin. Cet arrêt n'est d'aucun secours à l'appellant.

<sup>12</sup> (1993), 5 C.A.C.M. 171.

<sup>13</sup> (1972), 3 C.A.C.M. 85.

THE JUDGE ADVOCATE'S FAILURE TO ADMIT  
THE ALLEGED HEARSAY STATEMENTS  
MADE BY MATCHEE TO THE WITNESS  
BROCKLEBANK

This matter arose during the examination-in-chief of a Crown witness, Private Brocklebank. Brocklebank was a member of the same section as Matchee and the accused and was also himself facing charges arising out of the incident. Brocklebank testified to having been present during the session while Matchee and the accused were photographed with the prisoner. The following series of question and answers then took place:

Q. So Private Brown kitted up, got his webbing on, what did he do then? A. He left the bunker, sir.

Q. Do you know where he went? A. No, sir.

Q. OK. What happened next? A. At that time, I had asked Master Corporal Matchee, anybody had seen this, and he said laughing, he said, "Yes, I couldn't believe Warrant Murphy had hit him, Warrant Officer Murphy had hit him, and Captain Sox told me to give him a beating, just don't kill him."

(Appeal Book, Volume 6, page 1173.)

The Judge Advocate immediately stopped the witness and asked the members of the Court to retire. He then asked for submissions from counsel, both of whom had clearly been taken by surprise and said as much. Counsel for the accused submitted that the evidence was admissible as showing Matchee's state of mind. The Judge Advocate ruled it inadmissible in the following terms:

JUDGE ADVOCATE: Mr. McCann, it's the court's ruling that those statements made by Private Brocklebank concerning what Captain Sox said are inadmissible, and I will direct the court to disregard that. [Emphasis added.]

(Appeal Book, Volume 6, page 1176.)

The appellant's submission is that the Judge Advocate should not have rejected the proffered evidence

LE DÉFAUT DU JUGE-AVOCAT DE RECEVOIR  
EN PREUVE LE TÉMOIGNAGE D'OUI-DIRE  
D'UNE DÉCLARATION FAITE PAR LE CAPO-  
RAL-CHEF MATCHEE AU TÉMOIN BROCKLE-  
BANK

Cette question a été soulevée au cours de l'interrogatoire par la Couronne d'un témoin qu'elle avait fait citer, le soldat Brocklebank. Ce dernier était membre de la même section que le caporal-chef Matchee et l'accusé, et lui-même faisait face à des inculpations résultant de l'incident. Le soldat Brocklebank a affirmé dans son témoignage qu'il était présent lorsque le caporal-chef Matchee et l'accusé ont été photographiés avec le prisonnier. L'échange de questions et de réponses suivant alors eu lieu :

[TRADUCTION]

Q. Alors le soldat Brown a ramassé ses affaires, a mis son équipement; qu'est-ce qu'il a fait ensuite? R. Il a quitté le bunker, Monsieur.

Q. Savez-vous où il est allé? R. Non, Monsieur.

Q. Bon. Qu'est-ce qui est arrivé ensuite? R. À ce moment-là, j'ai demandé au caporal-chef Matchee si quelqu'un avait vu ce qui était arrivé, et il m'a dit en riant, il m'a dit: «Oui, je ne pouvais pas croire que l'adjudant Murphy l'avait frappé, l'adjudant Murphy l'avait frappé, et le capitaine Sox m'a dit de lui donner une volée, mais ne le tue pas».

[Dossier d'appel, volume 6, à la page 1173.]

Le juge-avocat a immédiatement interrompu le témoin et a demandé aux membres de la cour de se retirer. Il a alors demandé aux avocats de lui présenter des observations, lesquels avaient, de leur propre aveu, nettement été pris par surprise. L'avocat de l'accusé a soutenu que la preuve était admissible étant donné qu'elle montrait l'état d'esprit du caporal-chef Matchee. Le juge-avocat a statué dans les termes suivants que la preuve n'était pas admissible :

[TRADUCTION]

LE JUGE-AVOCAT : M. McCann, la cour décide que les déclarations faites par le soldat Brocklebank au sujet de ce que le capitaine Sox a dit ne sont pas admissibles, et je dirai à la cour de ne pas en tenir compte. [Non souligné dans l'original.]

