

R.D. Lucas

(██████████, Private, Canadian Forces)
Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

File No.: C.M.A.C. 186

Ottawa, Ontario, 18 November, 1983

Present: Mahoney P., Locke and Large JJ.

On appeal from a conviction by a Disciplinary Court Martial held at Canadian Forces Base Shearwater, Nova Scotia, on 19 July, 1982.

Procedure at court martial — General responsibilities of the Judge Advocate — Duty to remain impartial and not to interfere, article 112.55 — Disposition of appeals by Court Martial Appeal Court — Powers to direct a finding of not guilty or, alternately, a new trial — Factors to be considered — National Defence Act, section 202.

An appeal from a conviction for disobeying a lawful command of a superior officer.

Held: Appeal allowed.

The duty to remain in an impartial position at all times, as set out in *Q.R. & O.*, paragraph 112.55(1), entails, as a corollary, that the Judge Advocate is not to intervene in the proceedings unless his opinion on a question of law or procedure is solicited by either party, or where an irregularity warrants his advice to the Court.

In the case at hand, the Court concluded that the Judge Advocate's intervention was a departure from *Q.R. & O.*, article 112.55 and, since one could not assume that, in the absence of such intervention, the accused would have been found guilty (specifically that the *mens rea* essential to the offence would have been proven), the appeal was granted and the finding of guilty was set aside. Pursuant to subsection 202(1) of the *National Defence Act*, the Court now had to direct either a finding of not guilty or a new trial. On the face of it, the Court would order that a new trial should be ordered. However, having considered the fact that the accused had already served his sentence and had been reduced to the rank of private (and since then been reinstated), the nature of the underlying offence (i.e., that of improper dress), and the absence of rationale for this matter to reach such disciplinary level, the Court felt that the interests of justice generally, and those of the administration of military justice in particular, would be best served by directing a finding of not guilty, in accordance with subsection 202(1) of the *National Defence Act*.

R.D. Lucas

(██████████ Soldat, Forces canadiennes)
Appelant,

a c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

b N° du greffe: T.A.C.M. 186

Ottawa (Ontario), le 18 novembre 1983

Devant: le président Mahoney et les juges Locke et Large

c

En appel d'une condamnation prononcée par une cour martiale disciplinaire siégeant à la base des Forces canadiennes de Shearwater (Nouvelle-Écosse), le 19 juillet 1982.

d

Procédure en cour martiale — Responsabilités générales du juge-avocat — Obligation de rester impartial et de ne pas intervenir volontairement, article 112.55 — Décisions que peut rendre le Tribunal d'appel des cours martiales en appel — Pouvoir d'ordonner un verdict de non-culpabilité ou un nouveau procès — Facteurs à prendre en considération — Loi sur la défense nationale, article 202.

Appel à l'encontre d'une condamnation pour avoir désobéi à un commandement licitement donné par un officier supérieur.

Arrêt: L'appel est accueilli.

f

L'obligation faite au juge-avocat, aux termes du paragraphe 112.55(1) des *Ordonnances et règlements royaux*, de se montrer toujours impartial emporte l'obligation de ne pas intervenir dans les procédures à moins que l'une ou l'autre des parties ne sollicite son avis sur un point de droit ou de procédure ou qu'une irrégularité justifie qu'il en fasse part à la cour.

g

En l'espèce, le Tribunal a conclu que l'intervention du juge-avocat constituait une dérogation à l'article 112.55 des *Ordonnances et règlements royaux* et, étant donné qu'on ne pourrait présumer que, en l'absence de cette intervention, l'accusé aurait été déclaré coupable (plus particulièrement que la *mens rea* essentielle à l'infraction aurait été établie), que l'appel devait être accueilli et le verdict de «culpabilité» écarté. Conformément à l'article 202 de la *Loi sur la défense nationale*, le Tribunal devait alors ordonner soit un verdict de non-culpabilité soit un nouveau procès. À première vue, le Tribunal était d'avis d'ordonner un nouveau procès. Toutefois, tenant compte du fait que l'accusé avait déjà purgé sa sentence et qu'il avait été abaissé au grade de soldat (il a depuis repris le grade de caporal), de la nature de l'infraction à la base de l'affaire et de l'absence de motif expliquant pourquoi l'affaire s'était rendue à un tel niveau disciplinaire, le Tribunal a estimé qu'un verdict de non-culpabilité aux termes de l'alinéa 202(1)a) de la *Loi sur la défense nationale* serait dans les meilleurs intérêts de la justice de manière générale et de l'administration de la justice militaire en particulier.

