

Her Majesty the Queen*Appellant,*

v.

Mark Adam Boland(██████████ Sergeant, Canadian Forces)
Respondent.

INDEXED AS: R. v. BOLAND

File No.: CMAC 374

Heard: Ottawa, Ontario, 11 April, 1995

Judgment: Ottawa, Ontario, 16 May, 1995

Present: Strayer C.J., Brooke and MacGuigan, J.J.A.

On appeal from a decision and sentence of a General Court Martial held at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, on 25, 26, 27, 28 and 29 April, 1994.

Severity of Sentence — Somali prisoner in custody of Canadian Forces beaten to death — Respondent pleading guilty to failing to protect prisoner — Sentence of 90 days' imprisonment inadequate — Public policy demands firm deterrence — Sentence increased to one year.

In March, 1993 the Canadian Airborne Regiment deployed to Somalia on a "peacemaking" mission. On March 16, a Canadian patrol apprehended an unarmed 16-year-old Somali male youth in an abandoned U.S. military compound adjacent to the Canadian compound.

The prisoner was delivered to Boland's section. Master Corporal Matchee was on duty and Private Brown was present when the prisoner was put in a bunker. The prisoner was bound by his ankles and wrists and had a baton stuck through his elbows behind his back. Boland arrived shortly before 2100 hours to relieve Matchee. Boland ordered the prisoner's ankles released and arranged for looser wrist binding.

Subsequently, while Boland was present, Matchee retied the prisoner's ankles. The prisoner was then subjected to further abuse in Boland's presence. As Boland went off duty at midnight, he said to Brown and Matchee: "I don't care what you do, just don't kill the guy."

Boland subsequently met Matchee at a beer tent where Matchee told Boland that Private Brown had been hitting the

Sa Majesté La Reine*Appelante,*

a c.

Mark Adam Boland(██████████ Sergent, Forces canadiennes) *Intimé.*

RÉPERTOIRE : R c. BOLAND

N° du greffe : CACM 374

Audience : Ottawa (Ontario), le 11 avril 1995

Jugement : Ottawa (Ontario), le 16 mai 1995

Devant : le juge en chef Strayer, et les juges Brooke et MacGuigan, J.C.A.

En appel d'une décision et d'une sentence prononcée par une cour martiale générale siégeant à la base des Forces canadiennes de Petawawa (Ontario), les 25, 26, 27, 28 et 29 avril 1994.

Sévérité de la sentence — Prisonnier somalien détenu par les Forces canadiennes battu à mort — Plaidoyer de culpabilité de l'intimé d'avoir omis de protéger le prisonnier — Sentence de 90 jours d'emprisonnement insuffisante — L'intérêt public exige une forte dissuasion — Sentence portée à un an.

En mars 1993, le Régiment aéroporté du Canada était déployé en Somalie pour une mission de rétablissement de la paix. Le 16 mars, une patrouille canadienne appréhendait un jeune Somalien de 16 ans non armé sur un camp militaire américain abandonné contigu au camp canadien.

Le prisonnier a été livré à la section de Boland. Le caporal-chef Matchee était de service et le soldat Brown était présent lorsque le prisonnier a été déposé dans une casemate. Le prisonnier a été attaché aux chevilles et aux poignets et on lui a passé un bâton sous les coudes derrière le dos. Boland est arrivé peu avant 21 heures pour relayer Matchee. Boland a ordonné qu'on libère les pieds du prisonnier et a fait desserrer le lien autour de ses poignets.

Par la suite, en présence de Boland, Matchee a attaché de nouveau les pieds du prisonnier, qui a alors subi d'autres sévices. Au moment de rendre le quart à minuit, il a dit à Brown et à Matchee: «Je me fiche de ce que vous faites, mais ne le tuez pas».

Boland a revu Matchee à une tente où il y avait de la bière; Matchee a dit à Boland que le soldat Brown avait frappé et

prisoner and that he, Matchee, intended to burn the soles of the prisoner's feet with a cigarette. Boland reportedly said, "Don't do that, it would leave too many marks. Use a phone book on him." In the same conversation, Boland told Matchee of the instructions from senior officers that it was alright to abuse prisoners, on which Matchee commented "Oh yeah!" Again, in parting, Boland said to Matchee "I don't care what you do, just don't kill him".

Boland then went to bed without returning to the bunker where the prisoner was being held. Matchee returned to the bunker shortly thereafter and proceeded, with the acquiescence or assistance of Brown, to beat the prisoner to death.

Boland was charged with two offences. The first charge was for the torture of the prisoner. The second charge was that of negligently performing a military duty. Boland pleaded guilty to the charge of negligence and not guilty to the charge of torture. The charge of torture was not proceeded with.

At the Court Martial, the plea of guilty to the second charge was entered, and the prosecutor proceeded to read a "statement of circumstances" concerning the offence. Subsequently, the appellant testified on his own behalf and presented a different version of the events surrounding the offence.

Boland was sentenced to 90 days' detention. The Crown appealed the severity of the sentence.

Held: Appeal allowed; sentence increased to one year.

The appeal raised two issues: (1) Should the General Court Martial have taken into account evidence presented by Boland as to the events involved in the offence itself? (2) Is the sentence of 90 days' incarceration adequate?

With respect to the first issue, there are indications in the *Queen's Regulations and Orders* that on a plea of guilty the statement of circumstances is to be conclusive. However, nowhere is it expressly said that the statement of circumstances precludes any other evidence on the circumstances of the offence. Although counsel for the respondent did not object to the statement of circumstances when it was read into the record, the Court was not satisfied that the respondent clearly committed himself to the statement of circumstances as an exhaustive statement of events involved in the offence itself. Neither the *Queen's Regulations and Orders* nor the conduct of the respondent clearly precluded him from the common law rights of an accused to present evidence in mitigation of sentence.

With respect to the sentence, the Court has a clear power and duty to review sentences and substitute its own view for that of the Court Martial. In this case, the Court found that the instructions given by the Judge Advocate were inadequate. In particular, the Judge Advocate failed to assist the panel by identifying the principles which were most relevant to this case or the factors that the panel should consider in determining which principles were relevant. In this case, public policy demands firm

battu le prisonnier et que lui, Matchee, avait l'intention de lui brûler la plante des pieds avec une cigarette. Boland aurait déclaré: «Ne fais pas cela, il y aura trop de marques. Utilise un annuaire téléphonique sur lui». Durant la même conversation, Boland a mentionné à Matchee les directives des officiers supérieurs selon qui il était acceptable de malmenier les prisonniers, ce à quoi Matchee a répondu: «Ah bon!». De nouveau, au moment de prendre congé, Boland a dit à Matchee: «Je me fiche de ce que vous faites, mais ne le tuez pas».

Boland est parti se coucher sans retourner à la casemate où était détenu le prisonnier. Matchee y est retourné peu de temps après et avec le consentement ou l'aide de Brown, a frappé le prisonnier jusqu'à ce que mort s'ensuive.

Boland a été accusé de deux infractions. Le premier chef avait trait à la torture du prisonnier. Le deuxième chef avait trait à la négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire. Boland a plaidé coupable à l'accusation de négligence, et non coupable à l'accusation de torture. L'inculpation pour torture n'a pas été retenue.

Devant la cour martiale, Boland a plaidé coupable quant à la deuxième infraction et le poursuivant a fait consigner un «énoncé des circonstances» concernant l'infraction. Par la suite, l'intimé a témoigné en son propre nom et a présenté une autre version des événements entourant l'infraction.

Boland a été condamné à 90 jours de détention. Le ministère public a interjeté appel.

Arrêt : Appel accueilli; sentence portée à un an.

L'appel comportait deux points litigieux: (1) la cour martiale générale aurait-elle dû prendre en considération la preuve produite par Boland en ce qui avait trait aux événements se rapportant à l'infraction elle-même? (2) la sentence d'emprisonnement de 90 jours était-elle suffisante?

En ce qui concerne le premier point, les *Ordonnances et Règlements royaux* donnent lieu de croire que, lorsqu'il y a aveu de culpabilité, l'énoncé des circonstances doit être vu comme concluant. Cependant, il n'est dit nulle part expressément que l'énoncé des circonstances empêche toute autre preuve quant aux circonstances de l'infraction. Bien que l'avocat de l'intimé ne se soit pas opposé à l'énoncé des circonstances lorsqu'il a été consigné, la Cour n'a pas été persuadée que l'intimé considérait nécessairement l'énoncé des circonstances comme un énoncé complet des événements entourant l'infraction elle-même. Ni les *Ordonnances et Règlements royaux* ni la conduite de l'intimé ne le privent nécessairement du droit de common law qu'a un accusé de présenter une preuve de nature à alléger sa sentence.

En ce qui concerne la sentence, la Cour a clairement le pouvoir et le devoir de réexaminer les sentences et de substituer son propre jugement à celui de la cour martiale. En l'espèce, la Cour a conclu que les directives du juge-avocat n'étaient pas appropriées. Plus particulièrement, le juge-avocat n'a pas aidé la formation à définir les principes intéressant particulièrement l'espèce ou les facteurs qu'elle devait considérer pour savoir quels principes étaient pertinents.

deterrence of those who abuse or neglect helpless persons in their charge.

