

R. v. Dunphy, 2007 CMAC 1

CMAC 491

Master Corporal W.B. Dunphy

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

CMAC 492

Corporal D.R. Parsons

Appellant,

v.

Her Majesty the Queen

Respondent.

Heard: Ottawa, Ontario, January 18, 2007.

Judgment: Ottawa, Ontario, January 29, 2007.

Present: Hugessen, Weiler and Dawson JJ.A.

On appeal from the legality of the convictions of Master Corporal Dunphy by a Standing Court Martial (2005 CM 53) held at Edmonton, Alberta, on January 10, 2006, and from the legality of the conviction of Corporal Parsons by a Standing Court Martial (2005 CM 16) held at Greenwood, Nova Scotia, on February 3, 2006.

Service Offences — Conduct to the prejudice of good order and discipline — National Defence Act, s. 129 — Discretion to recall witness — Military Judge erring when recalling appellant Parsons in present case as doing so prejudiced accused — Military Judge not erring in failing to give appellant Dunphy remedy under Canadian Charter of Rights and Freedoms, subs. 24(1) as Dunphy conceding appropriate remedy declaration of invalidity pursuant to Constitution Act, 1982, subs. 52(1).

Constitutional Law — Canadian Charter of Rights and Freedoms — Crown cross-appealing Military Judge's conclusion Charter, para. 11(d) violated — Military Judge finding certain provisions of Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O), pertaining to reappointment of military judges, giving rise to reasonable apprehension that

R. c. Dunphy, 2007 CACM 1

CMAC 491

Caporal-chef W.B. Dunphy

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

CMAC 492

Caporal D.R. Parsons

Appelant,

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée.

Audience : Ottawa (Ontario), le 18 janvier 2007.

Jugement : Ottawa (Ontario), le 29 janvier 2007.

Devant : Les juges Weiler, Dawson et Hugessen, J.C.A.

Appel de la légalité des déclarations de culpabilité du caporal-chef Dunphy par la cour martiale permanente (2005 CM 53) tenue à Edmonton (Alberta), le 10 janvier 2006, et de la légalité de la déclaration de culpabilité du caporal Parsons par la cour martiale permanente (2005 CM 16) tenue à Greenwood (Nouvelle-Écosse), le 3 février 2006.

Infractions militaires — Conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline — Loi sur la défense nationale, art. 129 — Pouvoir discrétionnaire de rappeler un témoin — Le juge militaire a commis une erreur lorsqu'il a rappelé l'appelant Parsons dans la présente affaire et, ce faisant, a porté préjudice à l'accusé — Le juge militaire n'a pas commis d'erreur en omettant d'accorder réparation à l'appelant Dunphy en application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés attendu que Dunphy a concédé qu'une déclaration d'invalidité était une mesure de réparation appropriée conformément à l'art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

Droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés — Appel incident par la Couronne de la conclusion du juge militaire selon laquelle il y aurait eu violation de l'art. 11d) de la Charte — Le juge militaire a considéré que certaines dispositions des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC), ayant trait au

military judge unable to render decision without interference from external actors — Impugned provisions not providing sufficient legislative restraint to remove concerns relating to security of tenure — Cross-appeal dismissed.

These were two factually unrelated appeals which share a common issue. Both of the appellants were convicted for conduct to the prejudice of good order and discipline contrary to section 129 of the *National Defence Act*. The appellant Parsons appealed on the ground that the Military Judge erred in exercising his discretion to recall and cross-examine him after the defence had closed its case. The appellant Dunphy appealed on the ground that the Military Judge erred by not granting him a remedy pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown cross-appealed on the ground that the Military Judge erred in concluding that certain provisions of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* violated paragraph 11(d) of the Charter.

The facts respecting the appellant Parsons were as follows. On February 4, 2004, the military police executed a search warrant on Parson's residence, and found a Nikon D1X digital camera. The camera had been supplied to the Department of National Defence and sent to the Canadian Forces Base at Greenwood, where Parsons was employed as a supply technician. He was the last person to be seen with the camera. The appellant denied stealing the camera, claimed that he purchased the camera from a person he had met in a camera shop, and offered a handwritten receipt from the seller as proof of the sale. Both counsel concluded their closing submissions, and the Court closed to determine its findings. The Court subsequently reopened and the Military Judge recalled the appellant to the stand pursuant to article 112.32 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* and questioned him about the handwritten receipt. In finding Parsons guilty of the charge involving possession of stolen property, the Military Judge emphasized how the evidence disclosed that the seller of the camera misspelled the words "warranty" and "transferred" on the receipt document in exactly the same way that Parsons misspelled the two words in writing before the Court.

