

R. v. Day, 2011 CMAC 3

CMAC 543

**Her Majesty the Queen**

*Appellant,*

v.

**Captain T.F.W. Day**

*Respondent.*

Heard: Ottawa, Ontario, May 20, 2011.

Judgment: Ottawa, Ontario, June 24, 2011.

Present: Blanchard C.J., Weiler J.A. and Martineau J.A.

On appeal from the acquittal of the respondent by Standing Court Martial on June 19, 2010, at Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick.

*Neglect in performance of a military duty — Standard of proof is marked departure from the conduct of a reasonable person in all the circumstances — Objective standard does not require evidence of knowledge, training, and experience of the Accused.*

The respondent faced charges of two counts of negligent performance of a military duty contrary to section 124 of the *National Defence Act*, or in the alternative two counts of neglect to the prejudice of good order and discipline contrary to subsection 129(1) of the *National Defence Act*. The charges arose while he acted as duty officer at the Command Post at Forward Operating Base Ma'sum Ghar in Afghanistan, and engaged in an incident of friendly fire. The military judge found the respondent not guilty on all charges, stating insufficient evidence had been adduced to determine the standard of care applicable in the circumstances.

*Held:* Appeal allowed, directed verdicts set aside on all charges, new trial ordered.

The appeal is allowed. The applicable standard is that pronounced by the Supreme Court in *Creighton*: a marked departure from the conduct of a reasonable person in all circumstances. It was an error to require evidence of the knowledge, training, and experience of the accused as this does not reflect application of an objective standard. By necessity, some circumstances will be more onerous than others, however this is dependent on the circumstance and not the actor. The standard can be varied

R. c. Day, 2011 CACM 3

CMAC 543

**Sa Majesté la Reine**

*Appelante,*

c.

**Capitaine T.F.W. Day**

*Intimé.*

Audience : Ottawa (Ontario), le 20 mai 2011.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 24 juin 2011.

Devant : Le juge en chef Blanchard et les juges Weiler et Martineau, J.C.A.

Appel de l'acquiescement de l'intimé par une cour martiale permanente le 19 juin 2010 à la Base des Forces canadiennes Gagetown (Nouveau-Brunswick).

*Négligence dans l'exécution de tâches militaires — La norme de preuve est un écart marqué par rapport à la conduite d'une personne raisonnable dans ces circonstances — La norme objective n'exige pas une preuve de connaissance, de formation et d'expérience de l'accusé.*

L'intimé est inculpé de deux chefs d'accusation d'exécution négligente d'un devoir militaire en contravention de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale* ou, subsidiairement, de deux chefs d'accusation de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline en contravention du paragraphe 129(1) de la *Loi sur la défense nationale*. Les chefs d'accusation découlent d'un incident de tir fratricide alors que l'intimé agissait en tant qu'officier de service au poste de commandement de la base d'opérations avancée Ma'sum Ghar, en Afghanistan. Le juge militaire a reconnu l'intimé non coupable de tous les chefs d'accusation au motif que la preuve produite était insuffisante pour établir la norme de diligence requise dans les circonstances.

*Arrêt :* L'appel est accueilli, les verdicts imposés sont annulés à l'égard de tous les chefs d'accusation, et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

L'appel est accueilli. La Cour suprême a établi la norme applicable dans l'arrêt *Creighton* : un écart marqué par rapport à la conduite d'une personne raisonnable dans les circonstances. Le juge a commis une erreur en exigeant une preuve de connaissance, de formation et d'expérience de l'accusé, car elle ne correspond à l'application d'une norme objective. Nécessairement, certaines circonstances seront plus exigeantes que d'autres. Toutefois, le degré d'exigence dépendra des

where there is evidence of lack of capacity to appreciate the risk of the situation, however there is no such evidence in this case.

circonstances et non de l'acteur. La norme peut être modulée lorsque la preuve montre un manque de capacité à apprécier les risques de la situation. Cependant, tel n'est pas le cas dans l'espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 124, 129(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 124, 129(1).