Moreover, although the respondent had already served his 90-day sentence, that did not prevent the sentence being increased and the respondent being returned to prison.

Although the offence itself could readily warrant a sentence of 18 months, having regard to all the circumstances, including the respondent's good record and the fact that returning him to prison will cause greater hardship than if he had served the whole of his sentence at one time, a sentence of one year incarceration should be imposed.

COUNSEL:

Lieutenant-Colonel Peter Tinsley and Major Edward Gallagher, for the appellant
Rodney Sellar, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS CITED:

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 269.1 (added, R.S.C., c. 10 (3rd Supp.), s.2)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 124, 130, 192(3) (as am. S.C. 1992, c.16, s.11), 230.1 (added, S.C. 1991, c.43, s.21), 240.1 (added, S.C. 1991, c.43, s.26), S.C. 1991, c.43, s.26
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1994 Revision), arts. 1.095, 112.05(20)(d)(iii), 112.27(1)

CASES CITED:

R. v. Brown (1995), 5 C.M.A.R. 280
R. v. Danells (1979), 10 C.R. (3d) S-8 (N.S.C.A.)
R. v. Gardiner (1982), 68 C.C.C. (2d) 477; [1982] 2 S.C.R. 368
R. v. Nixon (1991), 63 C.C.C. (3d) 428 (B.C.C.A.)
R. v. Weber (1972), 9 C.C.C. (2d) 49 (B.C.C.A.)

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

STRAYER C.J.:

RELIEF REQUESTED

The respondent pleaded guilty before a General Court Martial at Canadian Forces Base Petawawa,

Par ailleurs, le fait que l'intimé eut déjà purgé sa peine de 90 jours n'a pas empêché la Cour d'alourdir la sentence et de renvoyer l'intimé en cellule.

Bien que l'infraction elle-même pût facilement justifier une sentence de 18 mois, la Cour a été d'avis que, eu égard à toutes les circonstances, y compris les bons antécédents de l'intimé et le fait que son renvoi en cellule sera pour lui une épreuve plus grande que s'il avait purgé en une seule fois la totalité de sa sentence, une peine d'emprisonnement d'une durée d'un an devait être imposée.

AVOCATS :

Lieutenant-colonel Peter Tinsley et Major Edward Gallagher, pour l'appelante
Rodney Sellar, pour l'intimé

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

Code criminel, L.R.C. 1985, chap. C-46, art. 269.1 (ajouté, L.R.C., chap. 10 (3^e suppl.), art. 2)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 124, 130, 192(3) (mod. par L.C. 1992, chap. 16, art. 11), 230.1 (ajouté, L.C. 1991, chap. 43, art. 26), 240.1 (L.C. 1991, chap. 43, art. 26), L.C. 1991, chap. 43, art. 26
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision 1994), art. 1.095, 112.05 (20)(d)(iii), 112.27(1)

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. c. Brown (1995), 5 C.A.C.M. 280
R. v. Danells (1979), 10 C.R. (3d) S-8 (C.A.N.-É)
R. c. Gardiner, [1982] 2 R.C.S. 368; 68 C.C.C. (2d) 447
R. v. Nixon (1991), 63 C.C.C. (3d) 428 (C.A.C.-B.)
R. v. Weber (1972), 9 C.C.C. (2d) 49 (C.A.C.-B.)

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

LE JUGE EN CHEF STRAYER :

REDRESSEMENT DEMANDÉ

L'intimé a plaidé coupable devant une cour martiale générale, à la Base des Forces canadiennes de

Ontario in April, 1994 to the charge that he had negligently performed a military duty imposed on him contrary to section 124 of the *National Defence Act*.¹ The particulars of this offence were as follows:

In that he, on or about 16 March 1993, in the Canadian military compound at or near the city of Belet Uen, Somalia, failed to ensure, as it was his duty to do, that a Somali prisoner, namely Shidane Abukar Arone, was safeguarded.

The maximum penalty for this offence is dismissal with disgrace from the Armed Forces, or a lesser penalty such as imprisonment up to two years. The General Court Martial sentenced him to 90 days' detention.

The Crown appeals. It was first submitted that the Court should direct that the plea of guilty be struck out, the conviction be set aside, and a new trial ordered on a plea of not guilty. It was further submitted that, if the appellant fails on its first submission, the Court should grant leave to appeal from the sentence and, if leave is granted, allow the appeal and increase the sentence to 18 months in prison.

The first submission was based on two grounds: that the Judge Advocate erred in refusing the motion by the Crown to strike out the plea of guilty on the grounds that the respondent had led evidence which was consistent with his innocence; and that the Judge Advocate erred in ruling inadmissible the evidence of a witness tendered by the Crown as an expert as to the standards of performance or care required of sergeants for safeguarding prisoners.

As to the first submission, the Court expressed the opinion that the submission was tantamount to an appeal from conviction and that having regard to section 230.1 of the *National Defence Act*, the Crown had no such right of appeal. After considering the matter, counsel for the Crown conceded this was so and abandoned that submission. While the Crown still argued that the Judge Advocate erred in refusing to hear a proffered expert witness, this could only be

Petawawa (Ontario) en avril 1994, après avoir été accusé de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, contrevenant ainsi à l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*¹. Les détails de l'infraction étaient formulés ainsi :

[TRADUCTION] D'avoir omis, le 16 mars 1993 ou vers cette date, dans le camp militaire canadien, dans la ville de Belet Huen, en Somalie, ou près de cette ville, de s'assurer, comme il le devait, qu'un prisonnier Somalien répondant au nom de Shidane Abukar Arone était protégé.

Cette infraction est punissable par la peine maximale de la destitution ignominieuse des forces armées ou par une peine d'emprisonnement moindre d'au plus deux ans. La cour martiale générale l'a condamné à une détention de 90 jours.

Le ministère public interjette appel. Il a d'abord été soutenu que la Cour devrait ordonner la radiation du plaidoyer de culpabilité, l'annulation de la déclaration de culpabilité et la tenue d'un nouveau procès sur un plaidoyer de non culpabilité. Il a en outre été soutenu que, si l'appelante n'a pas gain de cause sur le fondement de son premier argument, la Cour devrait autoriser l'appel contre la sentence et, le cas échéant, accueillir l'appel et porter la sentence à 18 mois d'emprisonnement.

Le premier argument était fondé sur deux moyens : le juge-avocat a commis une erreur lorsqu'il a rejeté la requête en radiation du plaidoyer de culpabilité présentée par le ministère public sur le fondement que l'intimé avait présenté des éléments de preuve qui appuyaient son innocence; le juge-avocat a commis une erreur lorsqu'il a jugé irrecevable la déposition d'un témoin appelé par le ministère public à titre d'expert quant aux normes de rendement ou de soin exigées des sergents chargés de la garde des prisonniers.

En ce qui a trait au premier argument, la Cour a exprimé l'avis qu'il équivalait à un appel contre la déclaration de culpabilité et que, compte tenu de l'article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, le ministère public ne disposait pas d'un tel droit d'appel. Après avoir examiné la question, l'avocat du ministère public a admis que c'était le cas et a laissé tombé cet argument. Même si le ministère public a continué à soutenir que le juge-avocat avait commis

¹ R.S.C. 1985 c. N-5.

¹ L.R.C. (1985), chap. N-5.

relevant to ordering a new trial which the Court could not do. Therefore it is not necessary to consider this issue further.

As to the appeal from sentence, it was agreed that the Court would hear and dispose of the application for leave to appeal the sentence along with the argument and disposition of the appeal itself.

FACTS

The basic uncontroverted facts out of which this case arises are as follows.

In March, 1993 the Canadian Airborne Regiment was deployed in Somalia on a "peace-making" mission described as "Operation Deliverance". At about 2045 hours on March 16th a Canadian patrol apprehended an unarmed 16-year-old Somali male youth named Shidane Abukar Arone in an abandoned U.S. military compound adjacent to the Canadian compound. Arone was taken to the Canadian compound where he was put into a bunker and was bound by his wrists and ankles. In due course he was supported by a baton placed through his elbows behind his back, which baton was suspended from the ceiling. After suffering some random initial physical abuse from Master Corporal Clayton Matchee and Private Brown, Arone was systematically beaten and burned with cigarettes by Matchee with the acquiescence of and perhaps some assistance by Brown, this abuse being interspersed with Brown and Matchee taking pictures of each other with the abused prisoner. Arone was rendered unconscious from time to time by the beatings. When conscious he screamed "Canada, Canada!" He died at approximately 0014 on March 17, 1993, the cause of death being repeated blows to his head.

The respondent Sergeant Boland was in command of one of the sections of 4 Platoon. Matchee and Brown were members of that section. Four Platoon was commanded by Captain Sox. It was part of 2 Commando company commanded by Major Seward.

These events were tragic for Matchee, Brown, Boland, their comrades and commanders, and for

une erreur lorsqu'il a refusé d'entendre le témoin expert présenté, cet argument ne serait pertinent que pour ordonner la tenue d'un nouveau procès ce que la Cour ne peut faire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question d'une manière plus approfondie.

En ce qui a trait à l'appel de la sentence, il a été convenu que la Cour prononcerait sur la demande d'autorisation d'appeler de la sentence en même temps que sur l'appel lui-même.