h

i

j

COUNSEL:

David Bright, for the appellant
Lieutenant-Colonel M. Crowe, CD, for the
 respondent

AVOCATS:

David Bright pour l'appelant
Lieutenant-colonel M. Crowe, DC, pour
 l'intimée

STATUTE AND REGULATION CITED:

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4,
 ss. 125(6)(c), 202(1)
*Queen's Regulations and Orders for the
 Canadian Forces* (1968 Revision), art. 112.55

LOI ET RÈGLEMENT CITÉS:

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, c.
 N-4, art. 125(6)c), 202(1)
*Ordonnances et règlements royaux applica-
 bles aux Forces canadiennes* (Révision 1968),
 art. 112.55

CASE CITED:

Braun v. The Queen (1975), 4 C.M.A.R. 115

JURISPRUDENCE CITÉE:

Braun c. La Reine (1975), 4 T.A.C.M. 115

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

*Ce qui suit est la version française des motifs
 du jugement du Tribunal prononcés à l'audience
 par*

MAHONEY P.: This is an appeal from a conviction by a Disciplinary Court Martial of disobeying a lawful command of a superior officer. The only contested issue of fact was whether the appellant, then a corporal, understood that he had been given an order when, according to the unchallenged evidence of Sergeant Warner, the following transpired:

LE PRÉSIDENT MAHONEY: Appel est interjeté d'une déclaration de culpabilité prononcée par une cour martiale disciplinaire relativement à la désobéissance à un commandement licitement donné par un officier supérieur. La seule question de fait en litige est de savoir si l'appelant, qui était alors caporal, a compris qu'on lui avait donné un ordre lorsque selon le témoignage non contesté du sergent Warner:

On the 27th of April, as a result of a phone call I received from Master Warrant Officer Mailman, I informed Corporal Lucas that he was to report to Master Warrant Officer Mailman on the following day, being the 28th of April, at 1000 hours, dressed in his S-2s, name tag and medals. (Case, p. 33)

[TRADUCTION] Le 27 avril par suite d'un appel téléphonique que j'ai reçu de l'adjudant-maître Mailman, j'ai fait savoir au caporal Lucas qu'il devait se présenter devant celui-ci le lendemain, c'est-à-dire le 28 avril à 10 h, en tenue S-2, avec sa plaque d'identification et ses décorations. (Dossier p. 33).

The prosecutor was questioning Sergeant Warner as to what had occurred between him and the appellant at about 10:15 a.m., April 28, 1982, when the following exchange took place in the presence of the Court:

Le poursuivant interrogeait le sergent Warner sur ce qui s'était produit entre lui et l'appelant vers 10 h 15 le 28 avril 1982 lorsque la conversation suivante a eu lieu devant la Cour.

Q. Would you explain to the court if you're personally aware of where Corporal Lucas was at 1000 hours on the 28th of April?
 A. Yes, sir, he was in the section where we work.

[TRADUCTION] Q. Pouvez-vous expliquer à la Cour si vous saviez personnellement où se trouvait le caporal Lucas à 10 h le 28 avril? R. Oui monsieur, il se trouvait dans la section où il travaille.

Q. And as a result of this phone call from Master Warrant Officer Mailman, what were you required to verify? A. I was asked to verify to Corporal Lucas, if he was aware of the seriousness of not reporting as he had been informed the previous day.

Q. Et par suite de cet appel téléphonique de l'adjudant-maître Mailman, que vous a-t-on demandé de vérifier? R. On m'a chargé de demander au caporal Lucas s'il savait qu'il était grave de ne pas s'être présenté comme on le lui avait demandé la veille.

Q. And did you make such an inquiry of Corporal Lucas? A. Yes, sir.

Q. L'avez-vous demandé au caporal Lucas? R. Oui, monsieur.

Q. And what was the indication he gave?

Q. Et que vous a-t-il répondu?

JUDGE ADVOCATE: Now this statement by the accused, on what legal grounds do you consider it admissible? I would like to establish the grounds on which you are going to present the answer?

PROSECUTOR: I think, Mr. Judge Advocate, if I may and with the leave of the court, the prosecution will withdraw that particular question?

JUDGE ADVOCATE: Would you care to read Rule 29?