#### CASES CITED

*R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *R. v. Brocklebank*, 5 C.M.A.R. 390, 1996 CanLII 12045; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, 157 N.R. 1; *R. v. Mathieu*, 5 C.M.A.R. 363, 1995 CanLII 10767; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, 78 N.R. 377; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, 98 N.R. 19; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, 9 N.R. 215.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

*R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *R. c. Brocklebank*, 5 C.A.C.M. 390, 1996 CanLII 12045; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, 157 N.R. 1; *R. c. Mathieu*, 5 C.A.C.M. 363, 1995 CanLII 10767; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, 78 N.R. 377; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, 98 N.R. 19; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, 9 N.R. 215.

#### COUNSEL

*Major Steven D. Richards*, for the appellant.  
*Lieutenant-Commander Brent G. Walden*, for the respondent.

#### AVOCATS

*Major Steven D. Richards*, pour l'appelante.  
*Capitaine de corvette Brent G. Walden*, pour l'intimé.

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

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

[1] WEILER J.A.: The overarching issue on this appeal is whether the military judge erred in holding that evidence of an accused's rank, status and training is required to prove the objective standard of care for negligence. For the reasons that follow, I would hold that he did.

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

#### I. Background

[2] The facts are largely not in dispute. The respondent, Captain T.F.W. Day, was the duty officer at the Command Post (CP) at Forward Operating Base (FOB) Ma'sum Ghar in Afghanistan on January 23, 2009. On that day, a Canadian infantry patrol led by Captain Corey, from another nearby base, FOB Wilson, arranged to destroy some improvised explosive device-making materials in a controlled explosion in the area of operation of FOB Ma'sum Ghar.

#### I. Le contexte

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

[3] Captain Day had been alerted to the fact that there was a Canadian infantry patrol operating in his area of operations by his tank crew operating in the same area. Master Corporal Dickison, who was in the tank crew, requested details of the infantry patrol. The radio operator at command post FOB Ma'sum Ghar received the request and passed it on to Captain Day. Despite the fact that information regarding the infantry patrol's planned destination, objectives and progress had been made available to Captain Day by way of the daily situation report, as well as from updates on the computer-based chat program (MIRC) monitored by Captain Day, he failed to obtain any specific information about the patrol. The tank crew was advised by the radio operator at FOB Ma'sum Ghar CP that no details were available.

[4] The FOB Wilson duty officer, Captain Lloyd, posted a notice and a five-minute warning on the MIRC that the patrol was going to perform a controlled explosion. This information was available to Captain Day, as he was monitoring and regularly posting his entries in the same computer chat room on the MIRC at the relevant time. It was critical that FOB Ma'sum Ghar communicate this information to the tank crew in the area. This did not happen.

[5] When the explosion occurred, the tank crew operating under Captain Day's control mistook the explosion for an incoming rocket attack and returned fire, narrowly missing the friendly force infantry patrol and civilians in a nearby village.

[6] As soon as this happened, Captain Day was advised that the tank crew was engaging friendly forces. He looked at the MIRC, on which he had been making postings shortly before and after notice of the explosion had been given, and said, "I missed it". He repeated that phrase or words to that effect twice more.

[7] As a result of the incident, Captain Day was charged with two counts of negligent performance of a military duty contrary to section 124 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA), or in the alternative,

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

[4] L'officier de service à la BOA Wilson, le Capitaine Lloyd, a affiché un avis et un avertissement de cinq minutes sur le mIRC informant que la patrouille allait procéder à une explosion contrôlée. Le Capitaine Day avait accès à ce renseignement, puisqu'il surveillait le même clavardoir du mIRC durant la période en question et qu'il y affichait ses entrées. Il était vital que la BOA Ma'sum Ghar transmette ce renseignement à l'équipage du char dans la zone. Cela n'a pas été fait.

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

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

[7] À la suite de l'incident, deux chefs d'accusation de négligence dans l'exécution de tâches militaires en violation de l'article 124 de la *Loi sur la Défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN), ou subsidiairement, deux

two counts of neglect to the prejudice of good order and discipline contrary to subsection 129(1) of the NDA.

[8] Captain Day was tried by a Standing Court Martial. As part of its case, the prosecution led evidence from Captain von Finckenstein that a priority task of a duty officer, such as Captain Day, is to manage friendly positional awareness by maintaining awareness of the location and activities of friendly forces and ensuring that that information is passed on to the forces under the CP's control. His evidence was generally supported by that of Captains Corey and Lloyd.