LES FAITS

Essentiellement, les faits non-contestés à l'origine de la présente affaire sont les suivants.

En mars 1993, le Régiment aéroporté du Canada était déployé en Somalie pour une mission de rétablissement de la paix baptisée opération Délivrance. À environ 20 h 45 le 16 mars, une patrouille canadienne appréhendait, sur un camp militaire américain abandonné contigu au camp canadien, un jeune Somalien de 16 ans non armé répondant au nom de Shidane Abukar Arone. Arone a été conduit vers le camp militaire canadien, où il a été mis dans une casemate, pieds et poings liés. Puis on lui a passé un bâton sous les coudes, derrière le dos, bâton qui était suspendu au plafond. Après avoir subi d'abord quelques sévices au mains de Matchee et de Brown, Arone fut avec application battu et brûlé avec des cigarettes par le caporal-chef Clayton Matchee avec le consentement ou l'aide de Brown. Durant cette séance de torture, Brown et Matchee prenaient à tour de rôle des photographies de chacun d'eux en compagnie du prisonnier. Arone, sous les coups, a perdu parfois connaissance. Lorsqu'il reprenait conscience, il criait « Canada, Canada! » Il est mort vers 00 h 14 le 17 mars 1993, par suite des coups répétés qu'il avait reçus à la tête.

Le sergent Boland commandait l'une des sections du quatrième peloton. Matchee et Brown faisaient partie de cette section. Le quatrième peloton était commandé par le capitaine Sox. Il faisait partie du deuxième Commando, lequel était sous les ordres du major Seward.

Ces événements ont été tragiques pour Matchee, Brown, Boland, leurs camarades et commandants, et

Canada. They were undoubtedly even more tragic for Shidane Abukar Arone and his family.

Matchee was charged but was later found unfit to stand trial. Brown was convicted of manslaughter and torture. He was sentenced to five years' imprisonment and both the conviction and sentence have been confirmed by this Court.

Boland was charged with two offences. The first charge was for the torture of Arone, an offence prohibited by section 269.1 of the *Criminal Code*² as incorporated by section 130 of the *National Defence Act* as an offence under the latter *Act*. The second charge was that of negligently performing a military duty. Boland pleaded guilty to the charge of negligence and not guilty to the charge of torture. The charge of torture was not proceeded with. At the hearing, before the plea of guilty to the second charge was received, the Judge Advocate explained to the accused the elements of the offence with which he was charged which, if he did not plead guilty, the Crown would have to establish. He also stated:

JUDGE ADVOCATE: ... Now, if the court accepts and records your plea of guilty to charge number 2, the only facts and circumstances which are going to be presented to the court will be presented in a summary form and they will be read to the court by the prosecutor. This summary of circumstances will be part of the minutes of the proceedings of this court martial and as a consequence no witnesses will be called to testify to the facts and to the circumstances surrounding the commission of the offence at charge number 2. I should add that, should any of the information that is provided to the court not be sufficient for the court to appreciate and to properly understand the commission of the offence at charge number 2, the court can ask questions of the prosecution and you cannot object to such questions being asked.³

There is nothing in the record to indicate that the respondent objected to this procedure. The plea of guilty was then entered and the prosecutor proceeded to read a "statement of circumstances" concerning the offence. Subsequently the respondent testified on his own behalf and in some respects presented a different version of the events surrounding the offence. I will summarize the statement of circumstances and

pour le Canada. Ils ont été sans aucun doute encore plus tragiques pour Shidane Abukar Arone et sa famille.

a Matchee fut par la suite accusé, mais plus tard déclaré inapte à subir son procès. Brown fut accusé d'homicide involontaire et de torture. Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, et la Cour d'appel de la cour martiale du Canada à confirmé à la fois
b la condamnation et la sentence.

Boland a été accusé de deux infractions. Il a d'abord été accusé de torture à l'endroit d'Arone, une infraction prévue par l'article 269.1 du *Code criminel*² et incorporée par référence dans l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*. Il a aussi été accusé de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire. Boland a plaidé coupable à l'égard de l'infraction de négligence et non coupable à l'inculpation de torture. Cette dernière inculpation n'a pas été retenue. Durant l'audience, avant que ne soit reçu le plaidoyer de culpabilité en réponse à la deuxième inculpation, le juge-avocat a expliqué à l'accusé les éléments de l'infraction qu'on lui imputait, éléments que le ministère public aurait à établir s'il décidait de plaider non coupable. Il a déclaré aussi :

[TRADUCTION] JUGE-AVOCAT : ... Donc, si la cour accepte et consigne votre plaidoyer de culpabilité en réponse à l'accusation numéro 2, les seuls faits et circonstances qui vont être présentés à la cour seront présentés par le procureur de la poursuite. Le résumé des circonstances sera versé au procès-verbal des procédures de cette cour martiale et, en conséquence, aucun témoin ne sera appelé à témoigner quant aux faits et circonstances entourant l'infraction qui fait l'objet de l'accusation numéro 2. J'ajouterai que, si l'information fournie à la cour se révèle insuffisante pour que la cour soit en mesure d'apprécier et de bien comprendre le perpétration de l'infraction visée par l'accusation numéro 2, la cour pourra poser des questions au procureur de la poursuite et vous ne pourrez vous opposer aux questions ainsi posées.³

Le dossier n'indique nulle part que l'intimé s'est opposé à cette procédure. Le plaidoyer de culpabilité a donc été inscrit, et le poursuivant a fait consigner un « énoncé des circonstances » concernant l'infraction. Par la suite, l'intimé a témoigné en son propre nom et, sous certains aspects, a présenté une autre version des événements entourant l'infraction. Je résumerai l'énoncé des circonstances et indiquerai sous

² R.S.C. 1985 c. C-46.

³ Record, page 29.

² L.R.C. (1985), chap. C-46.

³ Dossier, page 29.

indicate in what respects the respondent presented in his own evidence, the evidence of his witnesses, and through cross-examination, a different version. I will not go into details of evidence concerning the conduct of certain commissioned officers as their cases may well be coming before this Court at a later date.

The statement of circumstances, with Boland's differing evidence noted, was as follows. During the morning of March 16th Sergeant Boland, who was in poor health, had been told at a meeting of the "O" group, involving section heads and their platoon commander, that certain steps were to be taken concerning the threat of Somali infiltrators coming into the compound. Section commanders were told that the company commander had said "abuse them if you have to, just make the capture." Boland decided not to pass this on to his men. His section had responsibility for guard duty that evening, including the guarding of any prisoners that might be apprehended. Such prisoners were to be put in an unoccupied machine gun bunker near the compound gate. After Arone was apprehended outside the Canadian compound by a patrol headed by Captain Sox, he was delivered to Boland's section. At that time Matchee was on duty and Private Brown was present when the prisoner was put in the bunker. At this point the prisoner was bound by his ankles and his wrists and had a baton stuck through his elbows behind his back. Boland arrived shortly before 2100 hours to relieve Matchee. Boland ordered Arone's ankles released and arranged for looser wrist binding. According to the statement of circumstances,⁴ while Boland was there "another soldier" secured the riot baton by putting a sash cord over one end of it, putting the cord over a roof beam, and tying it to the other end of the baton. (Boland states that Arone was sitting on the ground with his hands bound and the baton behind his elbows although the precise time of this state of affairs was not clear.) While Boland was present Matchee retied Arone's ankles. He removed the "skirt" (some kind of light garment worn by Somali males) from Arone and tied it around Arone's head. He then proceeded to pour water on Arone's head. Boland told Matchee to stop doing that or he would suffocate Arone. (Boland's version suggests that Matchee may have been trying to give Arone a drink

quels aspects l'intimé a présenté sa propre déposition, les dépositions de ses témoins, et, durant le contre-interrogatoire, une version nouvelle. Je n'entrerai pas dans le détail des dépositions se rapportant à la conduite de certains officiers, étant donné qu'ils pourraient ultérieurement être traduits devant la Cour.

L'énoncé des circonstances, qui renferme la version divergente de Boland, se présente ainsi. Au matin du 16 mars, le sergent Boland, qui était en mauvaise santé, apprenait lors d'une réunion du group « O », à laquelle participaient les chefs de section et leur commandant de peloton, que certaines mesures devaient être prises devant la menace causée par les infiltrations de Somaliens dans le camp militaire. Les commandants de section prirent connaissance de la consigne donnée par le capitaine : « malmenez-les si cela est nécessaire, mais capturez-les ». Boland décida de ne pas transmettre cette consigne à ses hommes. Sa section était de faction ce soir-là, et elle devait notamment garder les prisonniers qui pourraient être appréhendés. Les prisonniers en question devaient être détenus dans un emplacement de mitrailleuse inoccupé, près de la porte d'entrée du camp. Après qu'Arone fut appréhendé, hors du camp canadien, par une patrouille ayant à sa tête le capitaine Sox, il a été livré à la section de Boland. Matchee était alors de service et le soldat Brown était présent lorsque le prisonnier a été déposé dans la casemate. À ce moment-là, le prisonnier a été attaché aux chevilles et aux poignets et on lui passa un bâton sous les coudes derrière le dos. Boland est arrivé un peu avant 21 heures pour relayer Matchee. Boland a ordonné qu'on libère les pieds d'Arone et fit desserrer le lien autour de ses poignets. Selon l'énoncé des circonstances⁴, pendant que Boland se trouvait là, « un autre soldat » assura le bâton en mettant une corde à l'une de ses extrémités, en passant la corde par-dessus une poutre du toit et en l'attachant à l'autre extrémité du bâton. (Boland affirme qu'Arone était assis sur le sol, les mains liées et le bâton sous les coudes, mais l'heure précise de cet épisode n'est pas indiquée). En la présence de Boland, Matchee a attaché de nouveau les pieds d'Arone. Il a enlevé la « jupe » (sorte de vêtement léger porté par les Somaliens de sexe masculin) que portait Arone et l'a fixée autour de la tête d'Arone. Il entreprit alors de verser

⁴ Record, page 38.

