

R. v. Matusheskie, 2009 CMAC 3

CMAC 512

Master Corporal C.A. Matusheskie
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen
Respondent.

Heard: Ottawa Ontario, March 27, 2009.
Judgment: Ottawa, Ontario, April 15, 2009.
Present: Dawson J.A., Barnes J.A., Shore J.A.

On appeal from the legality of the Applicant's convictions and sentence before a Standing Court Martial at Canadian Forces Base Petawawa, Ontario, April 2, 2008.

S. 83 of the National Defence Act — Disobeying a Lawful Order — An Order Must be Manifestly Unlawful to Justify Disobedience — Second superior should be notified when giving an order contradicting that of a previous superior.

The Appellant faces charges of disobeying an order to not install tactical latches on specific firearms. The Appellant admitted disobeying the order, however, he claimed to do so as a result of a subsequent order from another Officer. The Appellant had informed the second officer of the first order. The Military Judge found that the Appellant had not established that the second order was lawful on the balance of probabilities, and therefore he could not rely upon it to establish a defence.

Held: appeal allowed, conviction is quashed, verdict of not guilty substituted.

The Military Judge committed an error in law by requiring the Appellant to establish the second order was lawful on the balance of probabilities. Prompt obedience of orders is fundamental to military life, therefore the standard for disobedience must be where an order is manifestly unlawful. The Appellant further discharged his onus to inform the second officer of the preceding order.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 83.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), arts. 19.02, 19.015.

R. c. Matusheskie, 2009 CACM 3

CMAC 512

Caporal-chef C.A. Matusheskie
Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine
Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 27 mars 2009.
Jugement : Ottawa (Ontario), le 15 avril 2009.
Devant : Les juges Dawson, Barnes et Shore, J.C.A.

Appel de la légalité du verdict de culpabilité prononcé par la cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Petawawa (Ontario), le 2 avril 2008.

Article 83 de la Loi sur la défense nationale — Désobéissance à un ordre légitime — Un ordre doit être manifestement illégal pour justifier qu'on y désobéisse — Si un ordre est incompatible avec un ordre antérieur, il faut signaler l'incompatibilité au supérieur qui a donné le second ordre.

L'appelant a été accusé d'avoir désobéi à l'ordre de ne pas installer de verrous tactiques sur certains fusils. L'appelant a admis avoir désobéi à l'ordre; toutefois, il a affirmé l'avoir fait en raison d'un ordre ultérieur. L'appelant avait informé le second supérieur du premier ordre. Le juge militaire a conclu que l'appelant n'avait pas prouvé, selon la prépondérance de la preuve, que le second ordre était légitime et que l'appelant ne pouvait donc pas s'appuyer sur le moyen de défense de l'ordre légitime incompatible.

Arrêt : L'appel est accueilli, le verdict de culpabilité est annulé et un verdict de non-culpabilité est inscrit.

Le juge militaire a commis une erreur de droit lorsqu'il a fait supporter à l'appelant le fardeau de prouver, selon la prépondérance de la preuve, que le second ordre était légitime. L'obéissance aux ordres est la règle fondamentale de la vie militaire. Il faut obéir à moins que l'ordre soit manifestement illégal. L'appelant a dégagé sa responsabilité lorsqu'il a informé le second supérieur de l'ordre incompatible antérieur.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 83.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes, (ORFC, en ligne : <https://www.canada.ca/fr/ministere-defense-nationale/organisation/politiques-normes/ordonnances-reglements-royaux.html>), art. 19.02, 19.015.

CASES CITED

R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, 112 D.L.R. (4th) 513.

COUNSEL

Major S.E. Turner, for the appellant.
Major Marylène Trudel, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[1] DAWSON J.A.: A Military Judge convicted Master Corporal Matusheskie of disobeying a lawful command of a superior officer, contrary to section 83 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5. We agree with the parties that this conviction must be set aside because the Military Judge erred in law. The only issue raised on the appeal is whether the Court should substitute a finding of not guilty, or order a new trial.

[2] After hearing argument on that issue the Court advised the parties that, for reasons to be delivered in writing, the Court would quash the finding of guilt and substitute in its stead a finding of not guilty. These are the Court's reasons for that conclusion.