[9] At the conclusion of the prosecution's case, the defence moved for a ruling that the prosecution had failed to establish a *prima facie* case against the respondent. That motion is the subject of this appeal. The essence of the military judge's decision is captured in the following paragraphs from his reasons:

[13] I come to the conclusion that there is some evidence upon which a reasonable panel, properly instructed, could return a verdict of guilty concerning the military duty imposed to Captain Day for the offences laid under section 124 of the *National Defence Act*. Captains Corey, Lloyd, and von Finckenstein provided some evidence about the role and responsibilities of a duty officer for a combat unit in an operational theatre like Afghanistan, which specifically include the duty of being aware of the location and situation of subunits and other friendly forces in the combat unit's area of operation. In order to do so, there is some evidence from the same witnesses that the duty officer has various communication means to receive and pass relevant information to that effect at the lower and higher level of responsibilities...

...

[22] I do agree with the prosecution that there is some evidence about what is expected from the A Squadron duty officer in the command post at Ma'sum Ghar on the day of the alleged offences. Through all witnesses and the publication entitled "Staff Duties for Land Operations," some evidence was put before the court.

chefs de négligence préjudiciable au bon ordre et à la discipline en violation du paragraphe 129(1) de la LDN ont été portés contre le Capitaine Day.

[8] Le Capitaine Day a été jugé par une cour martiale permanente. Dans son réquisitoire, la poursuite a présenté la preuve provenant du Capitaine von Finckenstein voulant qu'une des tâches prioritaires d'un officier de service, comme le Capitaine Day, fût de connaître la position des forces amies en restant vigilant à l'égard de la position et des activités des forces amies et en s'assurant que cette information était transmise aux forces dirigées par le PC. Sa preuve était généralement appuyée par les Capitaines Corey et Lloyd.

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

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

[...]

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

[23] However, there is no evidence whatsoever, direct or circumstantial, that was adduced by the prosecution concerning the circumstances of the accused. Other than having introduced evidence on the rank of the accused, no evidence was introduced about the knowledge, training, and experience Captain Day had to perform as the A Squadron's duty officer in the command post at Ma'sum Ghar at the time of the alleged offences, in order to allow the court to determine the standard of care for a duty officer in all the circumstances of the accused.

[10] Accordingly, the military judge found Captain Day not guilty of all four charges.

## II. Analysis

[11] The prosecution submits that the military judge recognized that the standard of care was an objective one, namely, that of a reasonable person in all the circumstances of the case, but that the approach adopted by the military judge personalized the test. He erred in requiring the prosecution to lead evidence of Captain Day's knowledge, training and experience. This, the prosecution submits, was rejected by the Supreme Court of Canada in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3 (*Creighton*).

[12] I agree with this submission. In *Creighton* at pages 41, 58, 60 and 73, the Supreme Court held that for an offence based on negligence, the standard is a "marked departure" from the conduct of a reasonable person in all the circumstances of the case. The Supreme Court recognized that some activities may impose a higher *de facto* standard than others. This flows from the circumstances of the activity, not from the expertise of the actor. It is a uniform standard regardless of the background, education, or psychological disposition of the actor. The Supreme Court expressly rejected the argument that the standard of care in crimes of negligence would vary with the degree of experience, education, and other personal characteristics of the accused. *Creighton* was applied by this court in the military context in *R. v. Mathieu* (1995), 5 C.M.A.R. 363 (*Mathieu*), at pages 373 and 374.

[23] Cependant, aucune preuve quelle qu'elle soit, directe ou circonstancielle, n'a été présentée par la poursuite en ce qui a trait aux circonstances propres à l'accusé. Sauf pour ce qui est d'avoir présenté des éléments de preuve sur le grade de l'accusé, aucun n'a été par ailleurs présenté quant aux connaissances, à la formation et à l'expérience que possédait le Capitaine Day pour agir en tant qu'officier de service de l'escadron A au poste de commandement de Ma'sum Ghar au moment des infractions reprochées de manière à permettre à la cour de déterminer la norme de diligence applicable à un officier de service dans toutes les circonstances propres à l'accusé.