[Dossier d'appel, volume 6, à la page 1176.]

L'appelant soutient que le juge-avocat n'aurait pas dû rejeter la preuve présentée sans avoir d'abord

without at the least having conducted a *voir dire* in order to determine whether the statements met the requirements of necessity and reliability established by the recent Supreme Court decisions in *R. v. Smith*<sup>14</sup> and *R. v. Khan*.<sup>15</sup> He also submits that the evidence was independently admissible as showing Matchee's intent.

In my view, this ground of appeal is also without merit. In the first place, the alleged statement by Captain Sox to Matchee was not only hearsay but double hearsay, and while the declarant Matchee was admittedly unavailable, the original declarant, Captain Sox, was available and did testify as did also Warrant Officer Murphy. Manifestly, even if a *voir dire* had been held the requirement of necessity could not have been met.

It should also be noted that the Judge Advocate's ruling was expressly limited to evidence of "what Captain Sox said." Appellant's counsel did not return to the question in any other form during his cross-examination of Brocklebank.

Furthermore, even if it were assumed for the sake of argument that Matchee's declaration to Brocklebank was admissible as evidence of his intent in acting as he did (a question that we need not decide), it is my view that in any event the exclusion of such evidence by the Judge Advocate was wholly without consequence and could not affect the result. In fact, it is quite clear from the record that, at a later stage in the trial, a very similar declaration by Matchee to the witness Giasson to the effect that higher authorities were aware of what was going on, was admitted into evidence. This second statement contained all the substance of the earlier statement to Brocklebank with respect to Matchee's alleged belief, but did not contain the objectionable and inadmissible statement allegedly made by Captain Sox to Matchee and passed on by the latter to Brocklebank. The nature of the evidence so admitted and the distinction between it and the evidence of Brocklebank which was rejected appears clearly from the ruling of the Judge Advocate on the second occasion;

mené un voir-dire afin de déterminer si les déclarations satisfaisaient aux critères de nécessité et de fiabilité établis récemment par la Cour suprême dans les arrêts *R. c. Smith*<sup>14</sup> et *R. c. Khan*<sup>15</sup>. Il fait aussi valoir que la preuve était par ailleurs admissible pour le motif qu'elle montre l'intention du caporal-chef Matchee.

À mon avis, ce moyen d'appel n'a aucun fondement non plus. D'abord, les propos que le capitaine Sox aurait adressés au caporal-chef Matchee étaient non seulement un oui-dire, mais un oui-dire double, et, bien qu'il ait été admis que le déclarant Matchee ne pouvait pas témoigner, le déclarant originaire, le capitaine Sox, pouvait témoigner, et a en fait témoigné, comme d'ailleurs l'adjudant Murphy. Manifestement, même si un voir-dire avait été mené, on n'aurait pas pu satisfaire au critère de nécessité.

Il faut aussi remarquer que la décision du juge-avocat était expressément limitée au témoignage concernant [TRADUCTION] «ce que le capitaine Sox a dit». L'avocat de l'appelant n'est pas revenu à cette question d'une autre façon au cours de son contre-interrogatoire du soldat Brocklebank.

De plus, même si nous supposons, pour les fins de l'argumentation, que la déclaration du caporal-chef Matchee au soldat Brocklebank était admissible comme preuve de son intention d'agir comme il l'a fait (une question que nous n'avons pas à trancher), je suis d'avis que, de toute façon, l'exclusion de cet élément de preuve par le juge-avocat était sans conséquence aucune et ne pouvait pas modifier l'issue du procès. En fait, il ressort clairement de la lecture du dossier que, plus tard au cours du procès, une déclaration presque identique qu'aurait faite le caporal-chef Matchee au témoin Giasson, déclaration selon laquelle les autorités supérieures étaient au courant de ce qui se passait, a été admise en preuve. Cette deuxième déclaration avait tout le contenu de la première qui avait été faite au soldat Brocklebank relativement à ce que le caporal-chef Matchee croyait, sauf l'affirmation inacceptable et inadmissible qu'aurait faite le capitaine Sox au caporal-chef Matchee, et que ce dernier aurait rapportée au soldat Brocklebank. La nature du témoignage ainsi admis, et la distinction

<sup>14</sup> (1992), 75 C.C.C.(3d) 257.

