

R. v. Watts, 2014 CMAC 9

CMAC 559

Lieutenant D.W. Watts

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Calgary, Alberta, April 4, 2014.

Judgment: Ottawa, Ontario, September 18, 2014.

Present: Bennett, Hansen and Webb J.J.A.

Appeal from the convictions and sentence imposed by General Court Martial in Calgary, Alberta on February 20, 2013.

Negligent performance of a military duty under s. 129 of the National Defence Act — Identification of military duty imposed — Military Judge incorrectly identified the military duty owed by the Appellant.

Charge to Jury — Instruction where credibility of the accused is engaged — Where the evidence may not provide a complete defence — A modified R. v. W. (D.) instruction should have been given in the circumstances.

The appellant was convicted of one count unlawfully causing bodily harm, and two counts negligent performance of duty after a training incident while deployed in Afghanistan. The charges were laid after a C19 backfired on a range set up to train a platoon on use of such explosive devices. The appellant had no training which qualified him to operate such a device, nor to be an Officer in Charge of the range. Five Canadian Forces Members qualified to instruct on C19s were present.

Held: Appeal allowed in part, new trial ordered on charges 4, 5, and a finding of not guilty entered on charge 6.

The military judges' instruction to the panel identified the incorrect military duty owed in relation to the charges constituting a fatal error on all three counts. Further, it was an error for the Military Judge to fail to instruct the panel on the evidence the Appellant was not permitted to be in charge of the range during the incident as this goes to the issue of proof

R. c. Watts, 2014 CACM 9

CMAC 559

Lieutenant D.W. Watts

Appellant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Calgary (Alberta), le 4 avril 2014.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 18 septembre 2014.

Devant : Les juges Bennett, Hansen et Webb, J.C.A.

Appel des déclarations de culpabilité et de la sentence rendue par une cour martiale générale à Calgary (Alberta), le 20 février 2013.

Négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire, en application de l'art. 129 de la Loi sur la défense nationale — Définition de la tâche ou mission militaire imposée — Le juge militaire a mal défini la tâche ou mission militaire qu'avait l'appellant.

Directives données au jury — Directives lorsque la crédibilité de l'accusé est en cause — Témoignage ne permettant pas de présenter une défense complète — Des directives modifiées auraient dû être données dans les circonstances, en conformité avec l'arrêt R. c. W. (D.).

L'appellant a été déclaré coupable d'avoir causé illégalement des lésions corporelles, et de deux chefs de négligence dans l'exécution de tâches, après un incident durant un entraînement alors qu'il était déployé en Afghanistan. Les accusations ont été déposées après un raté de tir avec une mine C19 sur un champ de tir installé pour l'entraînement d'un peloton sur l'usage de tels engins explosifs. L'appellant n'avait pas la formation lui permettant de faire usage d'un tel engin, ni d'être l'officier responsable du champ de tir. Cinq membres des Forces canadiennes capables de donner des directives au sujet de la C19 étaient présents.

Arrêt : Appel accueilli en partie, tenue d'un nouveau procès ordonnée pour les quatrième et cinquième chefs et acquittement prononcé pour le sixième chef.

Les directives que le juge militaire a données au comité sur les trois chefs d'accusation étaient entachées d'une erreur fatale, parce qu'il a mal identifié la tâche ou mission militaire imposée. De plus, le juge militaire a commis une erreur dans ses directives au comité concernant les éléments de preuve montrant que l'appellant n'était pas autorisé à être responsable

of military duty. A modified *R. v. W. (D.)* instruction should have been given.

du champ de tir durant l'incident puisqu'ils étaient pertinents pour trancher la question de la preuve de l'existence d'une tâche ou mission militaire. Des directives modifiées auraient dû être données en conformité avec l'arrêt *R. c. W. (D.)*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 269.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 124, 130.
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>), art. 107.11.

CASES CITED

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. Day*, 2011 C.M.A.R. 3, 7 C.M.A.R. 585; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, 157 N.R. 195; *R. v. Mathieu*, 5 C.M.A.R. 363, 1995 CanLII 10767; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, 122 N.R. 277.

COUNSEL

Balfour Q.H. Der QC, for the appellant.
Major A.M. Tamburro, for the respondent.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

[1] BENNETT J.A.: Major D. Watts was convicted in a general Court Martial, by a panel, of three offences arising from an incident on February 12, 2010, in Afghanistan. He was acquitted of three other charges. His sentence was a severe reprimand and a reduction in rank to Lieutenant. He appeals these convictions and sentence. The Crown appeals the sentence.

[2] I would allow the appeal against conviction and set aside the verdicts on Charges 4, 5 and 6. I would order a new trial on Charges 4 and 5 and enter an acquittal on Charge 6. Therefore, it is not necessary to address the sentence appeals.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 269.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 124, 130.
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. 107.11.

JURISPRUDENCE CITÉE

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. Day*, 2011 C.A.C.M. 3, 7 C.A.C.M. 585; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, 157 N.R. 195; *R. c. Mathieu*, 5 C.A.C.M. 363, 1995 CanLII 10767; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, 122 N.R. 277.

AVOCATS

Balfour Q.H. Der; c.r., pour l'appellant.
Major A.M. Tamburro, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE BENNETT, J.C.A. : Le major D. Watts a été déclaré coupable, par un comité d'une cour martiale générale, de trois infractions à la suite d'un incident survenu le 12 février 2010 en Afghanistan. Il a été acquitté de trois autres accusations. Il a été condamné à un blâme et à une rétrogradation au grade de lieutenant. Il interjette appel de ces déclarations de culpabilité et de la peine. La Couronne interjette appel de la peine.

[2] J'accueillerais l'appel interjeté à l'encontre de la déclaration de culpabilité et j'annulerais les verdicts rendus en ce qui concerne les quatrième, cinquième et sixième chefs d'accusation. J'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès pour les quatrième et cinquième chefs d'accusation et je prononcerais l'acquittement sur le sixième chef d'accusation. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner les appels interjetés à l'encontre de la peine.

I. Background

[3] At the time of the incident, Major Watts held the rank of Captain. I will refer to him as Captain in these reasons to clearly mark the different ranks of those involved at the time of the incident. Captain Watts was a reservist in Calgary, Alberta, and also worked full-time as a firefighter. He was placed on active service, and from 2009 to 2010, was commanding 2 Platoon, Stabilization Company A (Stab A).

[4] Captain Watts was under the command of Major Lunney. Major Lunney was serving as the officer commanding of Stab A. Stab A was a subunit of the Kandahar Provincial Reconstruction Team, Task Force 3-09, and was based at Camp Nathan Smith in Kandahar, Afghanistan. Warrant Officer MacGillivray was the second in command of 2 Platoon. 2 Platoon was involved in transporting individuals, including civilians, around Kandahar.

[5] Captain Watts and others had participated in pre-deployment training under Major Lunney in Canada. Training was not provided for the use of the C19, an antipersonnel mine sometimes referred to as a Claymore mine.

[6] On December 30, 2009, a 2 Platoon vehicle struck an improvised explosive device, resulting in mass casualties. Five people were killed, and Warrant Officer MacGillivray was severely injured. Warrant Officer Ravensdale replaced Warrant Officer MacGillivray as the second in command. The Acting Company Sergeant Major was Warrant Officer Smith.

[7] In February, Warrant Officer Ravensdale was going to lead 2 Platoon on an overnight mission into District 9, which was considered a dangerous area, and he wanted to deploy the C19. Captain Watts and Warrant Officer Ravensdale went to Major Lunney to obtain permission to conduct training with the C19 on a range. Major Lunney was aware that Captain Watts had not used the C19, and was aware that Warrant Officer Ravensdale was qualified to use the C19 (albeit he overestimated Warrant Officer Ravensdale's training).

I. Le contexte

[3] Au moment de l'incident, le major Watts avait le grade de capitaine. Je vais le désigner comme capitaine dans les présents motifs pour bien indiquer les différents grades des personnes au moment des faits. Le capitaine Watts était membre de la force de réserve à Calgary, en Alberta, et il travaillait également à temps plein comme pompier. Il fut placé en service actif et, en 2009 et en 2010, il a commandé le deuxième peloton de la compagnie de stabilisation A.