⁴ Dossier, page 38.

by pouring water on his cheek. Boland also suggested that the blindfolding was proper as a security measure, although it was not explained why a prisoner would be led through Canadian lines without being blindfolded and then blindfolded after having seen the interior of the bunker). Matchee remained for some time during Boland's guard duty lasting from 2100 to 2200 hours. Matchee then left and later returned with Brown who arrived at about 2155 to relieve Boland. In Boland's presence Brown punched Arone in the jaw (Boland in his account only referred to Brown saying something to Arone). As Boland went off duty at 2200 hours he said to Brown and Matchee: "I don't care what you do, just don't kill the guy." (According to Boland, he said "don't kill him", and this was said "in a facetious sort of way, sarcastic").⁵

Matchee stayed on with Brown for a time after 2200 hours during which time both are said to have hit and kicked Arone. Matchee left and went to the tent of Corporal McKay where he drank beer. Boland arrived at the same tent and had a beer with Matchee and McKay. Matchee said that Brown had been hitting Arone and that he, Matchee, intended to burn the soles of Arone's feet with a cigarette. Boland is reported to have said "Don't do that, it would leave too many marks. Use a phone book on him." (Boland confirmed this discussion took place, but said he did not believe Matchee and thought he was just trying to get a reaction. He said his own reply was sarcastic and the discussion of the phone book was "flip, banter", there being no phone books available.)⁶ In the same conversation Boland told Matchee of the instructions from senior officers that it was all right to abuse prisoners, on which Matchee commented "Oh, yeah!" Again, in parting, Boland said to Matchee, "I don't care what you do, just don't kill him." (Boland admitted saying this but explained it thus: "I was sick and tired of the conversation and I

de l'eau sur la tête d'Arone. Boland dit à Matchee de cesser car il risquait d'étouffer Arone. (Selon la version de Boland, Matchee voulait sans doute donner à boire à Arone en lui versant de l'eau sur la joue. Boland a aussi laissé entendre que le bandage des yeux était justifié comme mesure de sécurité, mais nul n'a expliqué pourquoi un prisonnier pouvait être conduit vers le camp militaire canadien sans avoir les yeux bandés, pour avoir ensuite les yeux bandés après avoir vu l'intérieur de la casemate). Matchee est resté quelque temps durant la permanence de Boland, dont la période était de 21 heures à 22 heures. Puis Matchee s'en est allé et est revenu plus tard avec Brown, qui arrivait vers 21 h 55 pour relayer Boland. En la présence de Boland, Brown a frappé du poing la mâchoire d'Arone. (Dans son compte rendu, Boland mentionne seulement que Brown a dit quelque chose à Arone). Au moment de rendre le quart, à 22 heures, Boland a déclaré à Brown et à Matchee : [TRADUCTION] « Je me fiche de ce que vous faites, mais ne le tuez pas ». (Boland affirme avoir dit « ne le tuez pas », mais « comme par plaisanterie, en manière de moquerie ».)⁵

Matchee est demeuré auprès de Brown pendant quelque temps après 22 heures, période durant laquelle ils auraient tous deux frappé et battu Arone. Matchee est parti et s'est dirigé vers la tente du caporal McKay, où il but de la bière. Boland est arrivé à la même tente et a pris une bière avec Matchee et McKay. Matchee a déclaré que Brown avait frappé Arone et que lui, Matchee, avait l'intention de brûler la plante des pieds d'Arone avec une cigarette. Boland aurait déclaré « Ne fait pas cela, il y aura trop de marques. Utilise un annuaire téléphonique sur lui. » (Boland a confirmé que cette discussion a eu lieu, mais il a déclaré qu'il ne croyait pas Matchee et pensait qu'il voulait simplement obtenir une réaction. Il a déclaré que sa propre réponse n'était qu'une moquerie et que la mention de l'annuaire téléphonique était [TRADUCTION] « une blague, une plaisanterie », car il n'y avait aucun annuaire téléphonique.)⁶ Durant la même conversation, Boland a mentionné à Matchee les directives des officiers supérieurs selon lesquelles il était acceptable de maltraiter les prisonniers, ce à quoi Matchee a répondu :

⁵ Record, page 275.

⁶ See record, pages 278-279, 313.

⁵ Dossier, page 275.

⁶ Voir dossier, pages 278 et 279, 313.

just brushed him off with that").⁷ At this point it should have been obvious that Matchee planned to go back to the bunker. Boland himself went to bed without returning to the bunker. Matchee did return to the bunker about 2245 and proceeded, with the acquiescence or assistance of Brown, to beat Arone to death.

Some other evidence introduced on behalf of Boland by examination or cross-examination indicated that in these circumstances a section commander was entitled to go to bed and that any problems experienced by a troop on duty was to be reported to the duty officer who in this case was Sergeant Gresty.⁸ Boland testified that he believed Brown to be a "weak" soldier from whom he would not have expected aggressive treatment of a prisoner. He also claimed that he was not aware of the aggressive tendencies of Matchee who had just been assigned to his section. There was however other evidence that Boland "knew what he [Matchee] was like"⁹ and that "Matchee's reputation was quite well known within 4 Platoon. . . ." This reputation was that "he could be quite a bully".¹⁰

Boland did, during his evidence in chief, confirm that he had acted negligently.¹¹

After Boland had testified in chief on his own behalf, ostensibly with respect to sentencing, the prosecutor applied to the Judge Advocate to have the plea altered to not guilty on the basis that Boland had

« Ah bon! » De nouveau, au moment de prendre congé, Boland a dit à Matchee : [TRADUCTION] « Je me fiche de ce que vous faites, mais ne le tuez pas ». (Boland a admis avoir dit cela, mais a donné l'explication suivante : « J'en avais assez de cette conversation, et je voulais simplement l'envoyer promener »).⁷ À ce moment, il devrait être évident que Matchee songeait à retourner à la casemate. Quant à Boland, il partit se coucher sans y retourner. Matchee est retourné effectivement à la casemate vers 22 h 45 et avec le consentement ou l'aide de Brown, s'est mis à frapper Arone jusqu'à ce que mort s'ensuive.

Selon d'autres éléments de preuve produits au nom de Boland durant l'interrogatoire ou le contre-interrogatoire, un commandant de section avait le droit, dans de telles circonstances, d'aller se coucher, et un soldat de faction devait signaler tout problème à l'officier de permanence, qui en l'occurrence était le sergent Gresty.⁸ Boland a témoigné qu'il croyait que Brown était un soldat « faible », dont il n'aurait pas imaginé qu'il pût infliger de mauvais traitements à un prisonnier. Il a aussi affirmé qu'il n'était pas au courant des tendances agressives de Matchee, qui venait d'être affecté à sa section. Il existe cependant d'autres éléments de preuve qui attestent que Boland [TRADUCTION] « savait ce dont il [Matchee] est capable »⁹ et selon lesquels [TRADUCTION] « Matchee s'était déjà fait une réputation au sein du quatrième peloton. . . » La réputation qu'«il pouvait être une vraie brute»¹⁰.

Durant son témoignage sur interrogatoire principal, Boland a effectivement reconnu avoir agi de façon négligente.¹¹

Après que Boland eut témoigner pour son propre compte durant l'interrogatoire principal, le procureur de la poursuite, s'exprimant officiellement sur le prononcé de la sentence, a demandé au juge-avocat de

⁷ Record, page 310.

⁸ See e.g. record page 266. But as the prosecutor pointed out, there was no evidence that the duty officer was responsible for the supervision of the troops on duty. (See record, page 342). He was only to respond in case of a problem reported by those troops.

⁹ Record, page 321.

¹⁰ Record, page 327.

¹¹ See Record at e.g. 275, 276, 278, 279, 280, 281.

⁷ Dossier, page 310.

⁸ Voir par exemple le dossier, page 266. Mais comme le procureur de la poursuite l'a fait observé, il n'y avait aucune preuve attestant que l'officier de permanence était responsable de la surveillance des soldats de faction. (Voir dossier, page 342). Il devait seulement réagir en cas de problème signalé par eux.

⁹ Dossier, page 321.

¹⁰ Dossier, page 327.