PROSECUTOR: Mr. Judge Advocate, you've been gracious enough to direct the attention of the prosecution to Military Rule of Evidence number 29, which speaks to the issue of words essential to prove relevant mental or internal physical state. In that regard, subject to any comment that my learned friend might make the prosecution would indeed suggest that the answer to the question which I previously posed to the witness, is an answer which he is capable of giving, the question being asked in the presence of the accused, the accused having given an answer. The witness has already given testimony, Mr. President, that it is very close in time to the point at which the accused would have had to form the necessary mental, or mental attitude, or intention, as to whether or not he was intending to appear in the office of Master Warrant Officer Mailman. And therefore, I would suggest, Mr. President, that the prosecution ought to be allowed to put the question to Sergeant Warner, on the basis that the answer indicates what the relevant mental state of the accused was, or give some indication of what his intent was, in a time frame very close, or in very close proximity to the time at which the accused ought to or should have, complied with the order.

JUDGE ADVOCATE: In other words, the effect of the answer is to show whether he understood it as an order, or whether he thought it was something else?

PROSECUTOR: Yes, Mr. Judge Advocate. (Case pp. 34 & 35)

The Court subsequently withdrew and the matter was dealt with by the Judge Advocate in *voir dire*.

Article 112.55 of the *Q.R. & O.* provides, in part:

(1) The judge advocate shall at all times maintain an impartial position.

(2) Prior to or during the trial by court martial, the judge advocate shall:

(b) if the prosecutor or accused asks his opinion on any question of law or procedure relative to the charge or trial, give that opinion

(i) out of court, or

(ii) with the permission of the president, in court;

The corollary of subparagraph 112.55(2)(b) is that, unless the prosecutor or the accused asks his opinion on a question of law or procedure, the Judge Advocate ought not volunteer it before the

LE JUGE-AVOCAT: En vertu de quels fondements juridiques cette déclaration de l'accusé est-elle admissible? Je voudrais établir les fondements en vertu desquels vous allez présenter la réponse?

LE POURSUIVANT: Je crois, M. le juge-avocat, que avec la permission de la Cour, la poursuite retirera cette question?

LE JUGE-AVOCAT: Auriez-vous l'obligeance de lire la règle 29?

LE POURSUIVANT: Monsieur le juge-avocat, vous avez bien voulu attirer notre attention sur la règle 29 des Règles militaires de la preuve qui porte sur la question des mots essentiels pour prouver l'état physique interne ou mental significatif. À cet égard, sous réserve de toute observation que pourrait faire mon savant collègue, la poursuite dirait en fait que le témoin est en mesure de répondre à la question que je lui ai posée, car cette question est posée en présence du prévenu qui a donné une réponse. M. le président, le témoin a déjà affirmé que cette conversation a eu lieu peu après le moment où le caporal Lucas, le prévenu, a reçu l'ordre de se présenter au bureau de l'adjudant-maître Mailman. Par conséquent, M. le président, je dirais que ce moment est très près du point où l'accusé aurait dû former l'attitude mentale ou l'intention nécessaire quant à savoir s'il avait l'intention de se présenter au bureau de l'adjudant-maître Mailman. Et par conséquent, je dirais, M. le président, que la poursuite devrait pouvoir poser la question au sergent Warner parce que la réponse indiquerait quel était l'état mental significatif du prévenu ou donnerait certaines indications relatives à ce qu'était son intention à un moment très près du moment où l'accusé devait ou aurait dû obéir à l'ordre.

LE JUGE-AVOCAT: En d'autres termes, la réponse a pour effet de démontrer s'il a compris qu'il s'agissait d'un ordre ou s'il a cru que c'était quelque chose d'autre?

LE POURSUIVANT: Oui, M. le juge-avocat. (Dossier pp. 34-35)

La Cour s'est retirée par la suite et le juge-avocat a traité de la question dans un *voir dire*.

L'article 112.55 des *Ordonnances et règlements royaux* prévoit en partie:

(1) juge-avocat se montre toujours impartial.

(2) Avant ou pendant le procès, le juge-avocat

b) si le procureur ou l'accusé lui demande son avis sur un point de droit ou de procédure relatif à l'accusation ou au procès, donne cet avis

(i) en dehors de l'audience, ou

(ii) en pleine audience, avec la permission du président;

Il découle de l'alinéa 112.55(2)b) que, à moins que le poursuivant ou le prévenu ne lui demande son avis sur une question de droit ou de procédure, le juge-avocat ne devrait pas le donner volontaire-

Court. If he sees an irregularity developing, the Judge Advocate may wish to explore it in *voir dire* but, here, he can scarcely be taken to have perceived an irregularity as he had the answer to his question at the tip of his tongue.

The Judge Advocate was certainly not asked for his opinion by the accused, nor was he asked by the prosecutor, who was prepared to withdraw the question. In our view the Judge Advocate's intervention was a departure from the duty to maintain an impartial position imposed on him by paragraph 112.55(1). It is not, therefore, necessary to deal with the appellant's submission based on the *Charter of Rights and Freedoms*.