[4] Le capitaine Watts était sous les ordres du major Lunney. Le major Lunney était le commandant de la compagnie de stabilisation A. La compagnie de stabilisation A était une sous-unité de l'équipe provinciale de reconstruction de Kandahar, la force opérationnelle 3-09, et était basée au camp Nathan Smith, à Kandahar, en Afghanistan. L'adjudant MacGillivray était commandant adjoint du deuxième peloton, lequel était chargé de transporter des personnes, notamment des civils, dans la région de Kandahar.

[5] Le capitaine Watts avait, avec d'autres personnes, participé à la formation préalable au déploiement sous les ordres du major Lunney au Canada. Aucune formation n'avait été donnée au sujet du maniement de la C19, une mine antipersonnel parfois appelée mine Claymore.

[6] Le 30 décembre 2009, un véhicule du deuxième peloton a heurté un engin explosif improvisé, ce qui s'est soldé par plusieurs pertes : cinq personnes ont été tuées, et l'adjudant MacGillivray a été grièvement blessé. L'adjudant Ravensdale a remplacé l'adjudant MacGillivray comme commandant adjoint. Le sergent-major de compagnie par intérim était l'adjudant Smith.

[7] En février, l'adjudant Ravensdale devait diriger le deuxième peloton lors d'une mission de nuit dans le district n° 9, qui était considéré comme une zone dangereuse, et il voulait utiliser la mine C19. Le capitaine Watts et l'adjudant Ravensdale se sont adressés au major Lunney pour obtenir la permission de diriger de l'entraînement avec la C19 dans un champ de tir. Le major Lunney était au courant que le capitaine Watts n'avait jamais manié la C19 et que l'adjudant Ravensdale était qualifié pour utiliser la C19 (même s'il surestimait la formation reçue par l'adjudant Ravensdale).

[8] In Major Lunney's view, Warrant Officer Ravensdale was more than capable of setting up the range. He believed that Warrant Officer Ravensdale was the most experienced person in 2 Platoon with the C19. In addition to Warrant Officer Ravensdale, there were four other people who were qualified to be the Officer In Charge on the range: Major Lunney, Warrant Officer Smith (the Acting Company Sergeant Major), Sergeant Collins, and Sergeant McKay. Captain Watts was not qualified to be the Officer In Charge of a C19 range on February 12, 2010.

[9] On February 12, 2010, 2 Platoon conducted a range practice at Kan Kala, Afghanistan (located in the desert northeast of Kandahar City).

[10] Four ranges were set up using the following weapons: the general purpose machine gun 7.62 mm C6; the rifle 5.56 mm C7; the carbine 5.56 mm C8; the light machine gun 5.56 mm C9; the 9 mm pistol; the rocket, high explosive, 66 mm, NM 72 E5 (M72); the M203 grenade launcher; and the 76 mm smoke grenade. Sergeant McKay was in charge of the small arms, Sergeant Collins was in charge of the rocket launchers, Captain Watts was in charge of the light armoured vehicles (LAV), and Major Lunney was in charge of two vehicles he had brought to range practice.

[11] Warrant Officer Ravensdale was running the C19 range, which operated after the other four practices were completed. The C19's were set up under the supervision of Warrant Officer Ravensdale. According to the witnesses, he checked each set-up. Warrant Officer Ravensdale did not testify at the Court Martial.

[12] The first five C19's fired according to plan. The sixth misfired, the payload was projected backwards, and the pellets struck several soldiers. Corporal Baker was killed, and several others were severely injured. The cause of the misfire was never determined.

[13] At the time of the accident, there were five soldiers present in the immediate area who all had advanced training on the C19 and were capable of instructing on it.

[8] Selon le major Lunney, l'adjudant Ravensdale était amplement en mesure de préparer le champ de tir. Il croyait que l'adjudant Ravensdale était la personne qui possédait le plus d'expérience avec la C19 au sein du deuxième peloton. Outre l'adjudant Ravensdale, il y avait quatre autres personnes qui possédaient les qualités requises pour être l'officier qui dirige le champ de tir : le major Lunney, l'adjudant Smith (le sergent-major de compagnie par intérim), le sergent Collins et le sergent McKay. Le 12 février 2010, le capitaine Watts ne possédait pas les qualités requises pour être l'officier qui dirige un champ de tir de C19.

[9] Le 12 février 2010, le deuxième peloton a tenu un exercice de tir à Kan Kala, en Afghanistan (dans le désert situé au nord-est de la ville de Kandahar).

[10] On a installé quatre champs de tir et on a utilisé les armes suivantes : la mitrailleuse polyvalente de 7,62 mm C6, le fusil de 5,56 mm C7, la carabine de 5,56 mm C8, la mitrailleuse légère de 5,56 mm C9, le pistolet de 9 mm, le lance-roquettes à charge creuse de 66 mm NM 72 E5 (M72), le lance-grenades M203, et la grenade fumigène de 76 mm. Le sergent McKay était responsable des armes légères, le sergent Collins s'occupait des lance-roquettes, le capitaine Watts était responsable des véhicules blindés légers (les VBL) et le major Lunney était responsable de deux véhicules qu'il avait transportés au champ de tir.

[11] L'adjudant Ravensdale dirigeait le champ de tir de la C19 après les quatre autres exercices de tir. Les C19 ont été installées sous la supervision de l'adjudant Ravensdale. Suivant les témoins, l'adjudant Ravensdale a vérifié chaque installation. L'adjudant Ravensdale n'a pas témoigné devant la cour martiale.

[12] Les cinq premières C19 ont été déclenchées comme prévu. La sixième détonation a raté, la charge a été projetée vers l'arrière et les projectiles ont frappé plusieurs soldats. Le caporal Baker a été tué, et plusieurs soldats ont été grièvement blessés. On n'a jamais pu déterminer la cause du raté de tir.

[13] Au moment de l'accident, cinq soldats étaient présents dans la zone immédiate. Ils avaient tous reçu une formation poussée sur le maniement de la C19 et

These were: Major Lunney, Warrant Officer Smith (who was the most qualified), Warrant Officer Ravensdale, Sergeant McKay, and Sergeant Collins. Captain Watts was not qualified on the C19, nor was he capable of being an Officer In Charge of a C19 range.

[14] During the first two firings of the C19, Captain Watts was in his LAV attending to duties. They were in an active theatre of war, and had to travel back to the camp so Captain Watts was ensuring that the LAV's were battle ready for the return trip. Prior to the third round of firing, Captain Watts met with Warrant Officer Ravensdale to inquire about the practice, and was told that everything was fine. Warrant Officer Ravensdale suggested that Captain Watts receive a lesson from one of the corporals on how to load and fire a C19. That is what he was engaged in when the misfiring occurred.

[15] The safety pamphlet for the C19 describes the "Lethal Zone" as an area forward of the C19 by 50m with an arc of about 45 degrees. In other words, in the direction the C19 is supposed to fire. The "Prohibited Zone" is an area within the radius of 16m immediately surrounding the C19 itself. The "Danger Area" is the area forward and to the sides of the C19 by 300m and to the rear by 100m. This rear area is described as an area where "light casualties" are possible due to blow back from stones or debris (assuming no misfire). This is the area where the casualties occurred.

[16] Some of the soldiers heard Warrant Officer Ravensdale tell them to take cover, but obviously, others did not.

II. Issues on appeal

[17] Captain Watts raises the following issues:

1. The learned trial judge erred in failing to provide the panel with an instruction pursuant to the decision in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742 (*W. (D.)*);

ils étaient tous capables de donner des directives à son sujet. Il s'agissait du major Lunney, de l'adjudant Smith (le plus qualifié), de l'adjudant Ravensdale, du sergent McKay et du sergent Collins. Le capitaine Watts ne possédait pas la compétence nécessaire et ne pouvait diriger un champ de tir de la C19.