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

## II. Analyse

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

[12] Je souscris à cette observation. Dans l'arrêt *Creighton* aux pages 41, 58, 60 et 73, la Cour suprême a maintenu que, concernant une infraction fondée sur la négligence, la norme est celle d'un « écart marqué » entre celle d'une personne raisonnable se trouvant dans toutes les circonstances de l'affaire. La Cour suprême a reconnu que certaines activités peuvent imposer une norme de fait plus élevée que d'autres. Cette exigence découle des circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité et non de la compétence de l'auteur de l'acte. C'est une norme uniforme qui s'applique indépendamment des antécédents, du degré d'instruction ou de l'état psychologique de l'auteur de l'acte. La Cour suprême a expressément rejeté l'argument voulant que la norme de diligence dans le cas de crimes de négligence doive varier en fonction de l'expérience, du degré d'instruction et d'autres caractéristiques personnelles de l'accusé. L'arrêt *Creighton* a été utilisé par la Cour dans le contexte militaire de l'affaire *R. c. Mathieu* (1995), 5 C.A.C.M. 363 (*Mathieu*), aux pages 373 et 374.

[13] The respondent submits that evidence of Captain Day's knowledge, training and experience was necessary to establish the objective standard of care. In support of his position, he relies on *R. v. Brocklebank*, 5 C.M.A.R. 390, 1996 CanLII 12045 (*Brocklebank*) at pages 403 and 404, where the Court held that "the panel could consider the rank, status and training of the respondent as these were characteristics which the panel would otherwise ascribe to the reasonable person in the circumstances of the respondent".

[14] *Brocklebank* is distinguishable from the present case. In that case, Private Brocklebank was serving with the Canadian Forces on a peacekeeping mission in Somalia. On the evening in question, an unarmed 16-year-old Somali was taken into custody, bound and placed in a bunker. Brocklebank, who was in his bed, was awakened and ordered to be on duty at the front gate to the camp. As he was going to his position, Master Corporal Matchee called him over and showed him the prisoner in the bunker with a flashlight. Matchee told Brocklebank that he had been instructed to give the prisoner a beating but not to kill him. Matchee ordered Brocklebank to hand over his pistol. Brocklebank did so but did not go inside the bunker. Another soldier took pictures of Matchee holding the gun to the prisoner's head. Subsequently, Matchee beat the prisoner. Matchee never ordered Brocklebank to guard the prisoner. However, Brocklebank remained outside the bunker from where he watched the gate. There was conflicting evidence as to whether a prisoner in the bunker was to be guarded as part of the gate security shift. When Brocklebank left the bunker, he did not try to stop the prisoner's ordeal by reporting the matter to any of Matchee's superiors. The prisoner died as a result of being beaten. Brocklebank was charged with the offence of aiding and abetting in the commission of torture or, in the alternative, with negligent performance of a military duty. He was acquitted of both charges.

[15] On the Crown's appeal, the Court in *Brocklebank* unanimously upheld Brocklebank's acquittal of the offence of aiding and abetting in the commission of

[13] L'intimé soutient qu'il était nécessaire de connaître la preuve relative à la connaissance, l'instruction et l'expérience du Capitaine Day afin d'établir la norme objective de diligence. Pour appuyer sa position, il s'est fondé sur la décision *R. c. Brocklebank*, 5 C.A.C.M. 390, 1996 CanLII 12045 (*Brocklebank*), aux pages 403 et 404, dans laquelle la Cour maintient qu'« ils pouvaient tenir compte du rang, du statut et de la formation de l'intimé, car il s'agissait de caractéristiques que la formation attribuerait par ailleurs à la personne raisonnable dans les circonstances de l'intimé. »