<sup>15</sup> (1990) 59 C.C.C. (3d) 92.

<sup>14</sup> (1992), 75 C.C.C. (3d) 257; [1992] 2 R.C.S. 915.

<sup>15</sup> (1990), 59 C.C.C (3d) 92; [1990] 2 R.C.S. 531.

faite entre ce témoignage et celui rendu par le soldat Brocklebank, et qui a été rejeté, ressortent clairement de la décision rendue par le juge-avocat sur le deuxième témoignage :

<sup>a</sup> [TRADUCTION]

JUDGE ADVOCATE: The defence seeks to introduce, through the witness Giasson, statements to be attributed to Master Corporal Matchee which, it has been admitted before this court, is unable to testify for health reasons.

<sup>b</sup> LE JUGE-AVOCAT : La défense veut déposer, au moyen du témoin Giasson, des déclarations attribuées au caporal-chef Matchee qui, cela a été admis devant la cour, est inapte à témoigner pour des raisons de santé.

The facts on this testimony are that sometime around 2320 hours on the 16th of March, 1993, Master Corporal Giasson was in the presence of the deceased and Master Corporal Matchee and one other, at which point in time he heard some statements made by Master Corporal Matchee as related to the court by the witness and as referred to by counsel for the defence, that is to say, in response to Giasson's questions Matchee replied that "his parents or himself would do thirty days in jail and the local police would probably shoot him in the back of the head; that in Canada we are not allowed to do this but here we are; the NCOs are aware of it, the officers are aware of it, several others, six to eight people, are ready to give him the same treatment, even the NCO gave him the boot".

<sup>c</sup> Les faits rapportés par ce témoignage sont que vers 23 h 20 le 16 mars 1993, le caporal-chef Giasson était en présence du défunt et du caporal-chef Matchee et d'une autre personne, et qu'il a alors entendu certaines déclarations faites par le caporal-chef Matchee, celles rapportées à la cour par le témoin et auxquelles l'avocat de la défense s'est référé, c'est-à-dire que, en réponse aux questions de Giasson, Matchee aurait répondu que «ses parents ou lui-même feraient trente jours de prison et la police locale lui tirerait probablement dans la nuque; que, au Canada, nous n'avons pas la permission de faire cela, mais que, ici, nous l'avons; les sous-officiers sont au courant, les officiers sont au courant, plusieurs autres, de six à huit personnes sont prêtes à lui donner le même traitement, même l'adjudant lui a donné un coup de pied».

The defence argues that this extra-judicial statement is admissible because it forms part of the evidence that the prosecution may be relying on in respect of its theory that Private Brown was an aider and abetter to the commission of the offence of murder by Master Corporal Matchee, and in order for them to prove that Private Brown was an aider and abetter in that regard, they would have to, on the strength of the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Jackson & Davey*, have to prove that Master Corporal Matchee himself committed the offence of second degree murder. In order to do so the state of mind of Master Corporal Matchee would have to be proven and the statements related by Master Corporal Giasson concerning Master Corporal Matchee would be relevant to that intention.

<sup>e</sup> La défense fait valoir que cette déclaration extrajudiciaire est admissible parce qu'elle fait partie de la preuve sur laquelle la poursuite pourrait s'appuyer relativement à sa thèse que le soldat Brown était un complice du meurtre commis par le caporal-chef Matchee, et afin que la poursuite puisse prouver que le soldat Brown était un complice à cet égard, elle devrait, suivant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Jackson & Davey*, prouver que le caporal-chef Matchee lui-même a commis un meurtre au deuxième degré. Pour ce faire, l'état d'esprit du caporal-chef Matchee devrait faire l'objet d'une preuve, et les déclarations rapportées par le caporal-chef Giasson au sujet du caporal-chef Matchee pourraient s'inscrire dans cette intention.