Held: Appeal in CMAC 492 (Parsons) allowed; appeal in CMAC 491 (Dunphy) dismissed; cross-appeals dismissed.

With respect to the Parsons appeal, the Crown was right to concede that the Military Judge erred by wrongly exercising his discretion to recall and cross-examine the accused after the defence had closed its case. Although a judge may exercise discretion to call witnesses without the consent of the parties in

renouvellement de la nomination des juges militaires, donnent des motifs raisonnables de craindre qu'un juge militaire soit incapable de rendre une décision sans ingérence de parties externes — Les dispositions contestées ne fournissent pas une contrainte législative suffisante pour éliminer les préoccupations liées à la sécurité du mandat — Appel incident rejeté.

Ces deux appels non liés par les faits comportent une question commune. Les deux appelants ont été déclarés coupables d'une conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline aux termes de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*. L'appellant Parsons a interjeté appel au motif que le juge militaire avait commis une erreur en recourant à son pouvoir discrétionnaire de le rappeler et de le contre-interroger après que la défense a terminé sa présentation. L'appellant Dunphy a interjeté appel au motif que le juge militaire a commis une erreur en omettant de lui accorder réparation en application du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Couronne a interjeté un appel incident au motif que le juge militaire avait commis une erreur en concluant que certaines dispositions des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* contrevenaient à l'alinéa 11d) de la Charte.

Les faits concernant l'appellant Parsons sont les suivants. Le 4 février 2004, la police militaire a exécuté un mandat de perquisition à la résidence du caporal Parsons et trouvé un appareil photo numérique Nikon D1X. Cet appareil photo avait été fourni au ministère de la Défense nationale et envoyé à la Base des Forces canadiennes Greenwood, où le caporal Parsons était employé en tant que technicien en approvisionnement. Il a été la dernière personne vue avec l'appareil photo. L'appellant a nié avoir volé l'appareil photo, affirmant qu'il l'avait acheté à une personne rencontrée dans une boutique d'appareils photo et présentant un reçu rédigé à la main par le vendeur en guise de preuve de la vente. Les deux avocats ont conclu leurs observations finales et la Cour a mis fin à l'audience pour rendre sa décision. La Cour a rouvert par la suite et le juge militaire a rappelé l'appellant en application de l'article 112.32 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* et l'a questionné au sujet du reçu rédigé à la main. En déclarant Parsons coupable de l'accusation de possession d'un bien volé, le juge militaire a souligné comment la preuve démontrait que le vendeur de l'appareil photo avait mal orthographié les mots « *warranty* » et « *transferred* » sur le reçu exactement comme le caporal Parsons avait mal orthographié ces deux mots devant la Cour.

Arrêt : L'appel à l'égard de l'affaire CACM 492 (Parsons) est accueilli; l'appel à l'égard de l'affaire CACM 491 (Dunphy) est rejeté; les appels incidents sont rejetés.

Pour ce qui est de l'appel du caporal Parsons, la Couronne a eu raison de concéder que le juge militaire avait fait erreur en exerçant à mauvais escient son pouvoir discrétionnaire de rappeler et de contre-interroger l'accusé après la clôture de la présentation de la défense. Bien qu'un juge puisse exercer son

order to clarify issues, there was nothing in need of clarification in this case, and a judge should never recall a witness after the defence has closed its case when doing so would prejudice the accused. Parsons would have been entitled to an acquittal but for the error of the Military Judge. Thus, the Court ordered that the appeal be allowed, the finding of guilt be set aside and the proceedings be stayed.

As to the Dunphy appeal, the Military Judge did not err in failing to give the appellant Dunphy a remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter. During argument, counsel for Dunphy conceded that the appropriate remedy was a declaration of invalidity pursuant to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and that was sufficient to dispose of the appeal.