I. Facts

[3] Master Corporal Matusheskie is a Weapons Technician. He was charged with disobeying an order given to him by Sergeant Mercredi. The order directed Master Corporal Matusheskie to not install tactical latches on certain C-7 assault rifles.

[4] At his trial, Master Corporal Matusheskie admitted that he had disobeyed Sergeant Mercredi's order. However, he defended the charge on the basis that he had installed the tactical latches pursuant to a subsequent, conflicting order given by Warrant Officer Green.

[5] The Military Judge made a number of findings of fact that are not challenged on this appeal. Specifically, he found that:

JURISPRUDENCE CITÉE

R. c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701, 112 D.L.R. (4th) 513.

AVOCATS

Le major S.E. Turner, pour l'appellant.
La major Marylène Trudel, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Un juge militaire a déclaré le caporal-chef Matusheskie coupable de désobéissance à un ordre légitime d'un supérieur, une infraction prévue à l'article 83 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5. Nous sommes d'accord avec les parties que cette déclaration de culpabilité doit être annulée parce que le juge militaire a commis une erreur de droit. La seule question soulevée en appel est de savoir si la Cour devrait y substituer un verdict de non-culpabilité ou bien ordonner un nouveau procès.

[2] Après avoir entendu les observations sur cette question, la Cour a avisé les parties que, pour des motifs qui seront rendus par écrit, elle annulerait le verdict de culpabilité et y substituerait un verdict de non-culpabilité. Les motifs de la Cour suivent.

I. Les faits

[3] Le caporal-chef Matusheskie est un technicien en armement. Il a été accusé de désobéissance à un ordre qui lui avait été donné par le sergent Mercredi. Selon cet ordre, le caporal-chef Matusheskie ne devait pas installer de verrous tactiques sur certains fusils d'assaut C-7.

[4] Lors du procès, le caporal-chef Matusheskie a admis qu'il avait désobéi à l'ordre du sergent Mercredi. Toutefois, il a contesté l'accusation au motif qu'il avait installé les verrous tactiques à la suite d'un ordre ultérieur, incompatible, donné par l'adjudant Green.

[5] Le juge militaire a tiré un certain nombre de conclusions de fait qui ne sont pas contestées dans le présent appel. En particulier, il a conclu que :

- after Sergeant Mercredi ordered Master Corporal Matusheskie not to install the tactical latches, Master Corporal Matusheskie was ordered to install the latches by Warrant Officer Green;
 - Master Corporal Matusheskie advised Warrant Officer Green that his order conflicted with an order previously given to the Master Corporal by Sergeant Mercredi; and
 - after being so advised, Warrant Officer Green directed Master Corporal Matusheskie to obey his order to install the tactical latches.
- après que le sergent Mercredi eut ordonné au caporal-chef Matusheskie de ne pas installer les verrous tactiques, l'adjudant Green a donné l'ordre au caporal-chef Matusheskie d'installer les verrous;
 - le caporal-chef Matusheskie a informé l'adjudant Green que son ordre était incompatible avec l'ordre qu'il avait précédemment reçu du sergent Mercredi; et
 - après qu'il eut été ainsi informé, l'adjudant Green a ordonné au caporal-chef Matusheskie d'obéir à son ordre et d'installer les verrous tactiques.

II. The Military Judge's error

[6] Article 19.02 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O) deals with "Conflicting Lawful Commands and Orders." It provides:

(1) If an officer or non-commissioned member receives a lawful command or order that he considers to be in conflict with a previous lawful command or order received by him, he shall orally point out the conflict to the superior officer who gave the later command or order.

(2) If the superior officer still directs the officer or non-commissioned member to obey the later command or order, he shall do so.

[7] As noted above, the Military Judge found that Master Corporal Matusheskie was ordered by Warrant Officer Green to proceed with the weapon modifications. However, the Military Judge concluded that Master Corporal Matusheskie failed to prove, on a balance of probabilities, that Warrant Officer Green's order was lawful. Therefore, the Military Judge refused to apply the conflicting lawful order defence.

[8] The Military Judge failed to consider article 19.015 of the QR&O. That article, and the accompanying Notes B and C state:

Every officer and non-commissioned member shall obey lawful commands and orders of a superior officer.