[14] Au cours des deux premières détonations de la C19, le capitaine Watts se trouvait dans son VBL en train de vaquer à ses occupations. Les soldats se trouvaient à un théâtre de guerre actif et ils devaient retourner au camp, de sorte que le capitaine Watts s'assurait que les VBL étaient prêts pour le voyage de retour. Avant la troisième série de détonations, le capitaine Watts a rencontré l'adjudant Ravensdale pour s'informer du déroulement de l'exercice de tir, et ce dernier lui a répondu que tout allait bien. L'adjudant Ravensdale a suggéré au capitaine Watts de recevoir une formation d'un des caporaux sur la façon de charger et de déclencher une C19. C'est ce à quoi il s'occupait lorsque le raté de tir s'est produit.

[15] Le dépliant de sécurité relatif à la C19 décrit la « zone létale » comme une zone de 50 mètres devant la C19, avec un arc d'environ 45 degrés. Autrement dit, elle se situe dans la direction dans laquelle la C19 est censée exploser. La « zone interdite » a un rayon de 16 mètres autour de la C19. La « zone de danger » est à l'avant et à côté de la C19 dans un rayon de 300 mètres et à l'arrière dans un rayon de 100 mètres. On affirme qu'il peut y avoir des « pertes légères » dans la zone arrière en raison des pierres ou des débris projetés (en supposant qu'il n'y ait pas de raté de tir). C'est la zone dans laquelle les pertes se sont produites.

[16] Certains des soldats ont entendu l'adjudant Ravensdale leur dire de se mettre à l'abri, mais, de toute évidence, d'autres n'ont pas entendu cet ordre.

II. Les questions en litige dans le présent appel

[17] Le capitaine Watts soulève les questions suivantes :

1. Le juge de première instance a commis une erreur en ne donnant pas au comité les directives prévues dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742 (*W. (D.)*).

- | | |
|---|---|
| <p>2. The learned trial judge erred in failing to instruct the panel on the relevance of Captain Watts' lack of experience or training on the issue of the reasonable person;</p> | <p>2. Le juge de première instance a commis une erreur en ne donnant pas au comité des explications sur la pertinence du manque d'expérience ou de formation du capitaine Watts quant à la question de la personne raisonnable.</p> |
| <p>3. The learned trial judge erred in failing to instruct the panel that Major Lunney designated another soldier to be in charge of the range that excluded Captain Watts from responsibility for the accident that occurred with the C19;</p> | <p>3. Le juge de première instance a commis une erreur en ne disant pas au comité que le fait que le major Lunney avait confié le champ de tir à un autre soldat faisait que le capitaine Watts ne pouvait être responsable de l'accident causé par la C19.</p> |
| <p>4. The verdict is unreasonable and not supported by the evidence; and</p> | <p>4. Le verdict est déraisonnable et n'est pas appuyé par la preuve.</p> |
| <p>5. The learned trial judge erred in not directing an acquittal on the basis that there was no proof of a "military duty" as a required element of the offence.</p> | <p>5. Le juge de première instance a commis une erreur en n'ordonnant pas l'acquittement au motif qu'il n'y avait pas de preuve d'une « tâche ou mission militaire », un élément constitutif de l'infraction.</p> |

[18] I prefer to address the issues in a different order than noted above.

[18] Je préfère aborder les questions dans un ordre différent de celui qui précède.

III. Discussion

III. Analyse

A. *Legal parameters*

A. *Les paramètres légaux*

[19] Captain Watts was convicted of three offences: unlawfully causing bodily harm, as a result of the combined application of section 130 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 (NDA) and section 269 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (Code) and two counts of negligent performance of duty contrary to the NDA. Below are the applicable statutory sections:

[19] Le capitaine Watts a été déclaré coupable de trois infractions : un chef d'avoir causé illégalement des lésions corporelles, par suite de l'application combinée de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (la LDN), et de l'article 269 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le Code), et deux chefs de négligence dans l'exécution d'une tâche, infraction visée par la LDN. Voici les dispositions légales applicables :

National Defence Act

Loi sur la défense nationale

Negligent performance of duties

Négligence dans l'exécution des tâches

124. Every person who negligently performs a military duty imposed on that person is guilty of an offence and on conviction is liable to dismissal with disgrace from Her Majesty's service or to less punishment.

124. L'exécution négligente d'une tâche ou mission militaire constitue une infraction passible au maximum, sur déclaration de culpabilité, de destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

...

[...]

130. (1) An act or omission

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

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

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

Criminal Code

Unlawfully causing bodily harm

269. Every one who unlawfully causes bodily harm to any person is guilty of:

a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

[20] Unlawfully causing bodily harm requires an underlying unlawful act. Here, the Crown argued that the negligent performance of duty (Charge 5) was sufficient to amount to an unlawful act for the purpose of a conviction under section 269 of the Code.

B. *Section 124 and military duty*

[21] What constitutes a “military duty” is discussed in *R. v. Brocklebank* (1996), 5 C.M.A.R. 390 (*Brocklebank*). In this case, the offence under section 124 of the NDA has two components: i) a military duty imposed on the accused and ii) negligent performance by the accused of that duty. The Court carefully analyzed the legislation and case law, and concluded that a military duty comprises the following, at paragraph 42:

[42] The conclusion, in my view, is inescapable: a military duty, for the purposes of section 124, will not arise absent

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

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

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

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

Code criminel

Lésions corporelles

269. Quiconque cause illégalement des lésions corporelles à une personne est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

[20] Pour que l'accusé ait illégalement causé des lésions corporelles, il doit avoir commis un acte illégal sous-jacent. En l'espèce, la Couronne soutient que la négligence dans l'exécution d'une tâche (le cinquième chef d'accusation) pouvait être l'acte illégal prévu à l'article 269 du Code.

B. *L'article 124 et la tâche ou la mission militaire*

[21] La question de savoir ce qu'est une « tâche ou mission militaire » est abordée dans la décision *R. c. Brocklebank* (1996), 5 C.M.A.R. 390 (*Brocklebank*). Dans cette affaire, l'infraction visée par l'article 124 de la LDN comportait deux volets : i) une tâche ou mission militaire; ii) l'exécution négligente de cette tâche ou mission par l'accusé. La Cour a analysé avec soin la loi ainsi que la jurisprudence et a conclu, au paragraphe 42, que la tâche ou mission militaire comprenait les éléments suivants :

[42] À mon avis, la conclusion est inévitable : une tâche ou mission militaire aux fins de l'article 124 n'existera

an obligation which is created either by statute, regulation, order from a superior, or rule emanating from the government or Chief of Defence Staff. Although this casts a fairly wide net, I believe that it is nonetheless necessary to ground the offence in a concrete obligation which arises in relation to the discharge of a particular duty, in order to distinguish the charge from general negligence in the performance of military duty *per se*, which, upon a plain interpretation of section 124, it was clearly not Parliament's intention to sanction by that section.

pas en l'absence d'une obligation créée par une loi, un règlement, un ordre d'un supérieur ou une règle émanant du gouvernement ou du chef d'état-major de la défense. Même si la portée est assez étendue, il m'apparaît néanmoins nécessaire de lier l'infraction à une obligation concrète qui naît dans le cadre de l'exécution d'une tâche particulière, afin de la distinguer de la négligence générale dans l'exécution du devoir militaire, que le Parlement n'avait manifestement pas l'intention de punir par l'article 124, comme l'indique une simple lecture de cette disposition.

[22] The Charge Sheet sets out the relevant offences in the following manner:

[22] Voici comment les infractions qui nous intéressent sont énoncées dans l'acte d'accusation :

Fourth charge
Section 130
N.D.A.

An offence punishable under section 130 of the *National Defence Act*, that is to say, unlawfully causing bodily harm contrary to section 269 of the *Criminal Code*

Particulars: In that he, on or about 12 February 2010, at or near Kan Kala, Afghanistan, whilst commanding 2 Platoon, Stabilisation Company A, did unlawfully cause bodily harm to Sergeant Mark McKay, Master Corporal William Pylypow, Corporal Wolfgang Brettner and Bombardier Daniel Scott.

Fifth charge
Section 124
N.D.A.

Negligently performed a military duty imposed on him

Particulars: In that he, on or about 12 February 2010, at or near Kan Kala, Afghanistan, whilst commanding 2 Platoon, Stabilisation Company A, and whilst present during a range practice being conducted by his subordinates, failed to order a stop to the live firing of the Defensive Command Detonated Weapon C19, as it was his duty to do, until all of his subordinates were either under cover or withdrawn from the danger area.