We cannot safely assume that, in the absence of this intervention, the appellant would, himself, have been called to testify nor that, in the absence of his evidence and the intervention, the Court Martial would have found him guilty or, for that matter, could properly have found that the *mens rea* essential to the offence had been proved.¹ We agree that the appeal should succeed.

The proper disposition, under subsection 202(1) of the *National Defence Act*, concerns us. It provides:

202. (1) Upon the hearing of an appeal respecting the legality of a finding of guilty on any charge, the Court Martial Appeal Court, if it allows the appeal, shall set aside the finding and

- (a) direct a finding of not guilty to be recorded in respect of that charge, or
- (b) direct a new trial on that charge, in which case the appellant shall be tried again as if no trial on that charge had been held.

Prima facie, a new trial should be directed.

The appellant has already served the sentence of detention imposed on him.² He was, we are advised, restored to the rank of corporal effective August 11, 1982. The underlying offence was his alleged improper dress on parade. His collar insignia were improperly installed. Nothing in the appellant's service record explains the matter escalating to the disciplinary level it did. Evident-

ment à l'audience. S'il constate qu'une irrégularité est en train de prendre forme, le juge-avocat peut vouloir l'approfondir dans un voir dire mais en l'espèce on peut difficilement considérer qu'il a senti une irrégularité car il avait la réponse à sa question sur le bord des lèvres.

Le prévenu n'a certainement pas demandé l'avis du juge-avocat, ni même le poursuivant qui était prêt à retirer la question. À notre avis, l'intervention du juge-avocat constitue une dérogation à l'obligation de conserver une position impartiale que lui impose le paragraphe 112.55(1). Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument de l'appelant fondé sur la *Charte des droits et libertés*.

Nous ne pouvons, sans risque d'erreur, présumer que, en l'absence de cette intervention, l'appelant, aurait lui-même, été appelé à témoigner ni que, en l'absence de son témoignage et de l'intervention, la Cour martiale l'aurait déclaré coupable ou, à cet égard, aurait été fondée à juger que la *mens rea* essentielle à l'infraction avait été démontrée.¹ Nous sommes d'avis que l'appel doit être accueilli.

Il nous faut maintenant déterminer la solution appropriée au litige en vertu du paragraphe 202(1) de la *Loi sur la défense nationale* qui prévoit:

202. (1) Après avoir entendu un appel concernant la légalité d'un verdict de culpabilité rendu sur une accusation, le Tribunal d'appel des cours martiales, s'il admet l'appel, doit rejeter le verdict et

- a) ordonner qu'un verdict de non-culpabilité soit enregistré relativement à cette accusation, ou
- b) ordonner un nouveau procès sur cette accusation, auquel cas l'appelant doit être jugé de nouveau comme si aucun procès n'avait eu lieu sur ladite accusation.

À première vue, un nouveau procès devrait être ordonné.

L'appelant a déjà purgé la peine de détention qui lui a été infligée.² On nous a dit savoir qu'il avait repris le grade de caporal à compter du 11 août 1982. Il n'avait pas eu la tenue réglementaire lors d'une inspection; c'est ce qui constitue l'infraction qui est à la base de l'affaire. Un insigne n'était pas convenablement placé sur son collet. Le dossier de service de l'appelant n'explique nullement que

¹ *Braun v. The Queen* (1975), 4 C.M.A.R. 115, at 128.

² *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 125(6)(c).

¹ *Braun c. La Reine* (1975), 4 T.A.C.M. 115, à la p. 128.

² *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, c. N-4, art. 125(6)(c).

ly, his superiors were satisfied that he had chosen to defy them. If that is so, he has already been punished as the Court Martial decided. The time he has served in detention cannot be recovered, even if he were acquitted at a new trial.

Having regard to all the circumstances, we feel direction of a finding of not guilty would best serve the interests of justice generally and the administration of military justice in particular.

a la question se soit rendue à un tel niveau disciplinaire. De toute évidence, ses supérieurs ont été convaincus qu'il avait choisi de les défier. Si tel est le cas, il a déjà été puni comme l'a décidé la Cour martiale. La peine de détention qu'il a purgée ne peut être recouvrée même s'il était acquitté à un nouveau procès.

b Compte tenu de toutes les circonstances, nous estimons qu'une décision de non-culpabilité serait dans les meilleurs intérêts de la justice d'une manière générale et de l'administration de la justice militaire en particulier.