II. L'erreur commise par le juge militaire

[6] L'article 19.02 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux forces canadiennes* (ORFC) traite des « ordres et commandements légitimes incompatibles ». Il est libellé de la façon suivante :

(1) Si un officier ou militaire du rang reçoit un commandement ou un ordre légitime qu'il juge incompatible avec un commandement ou un ordre qu'il a déjà reçu, il signale l'incompatibilité de vive voix au supérieur qui a donné le dernier commandement ou ordre.

(2) Si le supérieur lui donne encore instruction d'obéir au dernier commandement ou ordre, l'officier ou militaire du rang doit l'exécuter.

[7] Comme je l'ai mentionné ci-dessus, le juge militaire a conclu que le caporal-chef Matusheskie avait reçu l'ordre de l'adjudant Green de procéder à la modification des armes. Toutefois, le juge militaire a conclu que le caporal-chef Matusheskie n'avait pas prouvé, selon la prépondérance de la preuve, que l'ordre de l'adjudant Green était légitime. Par conséquent, le juge militaire a refusé d'accueillir l'argument de défense relatif à l'ordre légitime incompatible.

[8] Le juge militaire n'a pas pris en compte l'article 19.015 des ORFC. Cet article et les notes B et C qui l'accompagnent sont libellés de la façon suivante :

Tout officier et militaire du rang doit obéir aux commandements et aux ordres légitimes d'un supérieur.

[...]

(B) Usually there will be no doubt as to whether a command or order is lawful or unlawful. In a situation, however, where the subordinate does not know the law or is uncertain of it he shall, even though he doubts the lawfulness of the command, obey unless the command is manifestly unlawful.

(C) An officer or non-commissioned member is not justified in obeying a command or order that is manifestly unlawful. In other words, if a subordinate commits a crime in complying with a command that is manifestly unlawful, he is liable to be punished for the crime by a civil or military court. A manifestly unlawful command or order is one that would appear to a person of ordinary sense and understanding to be clearly illegal; for example, a command by an officer or non-commissioned member to shoot a member for only having used disrespectful words or a command to shoot an unarmed child.

[9] The Military Judge erred in law by imposing upon Master Corporal Matusheskie the burden of proving, on a balance of probabilities, that Warrant Officer Green's order was lawful.

[10] We agree with the respondent that the Military Judge could only impose that burden upon Master Corporal Matusheskie if the Military Judge concluded that Warrant Officer Green's order was "manifestly unlawful". The Military Judge made no such finding (nor would such a finding have been open to the Military Judge on the evidence).

III. The appropriate remedy

[11] On the basis of the Military Judge's findings of fact, all of the elements of article 19.02 of the QR&O were established.

[12] While the Military Judge was not satisfied that the second order was a lawful order, the Military Judge failed to have regard to notes B and C of article 19.015 of the QR&O. Those notes are clear that a command is to be obeyed, unless the command is manifestly unlawful. This reflects the fact that obedience to orders is the

[...]

(B) D'ordinaire il n'y a pas à se demander si un commandement ou un ordre est légitime ou non. Toutefois, lorsque le subordonné ignore la loi ou n'en est pas certain, il obéira au commandement même s'il doute de sa légitimité, sauf si celui-ci est manifestement illégal.

(C) Un officier ou militaire du rang n'est pas justifié d'obéir à un commandement ou à un ordre qui est évidemment illégitime. En d'autres termes, le subordonné qui commet un crime par soumission à un commandement qui est évidemment illégitime est passible de punition pour le crime par un tribunal civil ou militaire. Un ordre ou un commandement qui apparaît à une personne possédant un jugement et une compréhension ordinaires comme étant nettement illégal constitue un acte manifestement illégitime; par exemple, un commandement donné par un officier ou militaire du rang d'abattre un autre militaire qui s'est adressé à lui en termes irrespectueux ou le commandement de tirer sur un enfant sans défense.

[9] Le juge militaire a commis une erreur de droit lorsqu'il a fait supporter au caporal-chef Matusheskie le fardeau de prouver, selon la prépondérance de la preuve, que l'ordre de l'adjudant Green était légitime.