Finally, the Military Judge did not err in concluding that paragraphs 101.15(2), 101.15(3) and 101.17(2) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* violated paragraph 11(d) of the Charter. The Military Judge found that these provisions, which establish the composition of the Renewal Committee and rules relating to its recommendations regarding the reappointment of military judges, gave rise to a reasonable apprehension that a military judge would be unable to render a decision without interference from external actors. The impugned articles do not provide a sufficient restraint to remove concerns related to security of tenure. The Court therefore agrees with the Military Judge's recommendation that military judges be awarded security of tenure until retirement subject to removal for cause on the recommendation of an Inquiry Committee.

pouvoir discrétionnaire d'appeler des témoins sans le consentement des parties afin de clarifier certaines questions, il n'y avait nul besoin de clarification dans cette affaire et un juge ne devrait jamais rappeler un témoin après que la défense a terminé sa présentation lorsqu'une telle mesure porte préjudice à l'accusé. Le caporal Parsons aurait eu droit à un acquittement si le juge militaire n'avait pas commis cette erreur. Par conséquent, la Cour a ordonné que l'appel soit accueilli, que le verdict de culpabilité soit annulé et que l'instance soit suspendue.

Pour ce qui est de l'appel du caporal-chef Dunphy, le juge militaire n'a pas commis d'erreur en omettant d'accorder réparation à l'appellant Dunphy en application du paragraphe 24(1) de la Charte. Pendant la plaidoirie, l'avocat de M. Dunphy a concédé que la mesure de réparation appropriée était une déclaration d'invalidité conformément au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que cela était suffisant pour rejeter l'appel.

Enfin, le juge militaire n'a pas commis d'erreur en concluant que les paragraphes 101.15(2), 101.15(3) et 101.17(2) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* contrevenaient à l'alinéa 11d) de la Charte. Le juge militaire a déterminé que ces dispositions, qui établissent la composition du Comité du renouvellement et les règles liées aux recommandations de ce dernier au sujet du renouvellement de la nomination des juges militaires, donnent des motifs raisonnables de craindre qu'un juge militaire soit incapable de rendre une décision sans ingérence de parties externes. Les dispositions contestées ne fournissent pas une contrainte suffisante pour éliminer les préoccupations liées à la sécurité du mandat. Le Cour est donc d'accord avec la recommandation du juge militaire concluant que les juges militaires devraient se voir accorder la sécurité de leur mandat jusqu'à la retraite, sous réserve d'un retrait justifié sur recommandation d'un Comité d'enquête.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-7, *An Act to amend the National Defence Act*, 39th Parl., 1st Sess., 2006.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(d), 24(1), 52.
Constitution Act, 1982, s. 52.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 129.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O, online: <https://www.canada.ca/en/department-national-defence/corporate/policies-standards/queens-regulations-orders.html>), arts. 101.15(2),(3), 101.17(2), 112.32.

CASES CITED

R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110;
R. v. Lauzon (1998), 6 C.M.A.R. 19, 230 N.R. 272; *R. v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d), 24(1), 52.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 129.
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. 101.15(2),(3), 101.17(2), 112.32.
Projet de loi C-7, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale, 39^e lég., 1^{re} sess., 2006.

JURISPRUDENCE CITÉE

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259, 88 D.L.R. (4th) 110;
R. c. Lauzon (1998), 6 C.A.C.M. 19, 230 N.R. 272; *R. c.*

Lippé, [1991] 2 S.C.R. 114, 64 C.C.C. (3d) 513; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, 24 D.L.R. (4th) 161.

Lippé, [1991] 2 R.C.S. 114, 64 C.C.C. (3^d) 513; *Valente c. la Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, 24 D.L.R. (4th) 161.

COUNSEL

Major Edmund Thomas and Lieutenant Colonel D. Couture for appellants.
Major R. F. Holman for respondent.