¹¹ Voir dossier, par exemple les pages 275, 276, 278, 279, 280 et 281.

introduced evidence which could, if believed, exculpate him. The Judge Advocate after considering the matter found that "there is no variance on matters of substance respecting the issue of negligence" as between the statement of circumstances and Boland's version of events. He therefore concluded that Boland did not raise a defence to charge number 2 and that it would not be in the interest of justice to direct that the plea of guilty be altered to that of not guilty.¹² As indicated earlier, the Crown appealed against that ruling in the present appeal but at the hearing abandoned that ground as such, merely arguing in effect that the General Court Martial should not have taken into account such exculpatory evidence since the statement of circumstances was supposed to be the sole evidence of the events surrounding the offence.

The Crown, as indicated above, more generally contends that the sentence of 90 days imposed by the General Court Martial was quite inadequate and it should have been at least 18 months' imprisonment.

ISSUES

There appear to be two issues:

- (1) Should the General Court Martial have taken into account evidence presented on behalf of Boland as to the events involved in the offence itself?
- (2) Is the sentence of 90 days' incarceration adequate?

ANALYSIS

Receiving Respondent's Evidence on Circumstances

There are certainly indications in the *Queen's Regulations and Orders* that on a plea of guilty the "statement of circumstances" is to be conclusive on

convertir l'aveu de culpabilité en plaider de non-culpabilité, pour le motif que le témoignage de Boland pouvait, s'il était jugé digne de foi, le disculper. Après examen de l'affaire, le juge-avocat a estimé qu'il n'y avait, sur le fond même de la question de la négligence, aucune divergence entre l'énoncé des circonstances et la version des événements donnée par Boland. Il est donc arrivé à la conclusion que Boland n'avait pas produit de défense quant à l'accusation numéro 2 et qu'il ne serait pas dans l'intérêt de la justice d'ordonner que l'aveu de culpabilité soit changé en un plaider de non-culpabilité.¹² Comme il a été indiqué précédemment, la Couronne a appelé de cette décision dans le présent appel, mais, lors de l'audience, elle a abandonné ce moyen, affirmant tout simplement que la cour martiale générale n'aurait pas dû prendre en considération cette preuve disculpatoire, puisque l'énoncé des circonstances était censé constituer la seule preuve des événements entourant l'infraction.

Le ministère public, comme il a été indiqué précédemment, affirme de façon plus générale que la sentence de 90 jours imposée par la cour martiale générale était très insuffisante et que la cour martiale générale aurait dû imposer un emprisonnement d'au moins 18 mois.

POINTS EN LITIGE

Il semble y avoir deux points litigieux :

- (1) La cour martiale générale aurait-elle dû prendre en considération la preuve produite au nom de Boland en ce qui a trait aux événements se rapportant à l'infraction elle-même?
- (2) La sentence d'emprisonnement de 90 jours est-elle suffisante?

ANALYSE

Admission de la preuve de l'intimé en ce qui a trait aux circonstances

Les *Ordonnances et Règlements royaux* donnent certainement lieu de croire que, lorsqu'il y a aveu de culpabilité, l'«énoncé des circonstances» doit être vu

¹² Record, pages 294-295.

¹² Dossier, pages 294 et 295.

the circumstances surrounding the offence. Subsection 112.27(1) provides:

112.27(1) When a plea of guilty is accepted, the prosecutor shall, in respect of the charge to which that plea has been accepted, inform the court of the circumstances in which the offence was committed.

Under this section there is the following note:

(A) When informing the court under this article the prosecutor will give the circumstances in a concise narrative form alluding only to those matters which give the court material facts relating to the commission of the offence and which show the nature and gravity of the offence and factors affecting mitigation or aggravation. He must be careful to state only facts which could be proved. While most of these factors will likely be disclosed in the synopsis it is not in suitable form merely to be read to the court.

This indicates that the statement of circumstances is to show "factors affecting mitigation or aggravation". Nowhere does it say expressly, however, that the statement of circumstances precludes any other evidence on the circumstances of the offence, nor does the explanatory note have legal effect.¹³ Further, subparagraph 112.05(20)(d)(iii) of the *Queen's Regulations and Orders* provides that where a trial continues after a finding of guilty (as was the case here) "the accused may call evidence. . . in mitigation of punishment. . . ." It is clear that in normal criminal prosecutions a plea of guilty carries with it only an admission of the essential legal ingredients of the offence and that, beyond that, any facts alleged in aggravation of the offence must be established by the Crown.¹⁴ Presumably an accused could admit the facts as stated by the prosecutor and waive the right to call any evidence, all as part of an understanding with respect to the prosecution accepting a plea of guilty to a lesser charge. It is at least arguable that this is what happened in the present case. As quoted above, before the respondent formally entered his plea of guilty he was advised by the Judge Advocate that all the evidence as to the circumstances of the

comme concluant en ce qui a trait aux circonstances entourant l'infraction. Le paragraphe 112.27(1) se lit ainsi :

^a 112.27 (1) Lorsqu'un aveu de culpabilité a été accepté, le procureur de la poursuite informe la cour des circonstances dans lesquelles l'infraction faisant l'objet de l'aveu a été commise.

^b Sous cette disposition, figure la note suivante :

(A) Lorsqu'il communique des renseignements à la cour en vertu du présent article, le procureur de la poursuite doit indiquer les circonstances sous forme de narration concise en ne mentionnant que les questions qui présentent à la cour des faits matériels se rapportant à l'infraction et qui soulignent la nature et la gravité de l'infraction ainsi que les éléments d'atténuation ou d'aggravation. Il doit s'en tenir soigneusement aux faits qui peuvent être prouvés. Bien que le sommaire expose la plupart de ces éléments, il n'est pas présenté sous une forme qui permette simplement d'en donner lecture à la cour.

L'énoncé des circonstances doit donc indiquer « les éléments d'atténuation ou d'aggravation ». Cependant, il n'est dit nulle part expressément que l'énoncé des circonstances empêche toute autre preuve quant aux circonstances de l'infraction, et la note explicative n'a pas, quant à elle, l'effet juridique.¹³ Par ailleurs, le sous-alinéa 112.05(20)(d)(iii) des *Ordonnances et Règlements royaux* prévoit que, lorsqu'un procès se poursuit après un verdict de culpabilité (comme ce fut le cas ici) « l'accusé peut présenter une preuve. . . en mitigation de peine. . . ». Il est clair que, dans des poursuites criminelles normales, un aveu de culpabilité ne suppose qu'une admission des ingrédients juridiques essentiels de l'infraction et que, au-delà de cela, les faits allégués qui sont de nature à aggraver l'infraction doivent être établis par le ministère public.¹⁴ Un accusé pourrait sans doute admettre les faits récités par le procureur de la poursuite et renoncer au droit de produire une preuve, et cela après avoir obtenu du procureur de la poursuite qu'il accepte un aveu de culpabilité pour un infraction moindre. On peut du moins soutenir que c'est ce qui est arrivé dans la présente espèce. Comme il est indiqué précédemment, avant que l'intimé eût

¹³ *Q.R. & O.*, article 1.095.

¹⁴ *R. v. Gardiner* (1982), 68 C.C.C.(2d) 477 at 514 (S.C.C.).

¹³ *ORFC*, article 1.095.

¹⁴ *R. v. Gardiner* (1982), 68 C.C.C. (2d) 477 à la page 514 (C.S.C.).

offence would be provided to the Court in a statement read by the prosecutor. Counsel for the respondent took no objection to this before the plea was entered, nor did he take any objection to the statement of circumstances when it was read in. Further, he did not signal that there were areas of interpretation where the defence would contest the statement of circumstances with other evidence. Nevertheless I am not satisfied on the whole of the record that the respondent clearly committed himself to the statement of circumstances as an exhaustive statement of events involved in the offence itself. Counsel for the respondent argued before us that the statement of circumstances was simply agreed to as a statement of what the prosecution witness would say. While I find this a somewhat astonishing position to take in light of the record and the total absence of any objection or qualification put forward by counsel for the respondent at the time of the guilty plea being received, I am unable to say that either the *Queen's Regulations and Orders* or the conduct of the respondent in this case clearly precluded him from the common law rights of an accused to present evidence in mitigation of sentence. To avoid such uncertainties in the future either the *Q.R. & O.* will have to be clarified (a matter which might attract constitutional controversy) or the practice will have to be altered so that the respondent clearly goes on the record as admitting the facts contained in a statement of circumstances which would then become conclusive.