[14] La décision *Brocklebank* ne s'applique pas à l'espèce. Dans cette affaire, le Soldat Brocklebank servait dans les forces canadiennes au cours d'une mission de maintien de la paix en Somalie. Au cours de la soirée en question, un Somalien non armé de seize ans a été placé en détention, attaché et enfermé dans un bunker. Brocklebank, qui était dans son lit, a été réveillé et a reçu l'ordre de se poster à la grille d'entrée du camp. Pendant qu'il se rendait à son poste, il a été appelé par le Caporal-chef Matchee et celui-ci lui a montré le prisonnier dans le bunker à la lumière de sa lampe de poche. Matchee a raconté à Brocklebank qu'on lui avait donné pour instruction de battre le prisonnier, mais pas de le tuer. Matchee a donné l'ordre à Brocklebank de lui donner son pistolet. Brocklebank s'est exécuté, mais n'est pas entré dans le bunker. Un autre soldat a pris des photos de Matchee pointant le pistolet à la tête du prisonnier. Subséquemment, Matchee a battu le prisonnier. Matchee n'a jamais ordonné à Brocklebank de garder le prisonnier. Cependant, Brocklebank est demeuré à l'extérieur du bunker d'où il surveillait la grille. Il y avait des éléments de preuve contradictoires à savoir si un prisonnier dans le bunker devait être gardé dans le cadre du quart de garde de la grille. Lorsque Brocklebank a quitté le bunker, il n'a pas essayé d'empêcher le supplice du prisonnier en rapportant l'affaire à l'un des supérieurs de Matchee. Le prisonnier est décédé à la suite des blessures qu'il a reçues. Brocklebank a été accusé de complicité dans la perpétration d'actes de torture, ou subsidiairement, de négligence dans l'exécution de tâches militaires. Il a été acquitté des deux chefs d'accusations.

[15] À la suite de l'appel de la Couronne, la Cour, dans la décision *Brocklebank*, a maintenu unanimement l'acquiescement pour le crime de complicité dans

torture, an offence of specific intent. On the charge of negligent performance of a military duty, the majority held, at p. 403, that part of the circumstances of the offence of negligent performance of military duty included the fact that, “the heightened state of apprehension or urgency caused by threats to the security of Canadian Armed Forces personnel or their materiel might mandate a more flexible standard than that expected in relatively non-threatening scenarios. Furthermore, in the military context, where discipline is the linchpin of the hierarchical command structure and insubordination attracts the harshest censure, a soldier cannot be held to the same exacting standard of care as a senior officer when faced with a situation where the discharge of his duty might bring him into direct conflict with the authority of a senior officer”. It was in this context that the majority held the panel could consider the rank, status and training of the accused.

[16] Unlike Brocklebank, Captain Day is a senior officer. The discharge of his duty, reporting what was happening, did not bring him into direct conflict with the authority of a senior officer. More importantly, the respondent’s argument elevates the exceptional situation in *Brocklebank*, namely that the panel *could* consider the rank, status and training of the accused to determine what an ordinary person would have done when confronted with information that a senior officer was torturing a prisoner, to a *requirement* that the prosecution introduce evidence of the accused’s rank, status and training in every case.

[17] I would reject the respondent’s submission. To accede to it would be to introduce a fluctuating standard into the standard of care which has been rejected by the Supreme Court in *Creighton* and by this court in *Mathieu*. Apart from the narrow exceptional situation in *Brocklebank*, there is no principled basis for concluding that there are factors unique to the military justice system that requires altering *Creighton*. The reason for an objective standard is found in *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, where the Court, quoting the decision of Wilson J. in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, observed

la perpétration d’actes de torture, un crime d’intention spécifique. Concernant l’accusation de négligence dans l’exécution de tâches militaires, la majorité des juges a maintenu, à la page 403, qu’une partie des circonstances de l’infraction de négligence dans l’exécution de tâches militaires comprenait le fait que « [...] le degré accru d’appréhension ou d’urgence causé par les menaces à la sécurité du personnel des Forces armées canadiennes ou de leur matériel pourra nécessiter une norme plus souple comparativement à celle qui est exigée dans les situations qui ne présentent pas de menaces. De plus, dans le contexte militaire, où la discipline constitue le fondement de la structure hiérarchique du commandement et où l’insubordination est vivement réprouvée, un soldat ne peut être tenu de se conformer à la même norme de diligence que l’officier supérieur dans une situation où l’exécution de ses fonctions risque de se traduire par un conflit direct avec l’autorité de celui-ci. » C’était dans ce contexte que la majorité des juges a maintenu que le tribunal pouvait tenir compte du grade, du statut et de la formation de l’intimé.