The prosecution argues that this is clearly hearsay. It is even to be considered as double hearsay and not part of the *res gestae* and therefore should be excluded as evidence before this court. He relies upon a previous decision taken by this Judge Advocate in these proceedings and he refers to the testimony of Private Brocklebank. Without revisiting that decision in any great detail, that scenario was significantly different than the one that is being presented before this court by this witness. In that scenario it was sought by the defence to report statements made by Matchee, through Private Brocklebank, that were to be attributed not to Matchee but to Warrant Officer Murphy and Captain Sox. In other words, Brocklebank would be testifying that Matchee said Murphy said this and Sox said that, and that was viewed as being at best double hearsay by this court and it was ruled to be inadmissible.

<sup>h</sup> La poursuite allègue qu'il s'agit clairement de ouï-dire. Il faudrait même considérer la situation comme un ouï-dire double ne faisant pas partie des *res gestae*, et par conséquent cela ne devrait pas être admis en preuve devant la présente cour. Il renvoie à une décision rendue par le présent juge-avocat dans la présente instance et au témoignage rendu par le soldat Brocklebank. Sans réexaminer cette décision en profondeur, la situation était, de façon significative, différente de celle qui est actuellement présentée à la cour par rapport au présent témoin. Dans la première situation, la défense cherchait à déposer des déclarations faites par Matchee, au moyen du soldat Brocklebank, déclarations qui étaient attribuées non pas à Matchee, mais à l'adjudant Murphy et au capitaine Sox. En d'autres termes, le soldat Brocklebank se trouvait à témoigner que Matchee a dit que Murphy a dit ceci et que Sox a dit cela, et la présente cour a jugé que cela était au mieux un ouï-dire double, et a décidé que cela était inadmissible.

Here, on the other hand, Matchee is not being alleged to report words spoken by other persons; these are words spoken by himself. Matchee is unable to testify. What Matchee's intent was is relevant to the charges before this court, both from the prosecution's point view and the defence's point of view, and therefore the court is going to rule it as being relevant admissible evidence pursuant to rule 27(d) of the Military Rules of Evidence.

(Appeal Book, Volume 7, pages 1341 to 1343.)

Finally, I would note that since, at the end of the day, the appellant was acquitted of the charge of murder and convicted only of manslaughter, the question of Matchee's intent is for all practical purposes irrelevant.

Accordingly, in the circumstances, and assuming without deciding that it was error for the Judge Advocate to reject all or part of Brocklebank's evidence as to Matchee's alleged statement, I would apply the provisions of section 241 of the *National Defence Act* and hold that there has been no substantial miscarriage of justice.

#### THE SENTENCE APPEAL

The Crown seeks leave to appeal the sentence. The appellant opposes that application on the ground that leave should only be granted where it can be demonstrated that the Judge Advocate has committed an error in his instructions to the Court on the question of sentence. I do not agree. The provisions of the *National Defence Act* subjecting a sentence appeal to a prior requirement of leave contain no such restriction as to the criteria which should guide the Court in deciding whether to grant leave. In this respect, the Court is in the identical situation as a civilian appellate court hearing sentence appeals under the *Criminal Code*. Sentences pronounced by courts martial may require the intervention of this Court for important reasons of public policy quite unrelated to the legality of the instructions given to the court martial by the judge advocate. Indeed, this Court only

Dans le cas présent, par contre, on n'affirme pas que le caporal-chef Matchee rapporte les paroles d'autres personnes; ce sont ses propres paroles que l'on rapporte. Le caporal-chef Matchee est dans l'incapacité de témoigner. Il est pertinent, tant au point de vue de la poursuite que de celui de la défense, de savoir ce qu'était l'intention du caporal-chef Matchee, étant donné les chefs d'accusation déposés devant la cour, et, par conséquent, la cour juge donc que le témoignage est pertinent et admissible en preuve conformément à la règle 27d) des *Règles militaires de la preuve*.

[Dossier d'appel, volume 7, aux pages 1341 à 1343.]