AVOCATS

Major Edmund Thomas et Lieutenant-colonel D. Couture pour les appelants.
Major R. F. Holman pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment delivered in English by

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

THE COURT:

LA COUR :

I. Overview

I. Aperçu

[1] These appeals are not factually related but they raise a common issue under paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter): the independence of the tribunal that tried them. The same Military Judge decided both cases and incorporated his reasons on the paragraph 11(d) motion from the *Parsons (R. v. Parsons R.D. (Corporal)*, 2005 CM 16) case in his *Dunphy (R. v. Dunphy W.B. (Master Corporal)*, 2005 CM 53) decision. Although the Military Judge declared that the appointment renewal provisions of military judges violated paragraph 11(d) of the Charter, he declined to grant an individual remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter. Both Parsons and Dunphy were found guilty of one count of conduct to the prejudice of good order and discipline contrary to section 129 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5. They are appealing their convictions. By way of cross-appeal the Crown appeals the declaration that paragraph 11(d) was violated and the declaration of invalidity pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*. For the reasons that follow, we are in substantial agreement with the Military Judge's conclusion that the articles in question violate the Charter and his conclusion that no individual remedy should be afforded.

[1] Les appels en l'espèce ne sont pas connexes sur le plan factuel, mais ils soulèvent une question commune au sujet de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) : l'indépendance du tribunal qui a instruit les procès. Le même juge militaire a instruit les deux affaires et a incorporé à la décision *Dunphy (R. c. Dunphy W.B. (Caporal-chef)*, 2005 CM 53) les motifs qu'il avait rendus dans l'affaire *Parsons (R. c. Parsons R.D. (Caporal)*, 2005 CM 16) au sujet de la requête portant sur l'alinéa 11d). Bien que le juge militaire eût déclaré que les dispositions portant sur le renouvellement des nominations des juges militaires violaient l'alinéa 11d) de la Charte, il a refusé d'accorder une réparation individuelle aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte. Parsons et Dunphy ont tous deux été déclarés coupables d'un chef d'accusation de conduite préjudiciable au bon ordre et à la discipline au sens de l'article 129 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5. Ils interjettent appel de leur déclaration de culpabilité. Dans un appel incident, la Couronne conteste la déclaration selon laquelle il y a eu violation de l'alinéa 11d) et la déclaration d'invalidité prononcée en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour les motifs suivants, nous souscrivons pour l'essentiel aux conclusions du juge militaire selon lesquelles les articles en question violent la Charte et à sa décision selon laquelle aucune réparation individuelle ne devrait être accordée.

[2] The appellant Parsons raises additional grounds of appeal relating to his conviction at trial. We find it

[2] L'appelant Parsons soulève des motifs additionnels d'appel au sujet de la déclaration de culpabilité

necessary to deal only with the ground of appeal alleging that the trial judge erred in recalling Parsons after counsel's closing submissions and he had reserved his decision. The Crown concedes that the trial judge erred and we would allow the appeal on this ground. In view of the disposition we propose to make, it is not necessary to deal with the other grounds of appeal raised. We deal with the additional ground of appeal at the outset and, to put our decision in context, a brief summary of the evidence follows.

II. The evidence respecting Parsons

[3] On February 4, 2004, the military police executed a search warrant on Corporal Parsons's residence. The validity of this search was challenged at trial, and, after holding a *voir dire*, the Military Judge found it to have been properly authorized. The police found a Nikon D1X digital camera and related paraphernalia. The camera had been ordered and supplied to the Department of National Defence and shipped to the Base Supply at Canadian Forces Base at Greenwood in June of 2003, where Parsons was employed as a supply technician. He was the last person to be seen with the camera when it went missing.

[4] Parsons testified and denied stealing the camera. He explained that he had an interest in photography and had handled the camera. He said that he had attempted to buy a similar camera from Carsand-Mosher, a camera equipment outlet in Halifax, in late December 2003, but that their offered price of \$4,000 plus tax was too high. He gave evidence that, while in the store, he met a man trying to sell camera equipment to the outlet, and bought the camera at issue from him for \$3,800. He obtained a handwritten receipt from the seller. He testified that he did not know that he possessed the camera that had gone missing from the supply chain. Parsons was cross-examined on his evidence. Following this, the defence closed its case and both counsel made closing submissions. The Court closed to determine its findings on February 1, 2006, and reopened on February 3, and pursuant to article 112.32 of

prononcée à son procès. Nous sommes d'avis qu'il n'est nécessaire d'examiner que l'allégation selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur en rappelant Parsons après les observations finales de son avocat et après qu'il eut sursis au prononcé de sa décision. La Couronne reconnaît que le juge de première instance a commis une erreur et nous accueillerons l'appel sur ce point. Vu la décision que nous nous proposons de rendre, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres motifs d'appel. Nous examinerons d'abord le motif d'appel additionnel et, pour placer notre décision en contexte, nous résumerons brièvement la preuve dans les paragraphes suivants.