[TRANSLATION]

Quatrième chef
d'accusation
Article 130 de
la LDN

Infraction punissable aux termes de l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale*, soit lésions corporelles, l'infraction visée à l'article 269 du *Code criminel*

Détails : vers le 12 février 2010, à Kan Kala, en Afghanistan, ou à proximité de cet endroit, alors qu'il était commandant du deuxième peloton de la compagnie de stabilisation A, il a causé illégalement des lésions corporelles au sergent Mark McKay, au caporal-chef William Pylypow, au caporal Wolfgang Brettner et au bombardier Daniel Scott.

Cinquième chef
d'accusation
Article 124 de
la LDN

Négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire

Détails : vers le 12 février 2010, à Kan Kala, en Afghanistan, ou à proximité de cet endroit, alors qu'il était commandant du deuxième peloton de la compagnie de stabilisation A et qu'il était présent lors d'un exercice de tir effectué par ses subalternes, il a omis de donner l'ordre de cesser le tir réel avec une mine défensive télécommandée C19, comme il devait le faire, jusqu'à ce que tous ses subalternes soient à l'abri ou hors de la zone de danger.

Sixth charge
Section 124
N.D.A.

Negligently performed a military duty imposed on him

Particulars: In that he, on or about 12 February 2010, at or near Kan Kala, Afghanistan, whilst commanding 2 Platoon, Stabilisation Company A, permitted his subordinates to train on the live Defensive Command Detonated Weapon C19 without ensuring, as it was his duty to do, that training on inert or practice weapons systems had first been successfully completed.

[23] Charges 5 and 6 each define the duty alleged to have been negligently performed. Only Charge 5 was relied on as an unlawful act for the underlying offence required for the offence of unlawfully causing bodily harm. The Military Judge, after reciting Charge 5, however, instructed the panel as follows:

Consequently, the essential elements of this charge, each of which the prosecution must prove beyond a reasonable doubt, are: (1) the identity of Major Watts as the offender; (2) the date and place of the offence as particularized; (3) a military duty imposed upon Major Watts; (4) knowledge of the duty; that is, that Major Watts was aware of the duty imposed upon him; (5) that in the manner of discharging or execution of the duty the accused acted negligently, that is to say, (i) there is a standard of conduct expected of a reasonable person of the rank and in all the circumstances of the accused at the time and place of the alleged offence; and (ii) the accused failed to order a cease-fire until his subordinates on the ranges were undercover or withdrawn and his failure to do so constituted a marked departure from that standard of conduct; and (6) that the accused had the mental capacity to appreciate the risk flowing from his conduct.

...

As to the third element, a military duty, there is evidence before you as to a military duty imposed upon Major Watts at the time of the Kan Kala range on 12 February.

Sixième chef
d'accusation
Article 124 de
la LDN

Négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire

Détails : vers le 12 février 2010, à Kan Kala, en Afghanistan, ou à proximité de cet endroit, alors qu'il était commandant du deuxième peloton de la compagnie de stabilisation A, il a permis à ses subalternes de s'entraîner avec une mine défensive télécommandée C19 réelle, sans d'abord s'assurer, comme il devait le faire, que ses subalternes se soient d'abord entraînés avec succès avec des armes inertes ou des armes d'entraînement.

[23] Les cinquième et sixième chefs d'accusation définissent la tâche ou mission qui aurait été exécutée avec négligence. Seul le cinquième chef d'accusation a été invoqué à titre d'acte illégal au sens de l'infraction de lésions corporelles. Après avoir exposé le cinquième chef d'accusation, le juge militaire a toutefois donné les directives suivantes au comité :

[TRADUCTION] Par conséquent, voici les éléments constitutifs de ce chef d'accusation que la poursuite doit établir au-delà de tout doute raisonnable : (1) l'identité du major Watts en tant qu'auteur de l'acte; (2) la date et le lieu précisés de l'infraction; (3) le fait que le major Watts ait eu une tâche ou mission militaire; (4) la connaissance de cette tâche ou mission, c'est-à-dire que le major Watts savait qu'il avait une tâche ou mission militaire; (5) le fait que l'accusé ait agi de façon négligente en exécutant cette tâche ou mission, c'est-à-dire : (i) on s'attend d'une certaine norme de conduite de la part d'une personne raisonnable de son grade, compte tenu de la situation dans laquelle il se trouvait au moment et au lieu de l'infraction alléguée; (ii) le fait que l'accusé n'ait pas donné l'ordre de cesser le tir jusqu'à ce que ses subalternes présents au champ de tir soient à l'abri ou hors de la zone de danger, et que cela constituait un écart marqué par rapport à cette norme de conduite; (6) le fait que l'accusé avait la capacité mentale d'apprécier le risque découlant de sa conduite.

[...]

Quant au troisième élément, l'existence d'une tâche ou mission militaire, vous disposez d'éléments de preuve quant à la tâche militaire du major Watts au champ de

You will recall the evidence of then Major, now Captain Lunney, who testified that as the Company Commander of Stabilization Company A he directed the platoon commanders under his command to run live fire weapons range for their soldiers while in theatre in Afghanistan in order to maintain their skills. He testified that he gave these orders regularly, both in writing and verbally. Major Watts also gave evidence in re-examination that he and others were to try to get the soldiers onto the range periodically. If you accept the evidence of Captain Lunney and Major Watts on this point then you may well find that as one of the platoon commanders at the time, Major Watts was under a military duty to train his soldiers periodically on the weapons range. But these are questions for you to decide.

As to the fourth element, you must consider the state of mind of Major Watts at the time of the range on 12 February. Did he know of the duty given to him and the other platoon commanders by Captain Lunney to train his soldiers on the weapons range? Captain Lunney gave evidence of the circumstances in which he gave these orders, and Major Watts seems to agree that such orders were given to him and to others. But unless you are satisfied beyond a reasonable doubt that Major Watts had a military duty to train his soldiers on the weapons range, and that he was aware of this duty on 12 February, you must find him not guilty of the charge in charge No. 5. On the other hand, if you are satisfied beyond a reasonable doubt both that Major Watts had a military duty to train his soldiers on the weapons range and that Major Watts was aware of this duty on 12 February, you must go on to consider the fifth essential element. [Emphasis added.]

[24] Similar instructions were given with respect to Charge 6.

[25] In this case the duty in Charge 5 is defined in the Charge Sheet as “failing to stop the live firing,” and in Charge 6, “failing to ensure that his subordinates had practiced on inert or practice weapons.” Neither charge alleges the duty to “train his soldiers periodically on the weapons range.” In my respectful view, based on the manner these charges are framed, and the definition of military duty, the Military Judge incorrectly identified the military duty that needed to be proved beyond a reasonable doubt. The military duty, as alleged for Charge 5, in the Charge Sheet, was the failure to stop the live

tir à Kan Kala le 12 février. Vous vous souviendrez du témoignage du capitaine Lunney, qui était alors major, qui a expliqué qu’en tant que commandant de la compagnie de stabilisation A, il a donné l’ordre aux commandants de peloton qui étaient sous ses ordres de procéder à des exercices de tir réels avec leurs soldats pendant qu’ils étaient au théâtre des opérations en Afghanistan pour conserver leurs habiletés. Il a expliqué qu’il avait donné ces ordres régulièrement, tant oralement que par écrit. Le major Watts a également expliqué en réinterrogatoire que lui et d’autres officiers devaient tenter d’amener les soldats au champ de tir de temps à autre. Si vous acceptez le témoignage du capitaine Lunney et du major Watts sur ce point, vous pouvez fort bien conclure qu’en sa qualité de commandant de peloton à l’époque, le major Watts avait la tâche militaire d’entraîner de temps à autre ses soldats au champ de tir. Mais il vous appartient de trancher ces questions.