Finalement, je ferais remarquer que, puisque, à l'issue du procès, l'appelant a été acquitté de l'accusation de meurtre et déclaré coupable seulement d'homicide involontaire coupable, la question de l'intention du caporal-chef Matchee, à toute fin pratique, ne se pose pas.

Par conséquent, dans les circonstances, en supposant, mais sans statuer sur ce point, que le rejet en tout ou en partie du témoignage du soldat Brocklebank concernant la déclaration attribuée au caporal-chef Matchee constituait une erreur de la part du juge-avocat, j'appliquerais les dispositions de l'article 241 de la *Loi sur la défense nationale* et déciderais qu'il n'y a eu aucune erreur judiciaire grave.

#### L'APPEL DE LA SENTENCE

La Couronne demande l'autorisation d'en appeler de la sentence. L'appelant s'oppose à cette demande pour le motif que cette autorisation ne devrait être accordée que lorsqu'il peut être démontré que le juge-avocat a commis une erreur dans les instructions qu'il a données à la cour sur la question de la sentence. Je ne suis pas d'accord. Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* qui assujettissent l'appel d'une sentence à l'obtention d'une autorisation préalable ne contiennent aucune restriction de cette nature quant aux critères qui doivent guider la Cour dans sa décision d'accorder ou non cette autorisation. À cet égard, la Cour est exactement dans la même situation que la cour d'appel civile qui, en vertu du *Code criminel*, entend les appels interjetés de sentences. Les sentences prononcées par les cours martiales peuvent nécessiter l'intervention de la présente Cour pour

recently decided a sentence appeal which exemplifies such reasons of public policy.<sup>16</sup> It should also be remembered that sentence appeals are a two-way street and that if we were to accept the appellant's submissions on this point we might render illusory many sentence appeals by accused persons. Given the importance of this case both nationally and internationally I think it is in the public interest that the sentence should be reviewed in this Court and I would accordingly grant leave.

The Crown submitted that the sentence of five years imposed by the General Court Martial is too low given the objective gravity of both the offence of manslaughter and the offence of torture. In particular the latter offence, containing as it does in its definition a substantial element of breach of public trust and of inhumanity which has given rise to international condemnation,<sup>17</sup> should attract a very substantial sentence.

I agree that at first blush the sentence of five years appears inordinately low. Certainly if the appellant's participation in the beating of the prisoner had been anything approaching what the evidence attributed to Matchee I would feel it incumbent on this Court to intervene. The difficulty I have, however, flows from the very nature of the court martial process and the particular and very complex fact pattern of the present case.

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 which they impose. Clearly, if an error is made by the judge advocate in his instructions to the court martial,

<sup>16</sup> See *R. v. Laflamme* (1993), 5 C.M.A.R. 145.

<sup>17</sup> See *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, Can. T.S. 1987, No. 36.

d'importantes raisons d'ordre public tout à fait étrangères à la légalité des instructions données à la cour martiale par le juge-avocat. En fait, la présente Cour a tout récemment rendu un arrêt sur un appel d'une sentence qui donne un exemple de ces raisons d'ordre public<sup>16</sup>. Il faut aussi se souvenir que les appels de sentence sont une rue à double sens, et que si nous devons accepter les observations de l'appelant sur ce point, nous pourrions rendre illusoire de nombreux appels de sentence interjetés par les accusés. Étant donné l'importance de l'espèce, tant sur le plan national que sur le plan international, je crois qu'il est dans l'intérêt public que la sentence soit examinée par la présente Cour, et, par conséquent, j'accorderais l'autorisation.

La Couronne avance que la sentence de cinq ans imposée par la Cour martiale générale est trop légère compte tenu de la gravité objective tant de l'infraction d'homicide involontaire coupable que de l'infraction de torture. De façon plus particulière, la deuxième infraction, qui, par définition, comprend un élément important d'abus de la confiance du public et d'inhumanité, a été condamnée par la collectivité internationale<sup>17</sup> et devrait mériter une sentence très sévère.