[10] Nous sommes d'accord avec l'intimée que le juge militaire pouvait faire supporter ce fardeau au caporal-chef Matusheskie seulement si le juge militaire avait conclu que l'ordre de l'adjudant Green était « manifestement illégal ». Le juge militaire n'a pas tiré une telle conclusion (sur la base de la preuve, il n'était même pas loisible au juge militaire de tirer une telle conclusion).

III. La réparation appropriée

[11] Sur la base des conclusions de fait du juge militaire, tous les éléments de l'article 19.02 des ORFC étaient établis.

[12] Même si le juge militaire n'était pas convaincu que le deuxième ordre était un ordre légitime, le juge militaire n'a pas pris en compte les notes B et C de l'article 19.015 des ORFC. Ces notes énoncent clairement qu'il faut obéir au commandement à moins que le commandement soit manifestement illégal. Cela reflète le fait que l'obéissance

fundamental rule of military life. There must be prompt obedience to all lawful orders.

[13] The threshold for finding an order to be manifestly unlawful is, properly, very high. In *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at pages 834 and 835, the Supreme Court of Canada explained what a “manifestly unlawful” order is in the following terms:

239. The manifest illegality test has received a wide measure of international acceptance. Military orders can and must be obeyed unless they are manifestly unlawful. When is an order from a superior manifestly unlawful? It must be one that offends the conscience of every reasonable, right-thinking person; it must be an order which is obviously and flagrantly wrong. The order cannot be in a grey area or be merely questionable; rather it must patently and obviously be wrong. For example the order of King Herod to kill babies under two years of age would offend and shock the conscience of the most hardened soldier. A very helpful discussion as to when an order is manifestly unlawful can be found in the decision of the Israel District Military Court in the case of *Ofer v. Chief Military Prosecutor (the Kafr Qassem case)* [Appeal 279-283/58, *Psakim* (Judgments of the District Courts of Israel), vol. 44, at p. 362], cited in appeal before the Military Court of Appeal, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, at p. 108, and also cited in Green “Superior Orders and Command Responsibility”, *supra*, at p. 169, note 8:

The identifying mark of a ‘manifestly unlawful’ order must wave like a black flag above the order given, as a warning saying: ‘forbidden’. It is not formal unlawfulness, hidden or half-hidden, not unlawfulness that is detectable only by legal experts, that is the important issue here, but an overt and salient violation of the law, a certain and obvious unlawfulness that stems from the order itself, the criminal character of the order itself or of the acts it demands to be committed, an unlawfulness that pierces and agitates the heart, if the eye be not blind nor the heart closed or corrupt. That is the degree of ‘manifest’ illegality required in order to annul the soldier’s duty to obey and render him criminally responsible for his actions. [Emphasis added.]

[14] Unquestionably, Warrant Officer Green’s order was not manifestly unlawful. Warrant Officer Green was

aux ordres est la règle fondamentale de la vie militaire. On doit obéir immédiatement à tous les ordres légitimes.

[13] Le critère permettant de conclure qu’un ordre est manifestement illégal est, comme il se doit, très exigeant. Dans *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, aux pages 834 et 835, la Cour suprême du Canada a expliqué dans les termes suivants ce qu’est un ordre « manifestement illégal » :

239. Le critère de l’illégalité manifeste est aujourd’hui grandement reconnu sur le plan international. On peut et l’on doit obéir aux ordres militaires à moins que ceux-ci ne soient manifestement illégaux. Quand l’ordre d’un supérieur est-il manifestement illégal? Il doit être de nature à offenser la conscience de toute personne raisonnable et sensée. Il doit être clairement et manifestement répréhensible. L’ordre ne peut se situer dans une zone grise ou être seulement douteux; il doit au contraire être manifestement et clairement répréhensible. Par exemple, l’ordre du Roi Hérode de tuer les bébés âgés de moins de deux ans offenserait et choquerait la conscience des soldats les plus endurcis. On peut trouver une analyse très utile sur les éléments caractéristiques d’un ordre manifestement illégal dans la décision de la Cour militaire de district d’Israël dans l’affaire *Ofer c. Chief Military Prosecutor* (l’affaire *Kafr Qassem*) [Appel 279-283/58, *Psakim* (Jugements des Cours de district d’Israël), vol. 44, à la p. 362], citée en appel devant le tribunal d’appel militaire, *Pal. Y.B. Int'l L.* (1985), vol. 2, p. 69, à la p. 108, et dans Green « Superior Orders and Command Responsibility », *loc. cit.*, à la p. 169, note 8 :