Quant au quatrième élément, vous devez tenir compte de l’état d’esprit du major Watts au champ de tir le 12 février. Était-il au courant de la tâche qui lui avait été confiée, ainsi qu’aux autres commandants de peloton, par le capitaine Lunney, soit d’entraîner ses soldats au champ de tir? Le capitaine Lunney a témoigné au sujet des circonstances dans lesquelles il avait donné les ordres en question, et le major Watts semble confirmer les ordres donnés à lui et à d’autres personnes. Toutefois, à moins d’être convaincus au-delà de tout doute raisonnable que le major Watts avait la tâche militaire d’entraîner ses soldats au champ de tir, et qu’il était au courant de cette tâche le 12 février, vous devez l’acquitter du chef d’accusation no 5. En revanche, si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que le major Watts avait la tâche militaire d’entraîner ses soldats au champ de tir et que le major Watts était au courant de cette tâche le 12 février, vous devez alors tenir compte du cinquième élément essentiel. [Je souligne.][24]

[24] Des directives semblables ont été données en ce qui concerne le sixième chef d’accusation.

[25] En l’espèce, la tâche ou mission militaire visée au cinquième chef d’accusation est d’avoir [TRADUCTION] « omis de donner l’ordre de cesser le tir réel » et celle visée au sixième chef d’accusation était de ne pas [TRADUCTION] « d’abord s’assurer [...] que ses subalternes s’étaient d’abord entraînés avec succès avec des armes inertes ou des armes d’entraînement ». Il n’est allégué dans aucun des chefs d’accusation que l’accusé avait la tâche [TRADUCTION] d’« entraîner de temps à autre ses soldats au champ de tir ». À mon avis, compte tenu du libellé des accusations et de la définition du terme « tâche

firing. Similarly, the military duty alleged for Charge 6 was not the duty to “train his soldiers periodically in the range,” but “permitted his subordinates to train on the live Defensive Command Detonated Weapon C19 without ensuring, as it was his duty to do, that training on inert or practice weapons systems had first been successfully completed.”

[26] In my respectful view, this instruction created a fatal error to the charge to the panel on all three counts.

C. Failing to instruct the panel on the effect of the designation of Warrant Officer Ravensdale as the officer in charge of the C19 range

[27] The military duty as alleged in the charging sheet on Charge 5 was that it was Captain Watts’ duty to order a cease fire until everyone was under cover. The Military Judge concluded that it was not appropriate to instruct the panel to consider the evidence that Captain Watts had advised Major Lunney of his inexperience with respect to the use of C19’s, that Major Lunney had allowed the range to proceed under the command of Warrant Officer Ravensdale, and that Major Lunney was aware that Captain Watts was not permitted to be the Officer In Charge on a C19 range. In my respectful view, this evidence was key to determining if Captain Watts had the defined military duty imposed on him as required by s. 124 of the *NDA*. If the panel accepted that Major Lunney had designated Warrant Officer Ravensdale as the Officer In Charge, then there would not be evidence to support that Captain Watts had a military duty as defined in the Charge Sheet.

[28] Thus, while this evidence may not have been relevant to determining whether the conduct was a “marked

ou mission militaire », le juge militaire a mal identifié la tâche ou mission militaire dont la preuve devait être faite hors de tout doute raisonnable. La tâche ou mission militaire alléguée dans le cas du cinquième chef d’accusation était d’avoir omis de donner l’ordre de cesser le tir réel. De même, la tâche ou mission militaire alléguée dans le cas du sixième chef d’accusation n’était pas le fait [TRADUCTION] d’« entraîner de temps à autre ses soldats au champ de tir », mais le fait d’avoir [TRADUCTION] « permis à ses subalternes de s’entraîner avec une mine défensive télécommandée C19 réelle, sans d’abord s’assurer, comme il devait le faire, que ses subalternes se soient d’abord entraînés avec succès avec des armes inertes ou des armes d’entraînement ».

[26] À mon avis, cela a eu pour effet d’entacher d’une erreur fatale les directives données au comité sur les trois chefs d’accusation.

C. Le défaut de donner au comité des directives sur les conséquences du fait que l’adjudant Ravensdale était l’officier qui dirigeait le champ de tir de la C19

[27] Selon ce qui est allégué au cinquième chef d’accusation, la tâche ou mission militaire du capitaine Watts était de donner l’ordre de cesser le tir jusqu’à ce que tous soient à l’abri. Le juge militaire a conclu qu’il n’y avait pas lieu de donner au comité la directive de tenir compte des éléments de preuve suivant lesquels le capitaine Watts avait informé le major Lunney de son manque d’expérience au sujet du maniement de la C19, que le major Lunney avait permis que les exercices de tir se déroulent sous la direction de l’adjudant Ravensdale et que le major Lunney était au courant que le capitaine Watts n’était pas autorisé à être l’officier qui dirige un champ de tir de la C19. À mon avis, ces éléments de preuve étaient cruciaux pour déterminer la tâche ou mission militaire du capitaine Watts au sens de l’article 124 de la LDN. Si le comité acceptait le fait que le major Lunney avait désigné l’adjudant Ravensdale pour diriger le champ de tir, il n’y aurait alors aucun élément de preuve confirmant que le capitaine Watts avait la tâche militaire visée à l’acte d’accusation.

[28] Ainsi, bien que ces éléments de preuve n’aient peut-être pas été pertinents pour déterminer si ce comportement

departure” from the norm, as discussed below, it was relevant to the issue of proof of the military duty.

[29] The Military Judge erred in his instruction to the panel on this point as well.

D. Instruction on marked departure and the “reasonable person”

[30] Captain Watts submits that there is a conflict in judgments in this Court, between *Brocklebank*, above, and *R. v. Day*, 2011 CMAC 3, 7 C.A.C.M. 585 (*Day*). I do not think, however, there is in fact a conflict in the decisions, and as such, do not think the learned Military Judge erred in his instructions on this point.

[31] In *R. v. Mathieu*, 5 C.M.A.R. 363, 1995 CanLII 10767 (*Mathieu*), this Court reversed the acquittal of the accused on a charge of negligent performance of duty under s. 124 of the *NDA*, because the judge advocate instructed the panel that a subjective *mens rea* was applicable. This Court, in applying the reasons for judgment of McLachlin J. (as she then was) in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3 (*Creighton*) said this at pages 373 and 374:

In my view, there is no doubt that this direction is fundamentally in error. It is now clearly established that, for penal negligence offences, the applicable standard of liability is an objective standard based on the court’s assessment of what a reasonable person would have done in the circumstances. Except where the accused claims incapacity, which is not the case here, this standard applies to establish both the *actus reus* and the *mens rea*. Since the standard is objective, it is the act itself that must be assessed; the actor’s intention, will and alleged good faith are simply irrelevant.

In *R. v. Creighton*, McLachlin J., speaking for the majority of the Supreme Court of Canada, stated the following:

The foregoing analysis suggests the following line of inquiry in cases of penal negligence. The first question is whether *actus reus* is established. This requires that

constituait un « écart marqué » par rapport à la norme, comme nous le verrons plus loin, ils étaient pertinents pour trancher la question de l’existence d’une tâche ou mission militaire.

[29] Le juge militaire a également commis une erreur dans les directives qu’il a données au comité sur cette question.

D. Les directives sur l’écart marqué et la « personne raisonnable »

[30] Le capitaine Watts affirme que les arrêts *Brocklebank*, précité, et *R. c. Day*, 2011 CACM 3, 7 C.A.C.M. 585 (*Day*), de notre Cour se contredisent. Je ne crois pas que ces arrêts se contredisent et je ne pense donc pas que le juge militaire a commis une erreur dans les directives qu’il a données sur cette question.