Therefore it was in order for the General Court Martial to receive the evidence on behalf of Boland concerning the circumstances of the offence. I believe, however, that given the conditions announced by the Judge Advocate before the guilty plea was entered, and the absence of any objection or qualification by counsel for Boland, it is fair to conclude that the case went to the panel on the basis that the facts as described in the statement of circumstances were admitted except where contradicted by evidence submitted by the defence.

enregistré officiellement son plaidoyer de culpabilité, il a été informé par le juge-avocat que toute la preuve relative aux circonstances de l'infraction serait présentée à la cour martiale dans l'énoncé que devait lire le procureur de la poursuite. L'avocat de l'intimé n'a pas soulevé d'objection sur ce point avant que le plaidoyer ne soit inscrit, et il ne s'est pas non plus opposé à l'énoncé des circonstances lorsqu'il a été consigné. Qui est plus, il n'a pas signalé qu'il y avait des aspects sujets à caution à l'égard desquels la défense contesterait l'énoncé des circonstances avec d'autres éléments de preuve. Néanmoins, je ne suis pas persuadé, à la lecture de l'ensemble du dossier, que l'intimé a nécessairement considéré l'énoncé des circonstances comme un énoncé complet des événements entourant l'infraction elle-même. L'avocat de l'intimé a fait valoir devant la Cour que l'énoncé des circonstances n'a été reconnu que comme énoncé de ce que les témoins à la charge allaient dire. À mon avis, il s'agit là d'une position un peu surprenante compte tenu du dossier et compte tenu du fait que l'avocat de l'intimé n'a soulevé, lorsque l'aveu de culpabilité a été reçu, aucune objection ni réserve, mais je refuse de dire que les *Ordonnances et Règlements royaux* ou la conduite de l'intimé dans la présente affaire privaient nécessairement l'intimé du droit de common law qu'a un accusé de présenter une preuve de nature à alléger la sentence. Si l'on veut éviter de telles incertitudes dans l'avenir, il faudra clarifier les *O.R.F.C.* (ce qui pourrait susciter une controverse constitutionnelle), ou bien il faudra modifier la pratique de telle sorte que l'intimé déclare publiquement et sans équivoque qu'il admet les faits contenus dans un énoncé de circonstances, rendant du même coup celui-ci concluant.

En conséquence, la cour martiale générale était fondée à recevoir la preuve produite au nom de Boland en ce qui a trait aux circonstances de l'infraction. Je crois cependant que, étant donné les conditions annoncées par le juge-avocat avant que l'aveu de culpabilité ne soit inscrit, et puisque l'avocat de Boland n'a soulevé aucune objection ni réserve, il est juste de conclure que l'affaire a été présentée à la formation sur le fondement que les faits décrits dans l'énoncé des circonstances auraient dû être tenus pour admis, sauf dans la mesure où ils étaient contredits par la preuve de la défense.

Adequacy of the Sentence

It was argued before us that the Parliament of Canada has considered serving officers to be in the best position to determine the sentence that will achieve the fundamental purposes of sentencing and best fulfil the requirements of discipline.¹⁵

Thus it was argued that only in the rarest of cases should this Court fail to defer to the sentencing decision of a court martial. I disagree.

It is true that until the amendments to the *National Defence Act* of 1991¹⁶ this Court could not review the severity of sentences provided by courts martial. It could only determine the legality of a sentence and where it determined a sentence to be illegal it was obliged to refer the proceedings to the Minister or designated military authorities who would where appropriate substitute a new punishment. However with the 1991 amendments this Court has a clear power and duty to review sentences and substitute its own view for that of the court martial. Section 240.1 of the *National Defence Act* now provides:

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

The 1991 amendments also for the first time gave the Minister a right (with leave) to appeal sentences, a right which he has exercised in this case. As was said by my colleague Hugessen J.A. in *R. v. Brown*¹⁷

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. . . .

¹⁵ Respondent's factum, page 52.

¹⁶ S.C. 1991, c. 43, s. 26.

¹⁷ (1995), 5 C.M.A.R. 280 at 297.

Caractère suffisant de la sentence

On a fait valoir devant la Cour d'appel que

[TRADUCTION] le Parlement du Canada a considéré que les officiers en exercice étaient les mieux placés pour établir la sentence la plus conforme aux objets fondamentaux de la détermination des peines et la plus apte à assurer le respect des impératifs de la discipline.¹⁵

Ainsi, on a soutenu que la Cour d'appel de la cour martiale du Canada ne devrait se dispenser que très exceptionnellement de déférer aux sentences prononcées par une cour martiale. Je ne partage pas cet avis.

Il est vrai que, jusqu'aux modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* en 1991¹⁶, la Cour d'appel de la cour martiale du Canada ne pouvait examiner l'à-propos des sentences imposées par les cours martiales. Elle ne pouvait que prononcer sur la légalité d'une sentence et, lorsqu'elle jugeait qu'une sentence était illégale, elle était tenue de renvoyer l'affaire au ministre ou aux autorités militaires compétentes, qui, le cas échéant, lui substituaient une nouvelle sentence. Toutefois, avec les modifications de 1991, la Cour d'appel de la cour martiale du Canada a le pouvoir et le devoir de réexaminer les sentences et de substituer son propre jugement à celui de la cour martiale. L'article 240.1 de la *Loi sur la défense nationale* se lit aujourd'hui ainsi :

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

Les modifications de 1991 ont également donné pour la première fois au ministre le droit (sur autorisation) d'appeler des sentences, un droit qu'il a exercé dans le cas présent. Comme le disait le juge Hugessen dans l'arrêt *R. c. Brown*¹⁷

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 d'importantes raisons d'ordre public tout à fait étrangères à la légalité des instructions données à la cour martiale par le juge-avocat.

¹⁵ Mémoire de l'intimé, page 52.

¹⁶ L.C. 1991, chap. 43, art. 26.

¹⁷ (1995), 5 C.A.C.M. 280 aux pages 297-298.

I am therefore satisfied that it is open to this Court on the basis of the evidence before it (including the record from the General Court Martial plus some additional material filed by the respondent on consent at the hearing) to substitute its own view as to the appropriateness of the sentence; and in this case, to do so having particular regard to issues of "public policy" as referred to in the *Brown* case.

I am also of the view that the General Court Martial was not adequately instructed by the Judge Advocate with respect to the proper weight to be given to various principles of sentencing in these circumstances.

Dealing with the last point first, in my view the Judge Advocate, who is empowered to determine questions of law or mixed law and fact,¹⁸ is obliged to instruct the panel not only on legal principles of sentencing but how the law might apply to the case before it depending on the view the panel takes of the facts. In my view the Judge Advocate failed to provide such legal guidance in this case. He recited the general principles of sentencing, referring to principles of protection of the public, punishment of the offender, deterrence not only of the offender but of others, and reformation or rehabilitation of the offender. He offered some explanation of some of these principles and listed a variety of factors which should be considered. But he in no way assisted the panel in identifying the principles most relevant to this case or the factors it should consider in determining which principles were relevant.

The prosecutor had made a strong argument for the importance of general deterrence as one of the most relevant principles in this case. He referred to the case of *R. v. Nixon (No. 2)*¹⁹ in which a sentence of nine months' imprisonment of a senior non-commis-

Je suis donc persuadé que la Cour a le pouvoir, compte tenu de la preuve produite (notamment le dossier de la cour martiale générale et certaines pièces additionnelles produites par l'intimé sur consentement lors de l'audience), de substituer son propre jugement sur l'à-propos de la sentence; et, dans la présente espèce, elle peut le faire en invoquant en particulier les questions d'« ordre public » évoquées dans l'espèce *Brown*.

Je suis également d'avis que la cour martiale générale n'a pas été suffisamment informée par le juge-avocat de l'importance qu'il convient d'accorder, dans ces circonstances, aux divers principes de détermination de la peine.

En ce qui a trait d'abord au dernier point, le juge-avocat, qui a le pouvoir de statuer sur les questions de droit ou sur les questions mixtes de droit et de fait¹⁸, est à mon avis tenu d'indiquer à la formation non seulement les principes juridiques de la détermination de la peine, mais encore la façon dont le droit pourrait s'appliquer à l'espèce dont la formation est saisie, selon l'interprétation qu'elle donne aux faits. À mon avis, le juge-avocat n'a pas fourni en l'espèce cette orientation juridique. Il a récité les principes généraux de la détermination de la peine, mentionnant les principes de protection de la société, de châtiement du contrevenant, de dissuasion non seulement du contrevenant mais aussi d'autrui, enfin d'amendement et de réhabilitation du contrevenant. Il a donné quelques explications pour certains de ces principes et énuméré plusieurs des facteurs qui devraient être pris en considération. Mais il n'a en aucune façon aidé la formation à définir les principes intéressant particulièrement la présente espèce ou les facteurs qu'elle devait considérer pour savoir quels principes étaient pertinents.

Le procureur de la poursuite s'était longuement attardé sur l'importance de la dissuasion générale, selon lui l'un des principes convenant le mieux pour la solution de la présente espèce. Il a mentionné l'affaire *R. v. Nixon (n° 2)*¹⁹, une espèce dans laquelle fut

¹⁸ *National Defence Act*, subsection 192(3).

¹⁹ (1991) 63 C.C.C. (3d) 428 (B.C.C.A.).

¹⁸ *Loi sur la défense nationale*, paragraphe 192(3).

¹⁹ (1991), 63 C.C.C. (3d) 428 (C.A.C.-B.).

sioned police officer for aggravated assault was upheld. The accused was the senior non-commissioned officer on duty during an incident at the Vancouver City police station when a person who had been taken into custody for his own protection for being in a state of intoxication was severely beaten and injured while in custody, suffering a broken kneecap. There was no evidence of any provocation or resistance on the part of the prisoner. Corporal Nixon was not shown to be an assailant. The British Columbia Court of Appeal observed:

The gratuitous use of force on a defenceless prisoner in the confines of the police station lock-up is as reprehensible a crime in a free and democratic society as one can imagine, and one in which the appellant became deeply implicated by culpable inaction when he failed in his duty to the prisoner in his charge.²⁰

The Court of Appeal approved the importance which the trial judge had given to deterrence in lieu of other principles such as rehabilitation, and the sentence was upheld.