[TRADUCTION] Le signe déterminant d’un ordre « manifestement illégal » doit flotter au-dessus de l’ordre donné comme un drapeau noir en guise de mise en garde disant : « interdit ». La question importante en l’espèce n’est pas l’illégalité formelle, dissimulée ou à demi dissimulée, ni l’illégalité qui se détecte par les seuls experts juridiques, mais une violation manifeste et frappante de la loi, une illégalité certaine et évidente qui découle de l’ordre lui-même, de la nature criminelle de ce dernier ou des actes qui doivent être commis de ce fait, une illégalité qui transperce et trouble le cœur, si l’œil n’est pas aveugle ni le cœur fermé ou corrompu. Il s’agit là du degré d’illégalité « manifeste » requis pour annuler le devoir d’obéissance du soldat et rendre ce dernier criminellement responsable de ses actes. [Je souligne.]

[14] Il ne fait aucun doute que l’ordre de l’adjudant Green n’était pas manifestement illégal. L’adjudant Green

outside of Master Corporal Matusheskie's chain of command. However, as conceded by the respondent, an order issued by a superior officer outside of a person's chain of command is not *per se* a manifestly unlawful order.

[15] Master Corporal Matusheskie discharged his responsibility to inform Warrant Officer Green of the prior inconsistent order given by Sergeant Mercredi. When Warrant Officer Green directed Master Corporal Matusheskie to obey his later order, Master Corporal Matusheskie was obliged to obey that order.

[16] The Military Judge found that Master Corporal Matusheskie was complying with a second, inconsistent order when he installed the tactical latches. The second order was not manifestly unlawful. On those facts, no properly instructed trier of fact could conclude beyond a reasonable doubt that Master Corporal Matusheskie had the necessary intent to disobey Sergeant Mercredi's order.

[17] Intent is a constituent element of the offence of disobeying a lawful order contrary to section 83 of the *National Defence Act*. Absent proof of the requisite intent, the offence has not been proven.

[18] For these reasons, judgment will enter allowing the appeal, setting aside the finding of guilt and directing that a finding of not guilty be entered.

BARNES J.A.: I agree.

SHORE J.A.: I agree.

ne faisait pas partie de la chaîne de commandement du caporal-chef Matusheskie. Toutefois, comme l'intimé l'a admis, un ordre donné par un supérieur qui ne fait pas partie de la chaîne de commandement d'une personne n'est pas en soi un ordre manifestement illégal.

[15] Le caporal-chef Matusheskie a dégagé sa responsabilité lorsqu'il a informé l'adjudant Green de l'ordre incompatible précédemment donné par le sergent Mercredi. Lorsque l'adjudant Green a ordonné au caporal-chef Matusheskie d'obéir à l'ordre que, lui, il lui donnait, le caporal-chef Matusheskie était obligé d'obéir à cet ordre.

[16] Le juge militaire a conclu que le caporal-chef Matusheskie avait exécuté le deuxième ordre, incompatible, lorsqu'il avait installé les verrous tactiques. Le deuxième ordre n'était pas manifestement illégal. Sur la base de tels faits, aucun juge des faits dûment informé ne pouvait conclure, au-delà de tout doute raisonnable, que le caporal-chef Matusheskie avait eu l'intention nécessaire de désobéir à l'ordre du sergent Mercredi.

[17] L'intention est un élément constitutif de l'infraction de désobéissance à un ordre légitime, prévue à l'article 83 de la *Loi sur la défense nationale*. En l'absence de preuve de l'intention requise, l'infraction n'a pas été établie.

[18] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le verdict de culpabilité et j'ordonnerais qu'un verdict de non-culpabilité soit inscrit.

LE JUGE BARNES, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE SHORE, J.C.A. : Je suis d'accord.