[31] Dans l’arrêt *R. c. Mathieu*, 5 C.M.A.R. 363, 1995 CanLII 10767 (*Mathieu*), notre Cour a infirmé l’acquiescement de l’accusé relativement à une accusation de négligence dans l’exécution d’une tâche au sens de l’article 124 de la LDN parce que le juge-avocat avait donné au comité la directive qu’il fallait appliquer une *mens rea* subjective. Appliquant le raisonnement suivi par la juge McLachlin (tel était alors son titre) dans l’arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 (*Creighton*), la Cour a expliqué ce qui suit, aux pages 373 et 374 :

Il n’y a aucun doute, dans mon esprit, que cette directive est fondamentalement erronée. Il est maintenant bien établi qu’en matière d’infractions de négligence pénale la norme de responsabilité applicable est une norme objective basée sur l’appréciation faite par la Cour de ce qu’une personne raisonnable aurait fait dans les circonstances. Sauf dans le cas d’une prétendue incapacité chez l’accusé, aucunement pertinent en l’espèce, cette norme s’applique tant pour établir l’*actus reus* que la *mens rea*. La norme étant objective, c’est l’acte lui-même qu’il faut apprécier; l’intention et la volonté de l’acteur aussi bien que sa prétendue bonne foi ne sont tout simplement pas pertinentes.

Dans *R. c. Creighton*, Madame le juge McLachlin, parlant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, s’est exprimée dans les termes suivants :

Voici, d’après l’analyse qui précède, les questions qu’il faut se poser dans des affaires de négligence pénale. On doit se demander en premier lieu si l’*actus*

the negligence constitute a marked departure from the standards of the reasonable person in all the circumstances of the case. This may consist in carrying out the activity in a dangerous fashion, or in embarking on the activity when in all the circumstances it is dangerous to do so.

The next question is whether the *mens rea* is established. As is the case with crimes of subjective *mens rea*, the *mens rea* for objective foresight of risking harm is normally inferred from the facts. The standard is that of the reasonable person in the circumstances of the accused. If a person has committed a manifestly dangerous act, it is reasonable, absent indications to the contrary, to infer that he or she failed to direct his or her mind to the risk and the need to take care. However, the normal inference may be negated by evidence raising a reasonable doubt as to lack of capacity to appreciate the risk. Thus, if a *prima facie* case for *actus reus* and *mens rea* are made out, it is necessary to ask a further question: did the accused possess the requisite capacity to appreciate the risk flowing from his conduct? If this further question is answered in the affirmative, the necessary moral fault is established and the accused is properly convicted. If not, the accused must be acquitted.

I believe the approach I have proposed to rest on sound principles of criminal law. Properly applied, it will enable the conviction and punishment of those guilty of dangerous or unlawful acts which kill others. It will permit Parliament to set a minimum standard of care which all those engaged in such activities must observe. And it will uphold the fundamental principle of justice that criminal liability must not be imposed in the absence of moral fault.

I conclude that the legal standard of care for all crimes of negligence is that of the reasonable person. Personal factors are not relevant, except on the question of whether the accused possessed the necessary capacity to appreciate the risk. [at 73-74]

In *R. v. Gosset*, which was decided concurrently, McLachlin J., again speaking for the majority, expressed the same idea in even more concise terms:

I agree with the Chief Justice that it was open to the jury to find that the conduct of the police officer constituted

reus a été prouvé. Il faut pour cela que la négligence représente dans toutes les circonstances de l'affaire un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Cet écart peut consister à exercer l'activité d'une manière dangereuse ou bien à s'y livrer alors qu'il est dangereux de le faire dans les circonstances.

Se pose ensuite la question de savoir si la *mens rea* a été établie. Comme c'est le cas des crimes comportant une *mens rea* subjective, la *mens rea* requise pour qu'il y ait prévision objective du risque de causer un préjudice s'infère normalement des faits. La norme applicable est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé. Si une personne a commis un acte manifestement dangereux, il est raisonnable, en l'absence d'indications du contraire, d'en déduire qu'elle n'a pas réfléchi au risque et à la nécessité de prudence. L'inférence normale peut toutefois être écartée par une preuve qui fait naître un doute raisonnable quant à l'absence de capacité d'apprécier le risque. Ainsi, si l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis au moyen d'une preuve suffisante à première vue, il faut se demander en outre si l'accusé possédait la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette dernière question, la faute morale nécessaire est établie et un verdict de culpabilité peut à bon droit être rendu contre l'accusé. Dans l'hypothèse contraire, c'est un verdict d'acquiescement qui s'impose.

Je crois que la démarche que je propose se fonde sur de solides principes de droit criminel. Correctement suivie, elle permettra que soit déclaré coupable et puni quiconque commet des actes dangereux ou illégaux qui provoquent la mort d'autrui. Elle permettra également au législateur de fixer une norme de diligence minimale à observer par tous ceux qui se livrent à de telles activités. Elle permettra enfin de maintenir le principe de justice fondamentale selon lequel on ne doit pas conclure à la responsabilité criminelle en l'absence de faute morale.

Je conclus donc que la norme de diligence juridique pour tous les crimes de négligence est celle de la personne raisonnable. Les facteurs personnels n'ont aucune pertinence, si ce n'est relativement à la question de savoir si l'accusé avait la capacité requise pour apprécier le risque. [aux pages 73-74]

Dans l'arrêt *R. c. Gosset*, jugé au même moment, Madame le juge McLachlin, parlant encore pour la majorité, a exprimé la même pensée dans des termes encore plus succincts :

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'il appartenait au jury de conclure que la conduite du policier

a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person in the circumstances. This was sufficient to permit a finding of the necessary *actus reus* and *mens rea*, absent evidence of incapacity to appreciate the risk involved in the conduct. [at 102]

[32] Later, in *Brocklebank*, above, arising from the same circumstances in Somalia as *Mathieu*, this Court again considered the question of the standard of care applicable to negligent performance of a military duty. This Court said this, after considering *Creighton, R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76 and *Mathieu*:

[18] In summary, the standard of care applicable to the charge of negligent performance of a military duty is that of the conduct expected of the reasonable person of the rank and in all the circumstances of the accused at the time and place the alleged offence occurred. In the context of a military operation, the standard of care will vary considerably in relation to the degree of responsibility exercised by the accused, the nature and purpose of the operation, and the exigencies of a particular situation. An emergency, or 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.

[33] The Court concluded at para. 20:

[20] As I read the Judge Advocate's comments he did nothing but inform the panel that in deciding whether the respondent had met the appropriate standard of care in the performance of the duty imposed upon him, 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. This accords with the principles set down by this Court in *Mathieu*.

constituait un écart marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable dans les circonstances. Cela était donc suffisant pour que l'on puisse conclure à l'existence de l'*actus reus* et de la *mens rea* nécessaires, en l'absence de preuve d'incapacité d'apprécier le risque lié à la conduite. [à la page 102]

[32] Plus tard, dans l'arrêt *Brocklebank*, précité, qui découlait des mêmes circonstances survenues en Somalie que celles dont il était question dans l'arrêt *Mathieu*, notre Cour s'est à nouveau penchée sur la question de la norme de diligence applicable à l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire. Voici ce que notre Cour a déclaré, après avoir examiné les arrêts *Creighton, R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, et *Mathieu* :

[18] En résumé, la norme de diligence applicable à l'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche ou mission militaire est celle de la conduite attendue de la personne raisonnable occupant le rang et se trouvant dans la situation de l'accusé au moment et à l'endroit où l'infraction reprochée est survenue. Dans le contexte d'une opération militaire, la norme de diligence variera considérablement en fonction du degré de responsabilité incombant à l'accusé, de la nature et de l'objet de l'opération ainsi que des exigences d'une situation donnée. Une situation urgente ou le degré accru d'apprehension 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 réprochée, 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.

[33] La Cour a conclu, au paragraphe 20 :

[20] À mon avis, le juge-avocat a simplement informé les membres de la formation qu'en déterminant si l'intimé avait respecté la norme de diligence applicable au cours de l'exécution d'une tâche qui lui était imposée, 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. Ces commentaires vont dans le sens des principes que la Cour d'appel a établis dans l'arrêt *Mathieu*.