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

[17] Je rejeterais l’observation de l’intimé. L’accepter consisterait à introduire dans la norme de diligence une norme fluctuante, qui a été rejetée par la Cour suprême dans l’arrêt *Creighton* et par la Cour dans la décision *Mathieu*. Outre la situation exceptionnellement particulière de l’affaire *Brocklebank*, il n’y a pas de fondement rationnel qui permet de conclure qu’il existe des facteurs uniques au système de justice militaire nécessitant que l’arrêt *Creighton* soit modifié. Le raisonnement derrière l’application d’une norme objective se trouve dans l’arrêt *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49,

at paragraph 39 that a fluctuating standard undermines the principles of equality and individual responsibility that pervade the criminal law. As stated by McLachlin J. in *Creighton* at page 41, “The criminal law is concerned with setting minimum standards of conduct; the standards are not to be altered because the accused possesses more or less experience than the hypothetical average reasonable person”.

[18] In *Creighton*, McLachlin J. also held at page 61 that “the maintenance of a single, uniform legal standard of care for such offences, [is] subject to one exception: incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails”. Thus, the criminal law does take into account the personal characteristics of an accused person, but only in determining whether an individual has the capacity to appreciate the risk entailed by the activity: *Creighton* at page 69. There is no suggestion of lack of capacity in this case.

[19] I would give effect to the appellant’s ground of appeal.

### III. The respondent’s additional arguments

[20] The respondent raises two additional arguments based on the test articulated in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, at page 1080, namely, “whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty”. The test rests on direct as well as circumstantial evidence and the trier of fact is entitled to draw inferences from the evidence: see *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154, at pages 160 and 161.

[21] The respondent submits that the motion to dismiss ought to have succeeded in any event as there was no admissible evidence as to the military duty imposed on Captain Day under section 124 of the NDA, the duty imposed on him under section 129 of the NDA, or the standard of care required of Captain Day under either of those duties when acting as the duty officer.

dans lequel la Cour suprême, citant la décision du juge Wilson dans l’affaire *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, a noté au paragraphe 39 qu’une norme fluctuante porte atteinte aux principes d’égalité et de responsabilité individuelle omniprésents dans le droit criminel. Comme l’a remarqué la juge McLachlin dans l’arrêt *Creighton*, à la page 41 : « Le droit criminel fixe des normes minimales de conduite, lesquelles ne doivent pas être modifiées du fait que l’accusé possède plus ou moins d’expérience que la personne raisonnable moyenne hypothétique ».

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

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

### III. Les observations additionnelles de l’intimé

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

[21] L’intimé soutient que la requête en rejet aurait dû obtenir gain de cause de toute façon, car il n’y avait pas d’élément de preuve admissible relatif à la tâche militaire imposée au Capitaine Day en vertu de l’article 124 de la LDN, à la tâche qui lui était imposée en vertu de l’article 129 de la LDN ou à la norme de diligence exigée de lui dans l’exécution de l’une ou l’autre de ces tâches à titre d’officier de service.

[22] The respondent challenges the admissibility of the evidence of Captain von Finckenstein on the basis that, as an ordinary witness, he was not entitled to give evidence as to the duties of a duty officer. I disagree. Captain von Finckenstein was entitled to testify as to his understanding and experience. Furthermore, as found by the Military Judge, the evidence of Captains Corey and Lloyd as to their experience would give rise to a reasonable inference that the duties of a duty officer include monitoring the MIRC and maintaining situational awareness by receiving and passing along information.

[23] Finally, the respondent submits that there was no evidence that there was any prejudice to good order and discipline under section 129 of the NDA. Again, I would disagree. Not only could prejudice be inferred from a friendly patrol being fired on by highly explosive tank munitions, there was specific evidence from Captain Corey of the effect that the incident had on his soldiers and the leadership challenges that flowed from the incident.

[24] Accordingly, I would dismiss the respondent's additional arguments.

#### IV. Conclusion

[25] I would allow the appeal, set aside the directed verdicts of acquittal on all four charges and order a new trial.

BLANCHARD C.J.: I agree.

MARTINEAU J.A.: I agree.

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

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

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

#### IV. Conclusion

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

LE JUGE EN CHEF BLANCHARD, J.C.A. : J'y souscris.

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