The prosecutor also referred to the case of *R. v. Danells*²¹ in which a woman had pleaded guilty to causing death by criminal negligence. The victim was one-year-old and in the care of the accused. She had simply put him in an adjacent apartment and left him without food or attention until he died. She had been sentenced to three years' imprisonment but the Nova Scotia Court of Appeal considered this inadequate to express society's abhorrence of this kind of crime and increased the sentence to eight years.

After referring to these cases in his submission to the General Court Martial on the principles most relevant in the present case the prosecutor stated:

²⁰ *Ibid* at 432.

²¹ (1979) 10 C.R.(3d)S-8 (N.S.C.A.).

maintenue une sentence de neuf mois d'emprisonnement prononcée contre un enquêteur principal de police qui s'était rendu coupable de voies de fait graves. L'accusé était l'officier de permanence durant un incident survenu au poste de police de la ville de Vancouver. Une personne, qui avait été placée sous garde pour sa propre protection parce qu'elle était en état d'ébriété, avait été rouée de coups pendant qu'elle était sous garde et avait subi une fracture de la rotule. Il n'existait aucune preuve attestant une provocation ou une résistance de la part du prisonnier. Il ne fut pas prouvé que le caporal Nixon était l'agresseur. Voici les propos de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION] Le recours gratuit à la force sur un prisonnier sans défense à l'intérieur de la prison d'un poste de police est un délit aussi répréhensible qu'on peut l'imaginer dans une société libre et démocratique, et un délit auquel l'appelant a éminemment contribué par son inaction coupable, lorsqu'il a manqué à ses devoirs envers le prisonnier qui était sous sa responsabilité²⁰.

La cour d'appel de la Colombie-Britannique a approuvé l'importance que le juge de première instance avait donnée au principe de dissuasion plutôt qu'à d'autres principes tels que la réhabilitation, et la sentence fut maintenue.

Le procureur de la poursuite s'est aussi référé à l'espèce *R. v. Danells*²¹ dans laquelle une femme avait plaidé coupable après avoir été accusée d'homicide par négligence criminelle. La victime était un bébé d'un an qui était sous la responsabilité de l'accusée. Celle-ci l'avait simplement déposé dans un appartement contigu, où elle l'avait laissé sans nourriture ni attention, jusqu'à ce qu'il meure. Elle avait été condamné à trois ans d'emprisonnement, mais la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a jugé que la peine ne rendait pas suffisamment compte de la répulsion de la société pour ce genre de crime. Elle a fait passer la peine à huit ans d'emprisonnement.

Après avoir mentionné ces précédents dans ses conclusions, devant la cour martiale générale, sur les principes les plus adaptés à la présente affaire, le procureur de la poursuite s'est exprimé ainsi :

²⁰ *Ibid*, à la page 432.

²¹ (1979) 10 C.R. (3d) S-8 (C.A.N.-É.).

To summarize, the primary sentencing principles are repudiation and general deterrence. The Canadian Forces are presently involved in high risk operations in Bosnia and Croatia and there must be an appropriate signal sent to others in similar positions. The prosecution is requesting that the Judge Advocate instruct the court that a significant period of incarceration is required and that the overriding principles of sentencing are those of general deterrence and repudiation. And I would submit that that term should be a term that takes into account the stark horror of the death of Shidane Arone and the responsibility for that death that Sergeant Boland shares with others.²²

I believe both of these cases were quite relevant in demonstrating that public policy demands firm deterrence of those who abuse or neglect helpless persons in their charge. The Judge Advocate, however, in summing up submissions by counsel for the benefit of the panel merely mentioned the prosecutor's submission on the importance of repudiation and deterrence. He stated, in referring to submissions by defence counsel:

And here Mr. Sellar *properly* distinguishes between the facts in the cases cited by the prosecution in the cases of Nixon and Danells which the prosecution, you will recall, cited in support of a sentence of incarceration.²³ (Emphasis added.)

This was a completely inadequate analysis for the panel of the significance of the principle of deterrence in this case, and minimized the importance of what were highly relevant cases in support of the prosecutor's position.

Apart from the inadequate instructions given by the Judge Advocate, I do not believe it is possible to say that this panel of officers could reasonably have fixed the sentence at only 90 days, whatever view they took of the evidence properly before them. As a minimum it must be recognized that the respondent never disputed the particulars of his offence, namely that he failed to ensure, as it was his duty to do, that Arone was safeguarded. In his own examination-in-chief he confirmed on several occasions that he had been negligent. The sad but unalterable fact is that that negligence led to the death of a prisoner. Even taking the view of the evidence most favourable

[TRADUCTION] Pour résumer, les premiers principes de détermination de la peine sont la répudiation et la dissuasion générale. Les Forces canadiennes participent actuellement à des opérations très risquées en Bosnie et en Croatie, et il importe d'envoyer un signal adéquat à d'autres qui exercent les mêmes charges. Le procureur de la poursuite demande au juge-avocat d'informer la Cour qu'il requiert une longue période d'incarcération et que les principes supérieurs de la détermination de la peine sont celui de la dissuasion générale et celui de la répudiation. Et j'affirme que la durée de l'incarcération devrait rendre compte de l'horreur absolue qu'inspire la mort de Shidane Arone, et de la responsabilité que portent à cet égard le sergent Boland et d'autres avec lui.²²

Je suis d'avis que ces deux espèces montrent parfaitement la nécessité de détourner de leurs desseins, au nom d'intérêt public, ceux qui violentent ou négligent les personnes sans défense placées sous leur responsabilité. Le juge-avocat toutefois, résumant les conclusions de l'avocat pour le bénéfice de la formation, a simplement évoqué la conclusion du procureur de la poursuite concernant l'importance de la répudiation et de la dissuasion. Parlant des conclusions de l'avocat de la défense, il a cependant tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Et ici, M. Sellar établit *avec raison* une distinction entre les faits des espèces Nixon et Danells citées par le procureur de la poursuite, que le procureur de la poursuite, vous vous en souviendrez, a invoquées à l'appui d'une sentence d'emprisonnement²³. (Non souligné dans l'original.)

Il s'agissait là, pour la formation, d'une analyse très insuffisante de la portée du principe de dissuasion dans la présente affaire, une analyse qui minimisait l'importance de précédents particulièrement utiles pour la position du procureur de la poursuite.

Abstraction faite de l'insuffisance des directives données par le juge-avocat, je ne crois pas qu'il soit possible d'affirmer que cette formation d'officiers pouvait décemment établir la sentence à 90 jours seulement, quelle que pût être leur appréciation de la preuve valablement produite. Il faut reconnaître à tout le moins que l'intimé n'a jamais contesté les détails de son infraction, à savoir le fait qu'il n'a pas, comme il le devait, assuré la sécurité d'Arone. Durant son propre interrogatoire principal, il a admis à plusieurs reprises qu'il avait été négligent. La triste vérité, mais la vérité irréparable, c'est que cette négligence a conduit à la mort d'un prisonnier. Même en

²² Record, page 352.

²³ Record, page 396.

²² Dossier, page 352.

²³ Dossier, page 396.

to the respondent, the panel was bound to conclude that Boland had strong reason to be concerned about the conduct of Matchee and Brown in respect of a helpless prisoner. Even if the panel believed he did not see Brown strike the prisoner on the first occasion and even if it concluded that Boland disbelieved Matchee's statement that Brown had struck the prisoner after he, Boland, had left, Boland had admitted that he considered Brown to be a "weak" soldier who could surely not be counted on to resist the initiatives of Matchee. He admitted having seen Matchee do life-threatening acts to the prisoner by covering his nose and pouring water on him. He had subsequently heard Matchee speak of intending to burn the prisoner with cigarettes. He thus had good grounds for apprehension as to Matchee's conduct. There was also evidence from even some defence witnesses that Matchee's reputation was well known. Yet, it was clear that Boland had said at least once and probably twice in the presence of Matchee: "I don't care what you do, just don't kill the guy". He gave no proper order to Matchee as to safeguarding the prisoner and left him unsupervised. Nor was it in dispute that it was Boland's responsibility to take all reasonable steps to see that the prisoner was held in a proper manner. Boland failed in that duty, with grave consequences.