[34] However, these comments must be read in the further context of the next paragraph:

[21] Furthermore, this is precisely how the panel understood the summation in that regard. After several days of deliberating, the panel came back with a question which demonstrates that it had understood the test to be an objective one:

“Our notes show that essential element six concerns the establishment of a standard of care that would be required in the discharge of the duty to safeguard the prisoner. In determining the standard of care, must we determine the standard within the strict context of the circumstances in Somalia?, or must we determine the standard within the context of the average Canadian soldier within the Canadian Forces as a whole? In other words does the standard of care to which we will subsequently compare Private Brocklebank’s conduct to be determined within the circumstances and conduct ... context of the situation in Somalia at the time of the alleged offence according to the evidence presented?, or is the standard of care to which we will subsequently compare Private Brocklebank’s conduct to be determined within the broader context of the average Canadian soldier within the Canadian Forces?” [A.B., vol. 7 at 1109-1110]

and in his response to the question put to him, the Judge Advocate clearly instructed the panel that they should adopt an objective test having regard to the particular circumstances of the respondent and the event, when he told the panel:

I would therefore conclude my response to your question, Mr President and Members, with this: The standard of performance or the standard of discharge of a duty is that manner of discharging the duty in question which would be adopted by a reasonably capable and careful private in Private Brocklebank’s position in the Service under circumstances similar to those in evidence. [A.B., vol. 7 at 1120]

[35] Thus, it appears that, at the end of the day and after a question on point, the panel was instructed that the objective standard was applicable: what would the reasonable and careful private do under the same circumstances.

[36] That decision was reconsidered by this Court in *Day*, above. In *Day* at paragraphs 11 and 12, the military

[34] Il convient toutefois d’interpréter ces observations en tenant également compte du paragraphe suivant :

[21] De plus, c’est exactement ainsi que la formation a compris l’exposé sur ce point. Après plusieurs jours de délibérations, la formation est revenue avec une question qui démontre qu’elle avait saisi la nature objective du critère :

[TRADUCTION] « Nos notes indiquent que l’élément essentiel six concerne l’existence d’une norme de diligence qui doit être respectée au cours de l’exercice des fonctions pour protéger le prisonnier. Pour déterminer la norme de diligence, devons-nous le faire dans le contexte strict des circonstances de la Somalie ou dans le contexte du soldat canadien moyen au sein de l’ensemble des Forces canadiennes? En d’autres termes, la norme de diligence à laquelle nous comparerons subséquemment la conduite du soldat Brocklebank doit-elle être déterminée en fonction des circonstances et de la situation propres à la Somalie à la date de l’infraction reprochée d’après la preuve qui a été présentée ou devons-nous plutôt déterminer la norme de diligence à laquelle nous comparerons subséquemment la conduite du soldat Brocklebank dans le contexte plus général du soldat canadien moyen au sein des Forces canadiennes? » [dossier d’appel, vol. 7, p. 1109-1110]

Dans sa réponse à la question qui lui a été posée, le juge-avocat a dit en toutes lettres aux membres de la formation qu’ils devraient adopter un critère objectif, compte tenu des circonstances particulières de l’intimé et de l’événement en question :

[TRADUCTION] Je conclurais donc ma réponse à la question des membres, Monsieur le président, en ces termes : la norme d’exécution ou la norme d’exercice d’un devoir correspond au comportement qu’adopterait un soldat raisonnablement doué et prudent se trouvant dans la position du soldat Brocklebank pour exercer le devoir en question dans des circonstances semblables à celles qui ont été présentées en preuve. [dossier d’appel, vol. 7, p. 1120]

[35] On voit donc qu’en fin de compte et après une question à ce sujet, on a dit au comité que la norme était objective : qu’est-ce que le soldat raisonnable et prudent aurait fait dans les mêmes circonstances?

[36] Notre Cour a examiné à nouveau cette décision dans *Day*, précité. Dans cet arrêt, aux paragraphes 11 et

trial judge found that, based on *Brocklebank*, above, the Crown had an obligation to lead evidence of the accused's rank, status, and training in order to prove the objective standard of care on a charge of negligent performance of duty. This Court held that was an error, and said:

[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.

[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, at pp. 373-374.

[37] Captain Watts argues the reasonable person test in *Creighton*, above, should not apply to situations that are ordered, rather than voluntary. He points out that in *Creighton*, McLachlin J., writing for the majority, said the following at paragraphs 129 and 130:

[129] To summarize, the fundamental premises upon which our criminal law rests mandate that personal characteristics not directly relevant to an element of the offence serve as excuses only at the point where they

12, le juge militaire a conclu, en se fondant sur l'arrêt *Brocklebank*, précité, que la Couronne avait l'obligation de présenter des éléments de preuve au sujet du grade, du statut et de la formation de l'accusé pour établir la norme objective de diligence en cas d'accusation de négligence dans l'exécution d'une tâche. Notre Cour a jugé que cette conclusion était erronée et a expliqué ce qui suit :

[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.

[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. v. Mathieu* (1995), 5 C.M.A.R. 363, aux pages 373 et 374.

[37] Le capitaine Watts soutient que le critère de la personne raisonnable énoncé dans l'arrêt *Creighton*, précité, ne devrait pas s'appliquer à des situations dans lesquelles des tâches sont imposées, par opposition aux actes libres. Il souligne que dans l'arrêt *Creighton*, la juge McLachlin, qui s'exprimait au nom de la majorité, a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 129 et 130 :

[129] Pour résumer, les prémisses fondamentales sur lesquelles repose notre droit criminel commandent que les caractéristiques personnelles qui ne se rapportent pas directement à un élément de l'infraction ne servent

establish incapacity, whether the incapacity be the ability to appreciate the nature and quality of one's conduct in the context of intentional [page66] crimes, or the incapacity to appreciate the risk involved in one's conduct in the context of crimes of manslaughter or penal negligence. The principle that we eschew conviction of the morally innocent requires no more.

[130] This test I believe to flow from the fundamental premises of our system of criminal justice. But drawing the line of criminal responsibility for negligent conduct at incapacity is also socially justifiable. In a society which licenses people, expressly or impliedly, to engage in a wide range of dangerous activities posing risk to the safety of other, it is reasonable to require that those choosing to undertake such activities and possessing the basic capacity to understand their danger take the trouble to exercise that capacity (see *R. v. Hundal*, supra). Not only does the absence of such care connote moral fault, but the sanction of the criminal law is justifiably invoked to deter others who choose to undertake such activities from proceeding without the requisite caution. Even those who lack the advantages of age, experience and education may properly be held to this standard as a condition of choosing to engage in activities which may maim or kill other innocent people. [Emphasis added.]

[38] Captain Watts submits the analysis with respect to the reasonable person in *Creighton* is limited, or defined to, "those who choose to undertake such activities from proceeding without the requisite caution." He submits that as he was "ordered" to do certain things, then his rank, status and training should be taken into account.

[39] While this is an interesting argument, I do not need to decide it in this case. I have concluded that the circumstances surrounding the assignment of Warrant Officer Ravensdale under the command of Major Lunney are relevant circumstances in relation to whether he breached his military duty given the manner in which the charge was framed.

d'excuses que si elles établissent l'incapacité, que ce soit l'incapacité à comprendre la nature et la qualité de sa conduite dans le contexte de crimes intentionnels, ou celle à apprécier le risque que comporte sa conduite dans le cas de crimes d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale. C'est tout ce qu'exige le principe suivant lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être déclarées coupables d'une infraction.

[130] Ce critère découle, je crois, des prémisses fondamentales qui sous-tendent notre système de justice criminelle. Mais fixer l'incapacité comme limite de la responsabilité criminelle résultant d'une conduite négligente se justifie également sur le plan social. En effet, dans une société qui, expressément ou implicitement, autorise les gens à se livrer à une large gamme d'activités dangereuses qui risquent de compromettre la sécurité d'autrui, il est raisonnable d'exiger que les personnes qui choisissent de participer à ces activités et qui possèdent la capacité fondamentale d'en comprendre le danger se donnent la peine de se servir de cette capacité (voir l'arrêt *R. c. Hundal*, précité). Non seulement l'omission de ce faire dénote-t-elle une faute morale, mais c'est à bon droit que la sanction du droit criminel est appliquée afin de dissuader les autres personnes qui choisissent de se lancer dans de telles activités d'agir sans prendre les précautions qui s'imposent. Même ceux qui n'ont pas l'avantage de l'âge, de l'expérience et de l'instruction peuvent à juste titre être soumis à cette norme comme condition de l'exercice de leur choix de se livrer à des activités susceptibles d'estropier ou de tuer des gens innocents. [Je souligne.]