Je suis d'accord que, à première vue, la sentence de cinq ans semble excessivement légère. Si la participation de l'appelant aux coups qui ont été portés au prisonnier avait le moindrement approché ce que la preuve a attribué au caporal-chef Matchee, j'aurais certainement le sentiment qu'il incombe à la présente Cour d'intervenir. Mais les réticences que j'éprouve proviennent de la nature même du processus de jugement par cour martiale, et de la particularité et de la complexité des faits en l'espèce.

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 ne peuvent pas en rendre, pour justifier la sentence qu'ils imposent. Évidemment, une erreur commise

<sup>16</sup> Voir *R. c. Laflamme* (1993), 5 C.A.C.M. 145.

<sup>17</sup> Voir *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Recueil des traités du Canada, 1987, n° 36.

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, supra*. 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 being a Crown appeal, the question then becomes whether, given the many complexities of the facts of this case, there is at least one view of them which was open to the Court Martial which would justify both the finding of guilt and the sentence imposed. In my opinion there is. If the Court Martial found the accused guilty primarily as a result of his personal actions in hitting the prisoner and kicking him at an early stage of his ordeal and rejected any theory of guilt based on the accused's being an accomplice in Matchee's later terrible actions, the sentences can be supported. Such a view was open to the Court Martial: one of the Crown's alternative theories of guilt for which it advanced evidence and argument was that the blows admittedly struck by the accused contributed to the prisoner's death and caused him intense pain. If that view and that theory of guilt were the only ones accepted by the Court Martial, the sentence imposed would not be inadequate in the light of the many factors weighing in the appellant's favour. There were, of course, many other views which could have been taken of the evidence

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*, précité. 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.

Puisque c'est un appel interjeté par la Couronne, il s'agit donc de déterminer, compte tenu de la grande complexité des faits de l'espèce, s'il y a au moins une façon de considérer les faits que la cour martiale pouvait adopter et qui justifierait tant le verdict de culpabilité que la sentence imposée. À mon avis, il y en a une. Si la cour martiale a conclu à la culpabilité de l'accusé principalement en raison des actes qu'il a posés personnellement, soit d'avoir frappé à coups de poing et à coups de pied le prisonnier au début de son supplice, et qu'elle a rejeté toute thèse de culpabilité fondée sur la complicité de l'accusé quant aux terribles actes qui ont été posés par la suite par le caporal-chef Matchee, la sentence peut être justifiée. Il était loisible à la cour martiale de considérer les faits de cette façon : l'une des thèses subsidiaires de culpabilité alléguées par la Couronne pour laquelle elle a présenté des éléments de preuve et une argumentation faisait valoir que les coups portés par l'accusé, selon les faits reçus en preuve, avaient contribué à la mort du prisonnier et lui avaient causé des douleurs intenses. Si cette façon de considérer les faits et cette thèse

and many other theories upon which the Court Martial could have found the accused guilty on either or both of the charges which he faced. But since we cannot know the mental processes of the members of the Court it is impossible for us to say that they erred in reaching the sentence that they did.

I would dismiss the appeal against sentence.

#### CONCLUSION

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal against conviction, I would grant leave to appeal the severity of sentence and I would dismiss the appeal by the Crown against the severity of sentence.

HART J.A.: I agree.

BROOKE J.A.: I agree.

de culpabilité étaient les seules adoptées par la cour martiale, la sentence imposée ne serait pas inadéquate, compte tenu des nombreux facteurs jouant en faveur de l'appelant. Il y avait, bien sûr, de nombreuses autres façons de considérer les faits qui pouvaient être adoptées et de nombreuses autres thèses à partir desquelles la cour martiale aurait pu déclarer l'accusé coupable sur l'un ou l'autre ou les deux chefs d'accusation qui pesaient contre lui. Mais, étant donné que nous ne pouvons pas connaître le raisonnement suivi par les membres de la cour, il nous est impossible d'affirmer que la conclusion à laquelle ils sont arrivés constitue une erreur.

Je rejetterais l'appel de la sentence.

#### CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais l'appel interjeté à l'encontre de la condamnation, j'accorderais la permission d'en appeler de la sévérité de la sentence et je rejetterais l'appel interjeté par la Couronne à l'encontre de la sévérité de la sentence.

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

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