I see nothing in the instructions of the Judge Advocate, nor in the sentence, to indicate the General Court Martial had a proper regard to the fundamental public policy which underlies the duty of a senior non-commissioned officer to safeguard the person or life of a civilian who is a prisoner of Canadian Forces, particularly from apprehended brutality or torture at the hands of our own troops. That is this case. There were here no mitigating circumstances such as the presence of an armed or dangerous prisoner, or even one who was physically uncontrollable. These events did not happen in the heat of battle. There was nothing to suggest that this prisoner had caused any harm to any Canadian or to any Canadian military property: indeed he was captured, not in the Canadian compound, but in an abandoned adjacent compound. No one can dispute the difficult and

appréciant la preuve de la manière la plus favorable à l'intimé, la formation se devait de conclure que Boland avait de bons motifs de s'inquiéter de la conduite de Matchee et Brown à l'égard d'un prisonnier sans recours. Même si la formation a cru que Boland n'a pas vu Brown frapper le prisonnier la première fois, et même si Boland n'a pas cru la déclaration de Matchee selon laquelle Brown avait frappé le prisonnier après que lui, Boland, fut parti, Boland a admis qu'il considérait Brown comme un soldat « faible », sur lequel on ne pouvait certainement pas compter pour résister aux initiatives de Matchee. Il a admis avoir vu Matchee se livrer à de graves sévices sur le prisonnier, par exemple lui recouvrir le nez et verser de l'eau sur lui. Il avait par la suite entendu Matchee dire qu'il voulait brûler le prisonnier avec des cigarettes. Il avait donc de bonnes raisons de s'inquiéter de la conduite de Matchee. Il ressort également des dépositions des témoins, y compris de témoins de la défense, que la réputation de Matchee était bien connue. Pourtant, il est clair que Boland a déclaré à au moins une reprise, et peut-être même deux, en la présence de Matchee : « Je me fiche de ce que vous faites, mais ne le tuez pas ». Il n'a donné aucun ordre adéquat à Matchee quant à la protection du prisonnier, et il l'a laissé sans surveillance. Il n'a pas non plus été contesté qu'il appartenait à Boland de prendre tous les moyens raisonnables pour faire en sorte que le prisonnier soit détenu de manière convenable. Boland a manqué à cette obligation, et ce manquement a eu de graves conséquences.

Je ne vois rien dans les directives données par le juge-avocat, ni dans la sentence, qui laisse croire que la cour martiale générale a dûment tenu compte de l'intérêt public fondamental sous-jacent au devoir d'un sous-officier supérieur d'assurer la protection de la personne ou de la vie d'un prisonnier civil des Forces canadiennes, particulièrement contre des actes appréhendés de brutalité ou de torture de la part de nos propres soldats. C'est le cas en l'espèce. Il n'y avait ici aucune circonstance atténuante, telle que la présence d'un prisonnier armé ou dangereux, ou même d'un prisonnier physiquement incontrôlable. Ces événements ne sont pas survenus dans le feu de l'action. Rien ne laissait croire que le prisonnier avait causé quelque préjudice à un Canadien ou à des biens militaires canadiens : en fait, il a été capturé, non pas dans le camp militaire canadien, mais dans un camp

sometimes hazardous circumstances under which Canadian forces were operating in Somalia in general, nor the physical problems which Boland himself was experiencing at this time. Nevertheless these circumstances call for the exercise of greater rather than less discipline particularly on the part of those in command of others.

It is only fair to note the good, and in some respects remarkably good, record of the respondent both prior to going to Somalia and in Somalia itself. He carried out some exercises involving great courage and initiative. Reports indicate that since his conviction and sentencing he has shown a positive attitude and received good performance evaluations. (Although automatically demoted, upon sentence of incarceration, to the rank of private, he has since earned a promotion to corporal.) He has also suffered a major financial loss due to his demotion. Regrettably, none of this can adequately offset, for sentencing purposes, his very serious failure to ensure the safety of a prisoner.

The argument has also been made that more senior officers were even more responsible for this deplorable situation and that Boland should not bear the burden. Reference is made to the order or message said to have been passed on from the company commander that it was all right to abuse prisoners. In the case of Boland this argument as to the greater responsibility of superiors cuts two ways. Private Brown, one of the lowest ranking persons involved, has been convicted of manslaughter and torture and sentenced to five years. Boland, his immediate commanding officer who admitted to negligence in not preventing Brown's criminal actions, was sentenced to 90 days. There appears to be a disparity between these sentences. To the extent that justification is sought in the superior "order" to abuse prisoners, Boland to his credit recognized this to be an improper order and at one point at least decided not to pass it on. Therefore he can hardly invoke it as a defence. With respect to the responsibility of Boland's superiors, and the charges, verdicts, and sentences concerning various commissioned officers, at least some of

adjacent abandonné. Nul ne contestera les circonstances difficiles et parfois dangereuses dans lesquelles les Forces canadiennes opéraient en Somalie de façon générale, ni les problèmes physiques que Boland lui-même éprouvait à ce moment-là. Néanmoins, de telles circonstances appellent une discipline accrue, et non moindre, en particulier de la part de personnes qui en commandent d'autres.

Il n'est que juste de faire état des bons antécédents, et à certains égards des antécédents remarquables, de l'intimé, à la fois avant qu'il ne parte pour la Somalie et en Somalie même. Il a exécuté certaines manœuvres qui supposaient beaucoup de courage et d'initiative. Selon les rapports, depuis sa condamnation et le prononcé de sa sentence, il manifeste une attitude positive et il reçoit de bonnes évaluations de rendement. (Bien qu'il ait été, par la sentence d'emprisonnement, rétrogradé automatiquement au rang de simple soldat, il s'est depuis élevé au grade de caporal.) Il a également subi une perte financière importante à la suite de sa rétrogradation. Malheureusement, rien de tout cela ne peut racheter adéquatement, aux fins de la sentence à imposer, son omission très grave d'assurer la sécurité d'un prisonnier.

On a également fait valoir que des officiers de rang plus élevé portaient encore davantage la responsabilité de cette déplorable situation et que Boland ne devrait pas être plus à blâmer qu'eux. Mention est faite de l'ordre ou du message qui aurait été donné par le commandant de compagnie et selon lequel il était acceptable de maltraiter les prisonniers. Dans le cas de Boland, cet argument de la responsabilité plus grande des officiers supérieurs est à double tranchant. Le soldat Brown, l'un des hommes de troupe ayant le moins de gallons, a été déclaré coupable d'homicide involontaire et de torture et condamné à cinq ans. Boland, son commandant immédiat, qui a reconnu avoir été négligent en n'empêchant pas les actions criminelles de Brown, a été condamné à 90 jours. Il paraît y avoir une inégalité entre ces sentences. Dans la mesure où l'« ordre » supérieur peut servir de prétexte pour infliger des mauvais traitements aux prisonniers, Boland a estimé, ce qui est à son honneur, que c'était là un ordre excessif et a décidé, à un certain moment du moins, de ne pas le transmettre. En conséquence, il lui est difficile de l'invoquer comme

these remain under appeal and will have to be dealt with on their own terms at the appropriate time.

It has also been argued that since Boland has already served his sentence the Court should not return him to prison. This is certainly a matter for serious consideration but it cannot be elevated into a rule of law, particularly when the initial sentence was for only 90 days. To accept that in such circumstances a person could not be returned to prison after an appeal would mean that Crown appeals against such sentences would normally be pointless, the processes of appeal necessarily consuming more time than the sentence itself. This circumstance is not of itself a sufficient reason for refusing to increase the sentence.²⁴ At the same time it is obvious that Crown appeals from such short sentences should be expedited far more than has this one, and this Court stands ready to assist if so requested.

I agree with the Crown's submission that the offence itself could readily warrant a sentence of 18 months. I believe however that, having regard to all the circumstances, including the respondent's good record both before and after this event and the fact that returning him to prison will cause greater hardship than if he had served the whole of his sentence at one time, a sentence of one year incarceration should be imposed.

DISPOSITION

The Crown's application for leave to appeal the sentence will be granted, the appeal will be allowed, and the sentence of imprisonment will be increased to one year.

BROOKE J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

moyen de défense. Quant à la responsabilité des supérieurs de Boland, et quant aux accusations, verdicts et sentences se rapportant à divers officiers, les appels formées contre certains d'entre eux ne sont pas encore décidés et devront être traités le moment venu selon leurs propres termes.

Il a également été soutenu que, puisque Boland a déjà purgé sa peine, la Cour ne devrait pas le renvoyer en cellule. C'est là certainement un point qui mérite d'être retenu, mais il ne saurait être élevé au niveau d'une règle de droit, d'autant que la sentence initiale était un emprisonnement de seulement 90 jours. Accepter que, dans un tel cas, une personne ne puisse être renvoyée en cellule après un appel signifierait que les appels formés par le ministère public contre de telles sentences seront le plus souvent inutiles, les mécanismes d'appel absorbant nécessairement davantage de temps que la sentence elle-même. Cette circonstance n'est pas en soi un argument qui puisse faire obstacle à une argumentation de la sentence.²⁴ De même, il est évident que les appels interjetés par le ministère public contre de telles sentences de courte durée devraient être traités plus rapidement que l'espèce et la Cour est prête à apporter son aide le cas échéant.

Je souscris à la conclusion du ministère public selon laquelle l'infraction elle-même pourrait facilement justifier une sentence de 18 mois. Je suis toutefois d'avis que, eu égard à toutes les circonstances, y compris les bons antécédents de l'intimé, tant avant qu'après cet événement, et le fait que son renvoi en cellule sera pour lui une épreuve plus grande que s'il avait purgé en une seule fois la totalité de sa sentence, une peine d'emprisonnement d'une durée d'un an devrait être imposée.

DISPOSITIF

La demande du ministère public d'autorisation d'appel de la sentence sera accordée, l'appel sera accueilli et la sentence d'emprisonnement sera portée à un an.

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

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

²⁴ See e.g. *R. v. Weber* (1972), 9 C.C.C.(2d) 49 (B.C.C.A.).

²⁴ Voir par exemple *R. v. Weber* (1972), 9 C.C.C. (2d) 49 (C.A.C.-B.).