[38] Le capitaine Watts affirme que l'analyse concernant le critère de la personne raisonnable dans l'arrêt *Creighton* se limite ou s'applique à ceux « qui choisissent de se lancer dans de telles activités [...] sans prendre les précautions qui s'imposent ». Il fait valoir que, comme il a « reçu l'ordre » d'accomplir certaines tâches, on devrait tenir compte de son grade, de son statut et de sa formation.

[39] Bien que cet argument soit intéressant, il n'est pas nécessaire que je tranche la question en l'espèce. J'en suis arrivée à la conclusion que les circonstances entourant l'affectation de l'adjudant Ravensdale sous le commandement du major Lunney sont des circonstances pertinentes pour répondre à la question de savoir si le capitaine Watts a manqué à sa tâche ou mission militaire, compte tenu de la façon dont l'accusation est libellée.

E. Reasonableness of the verdict and failing to direct a verdict of acquittal

[40] Dealing with Charge 6, the military duty as alleged in the Charge Sheet is that Captain Watts “permitted his subordinates to train on the live Defensive Command Detonated Weapon C19 without ensuring, as it was his duty to do, that training on inert or practice weapons systems had first been successfully completed.” Major Lunney authorized the range with the C19’s on the basis that Warrant Officer Ravensdale and the soldiers were about to engage in a dangerous overnight mission, and the C19 would offer them better defences and protection. The evidence is that there were no inert or practice weapons on the base because it was considered dangerous to personnel to have inert weapons that might be confused with real weapons, causing risk of death or injury in the field. Indeed the panel was instructed that they could take into account the fact that there were no inert or practice weapons. As noted above, the Military Judge erred in instructing the panel with respect to the military duty.

[41] In my respectful view, impossibility cannot support a finding that there was a military duty. There cannot be an offence that carries significant penalties, of negligently performed duty, that is impossible to perform. This offence, as charged, is not supported by the evidence, and an acquittal must result.

[42] In my respectful view, however, the panel could find that Captain Watts violated Charge 5, and therefore Charge 4, depending on their findings of fact. Thus, there is a possible route to conviction on this charge, depending on the factual findings of the panel.

[43] However, the instructions to the panel would need to include the proper instruction on what constitutes the military duty in this case, along with the instruction relating to whether Major Lunney placed that duty on someone other than Captain Watts.

E. Le caractère raisonnable du verdict et le défaut d'imposer un verdict d'acquittal

[40] En ce qui concerne le sixième chef d'accusation, la tâche ou mission militaire alléguée dans l'acte d'accusation est que le capitaine Watts « a permis à ses subalternes de s'entraîner avec une mine défensive télécommandée C19 réelle, sans d'abord s'assurer, comme il devait le faire, que ses subalternes s'étaient d'abord entraînés avec succès avec des armes inertes ou des armes d'entraînement ». Le major Lunney a autorisé des exercices de tir avec la C19 parce que l'adjudant Ravensdale et les soldats étaient sur le point d'entreprendre une dangereuse mission de nuit et que la C19 leur offrait de meilleurs moyens de défense et une meilleure protection. Suivant la preuve, il n'y avait pas d'armes inertes ou d'armes d'entraînement à la base parce qu'on estimait qu'il était dangereux d'avoir des armes inertes que l'on pouvait confondre avec des armes réelles, ce qui pouvait mener à des blessures ou des décès. D'ailleurs, le comité a reçu pour directive qu'il pouvait tenir compte du fait qu'il n'y avait pas d'armes inertes ou d'armes d'entraînement. Comme nous l'avons déjà mentionné, le juge militaire a commis une erreur en donnant les directives au comité en ce qui concerne la tâche ou mission militaire.

[41] À mon avis, on ne peut conclure à l'existence d'une tâche ou mission militaire en se fondant sur une impossibilité. Il ne peut exister une infraction assortie de lourdes peines pour négligence dans l'exécution d'une tâche militaire impossible à exécuter. Telle qu'elle est formulée, cette infraction n'est pas appuyée par la preuve et l'acquittal doit être prononcé.

[42] À mon avis, toutefois, le comité pouvait conclure, selon les conclusions de fait qu'il tirerait, que le capitaine Watts était coupable du cinquième chef d'accusation et, par conséquent, du quatrième chef d'accusation. Il serait donc possible de le condamner pour ce chef d'accusation, selon les conclusions de fait que tirerait le comité.

[43] Toutefois, les directives données au comité doivent préciser en quoi consistait la tâche ou mission militaire en l'espèce et préciser également si le major Lunney avait imposé cette tâche ou mission à d'autres personnes que le capitaine Watts.

F. *Instruction on R. v. W. (D).*

[44] Captain Watts submits that there should have been an instruction along the lines suggested in *R. v. W. (D.)*, above, at pages 757 to 758:

Ideally, appropriate instructions on the issue of credibility should be given, not only during the main charge, but on any recharge. A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

[45] The Crown at trial agreed that such an instruction should be given, but the Military Judge concluded that it should not. He was of the view that it did not apply.

[46] The Military Judge concluded that this was a situation where the panel could believe what Captain Watts said, but still find him guilty, as his evidence did not provide a complete defence. Thus, the standard *W. (D.)* instruction had no application. However, in such a case, a modified instruction with respect to *W. (D.)* can be given to the panel where the credibility of the accused person is engaged.

[47] In my view, there should have been a modified instruction pursuant to *W. (D.)*. The credibility of Captain Watts was challenged by the Crown, and the instruction should have been given. I have already concluded a new trial must be ordered, therefore, I need not say anything else about this ground of appeal.

F. *Les directives exposées dans l'arrêt R. c. W. (D.)*

[44] Le capitaine Watts affirme qu'on aurait dû donner des directives en s'inspirant de l'arrêt *R. c. W. (D.)*, précité, aux pages 757 et 758 :

Idéalement, il faudrait donner des directives adéquates sur le sujet de la crédibilité non seulement dans l'exposé principal mais dans tout exposé supplémentaire. Le juge du procès pourrait donner des directives au jury au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si [*sic*] n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

[45] Au procès, la Couronne a convenu qu'il fallait donner cette directive, mais le juge militaire en a jugé autrement. Il était d'avis qu'elle ne s'appliquait pas en l'espèce.

[46] Le juge militaire a conclu qu'il s'agissait d'une situation dans laquelle le comité pouvait ajouter foi aux propos du capitaine Watts tout en le déclarant quand même coupable, étant donné que son témoignage ne lui permettait pas de présenter une défense complète. Les directives proposées dans l'arrêt *W. (D.)* ne s'appliquaient donc pas. Toutefois, en pareil cas, on peut donner des directives modifiées inspirées de l'arrêt *W. (D.)* lorsque la crédibilité de l'accusé est en cause.

[47] À mon avis, on aurait dû donner des directives modifiées en conformité avec l'arrêt *W. (D.)*. La Couronne contestait la crédibilité du capitaine Watts et on aurait dû donner les directives en question. J'ai déjà conclu qu'il fallait ordonner la tenue d'un nouveau procès; il n'est donc pas nécessaire d'en dire davantage sur ce motif d'appel.

G. Conclusion

[48] I would allow the appeal, set aside the finding of guilty and direct a new trial by Court Martial on Charge 4 (unlawfully causing bodily harm) and Charge 5 (Negligent performance of duty). I would set aside the finding of guilty and enter a finding of not guilty on Charge 6 (Negligent performance of duty). It is not necessary to address the appeals against the sentences.

DOLORES M. HANSEN C.A.: I agree.

WYMAN W. WEBB J.A.: I agree.

G. Conclusion

[48] J'accueillerais l'appel, j'annulerais le verdict de culpabilité et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès par une cour martiale sur le quatrième chef d'accusation (lésions corporelles) et sur le cinquième chef d'accusation (négligence dans l'exécution d'une tâche). J'annulerais le verdict de culpabilité et je prononcerais l'acquittement sur le sixième chef d'accusation (négligence dans l'exécution d'une tâche). Il n'est pas nécessaire d'examiner les appels interjetés à l'encontre des peines.

DOLORES M. HANSEN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

WYMAN W. WEBB, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.