II. La preuve au sujet de Parsons

[3] Le 4 février 2004, la police militaire a exécuté un mandat de perquisition à la résidence du caporal Parsons. La validité de cette perquisition a été contestée lors du procès, et après une procédure de voir-dire, le juge militaire a conclu que le mandat avait été valablement autorisé. La police a trouvé un appareil photo numérique Nikon D1X et des accessoires. L'appareil avait été commandé par le ministère de la Défense nationale, à qui il avait été livré pour ensuite être envoyé à l'Approvisionnement de la base des Forces canadiennes à Greenwood en juin 2003, où Parsons occupait un poste de technicien en approvisionnement. Il était la dernière personne à avoir été vue en possession de l'appareil photo avant qu'on en constate la disparition.

[4] Parsons a témoigné et a nié avoir volé l'appareil photo. Il a expliqué qu'il s'intéressait à la photographie et qu'il avait utilisé l'appareil photo. Il a déclaré avoir voulu acheter un appareil semblable chez Carsand-Mosher, une boutique d'équipement photographique à Halifax, vers la fin décembre 2003, mais que le prix de 4 000 \$, taxes en sus, était trop élevé. Il a témoigné qu'alors qu'il se trouvait dans la boutique, il avait rencontré un homme qui cherchait à vendre à la boutique de l'équipement de photographie. Parsons a déclaré qu'il avait acheté l'appareil photo en question à cet homme pour 3 800 \$. Il avait obtenu un reçu rédigé à la main par le vendeur. Il a déclaré qu'il ne savait pas qu'il était en possession de l'appareil photo qui avait disparu de la chaîne d'approvisionnement. Parsons a été contre-interrogé. La partie défenderesse a ensuite déclaré sa preuve close

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O), the Judge recalled Parsons to the stand. The Military Judge asked Parsons if he had played any part in the preparation of the receipt, which Parsons denied. The Military Judge then directed Parsons to print his name "Dwayne Parsons" on a piece of paper above the words "no warranty transferred or expressed". Parsons spelled the words "warranty" and "transferred". The same misspellings occurred in the handwritten receipt that had been entered into evidence.

[5] Although the Military Judge acquitted Parsons of the charge involving theft of the camera, he found him guilty of the charge involving possession of stolen property. The Military Judge disbelieved Parsons' story of the chance meeting with the man at the camera store. He emphasized how the evidence disclosed that the seller of the camera misspelled the words "warranty" and "transferred" on the receipt document in exactly the same way that Parsons misspelled the two words in writing before the Court. Based on the length of time between when the camera went missing and when it was found in his possession, the Military Judge inferred that Parsons knew that the camera was stolen.

III. Argument and disposition of the appeal respecting Parsons

[6] The appellant submits that the Military Judge erred by wrongly exercising his discretion to recall and cross-examine the accused after the defence had closed its case. The Crown concedes that the Military Judge erred in doing so.

[7] We accept the Crown's concession. A judge has limited discretion to call witnesses without the consent of the parties. While a judge may ask questions to resolve a misunderstanding or to clarify issues, in this case, there was nothing in need of clarification. A judge should never recall a witness after the defence has closed its case when it would cause prejudice to the accused. Here the Military

et les deux avocats ont présenté leurs observations finales. Le 1^{er} février 2006, la cour martiale a sursis à prononcé de sa décision et la séance a repris le 3 février. Le juge a alors rappelé Parsons à la barre en vertu de l'article 112.32 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC). Le juge militaire a demandé à Parsons s'il avait joué un rôle dans la préparation du reçu, ce que Parsons a nié. Le juge militaire a ensuite demandé à Parsons d'écrire son nom « Dwayne Parsons » sur une feuille de papier au-dessus des mots « *no warranty transferred or expressed* » (aucun transfert de garantie ni garantie expresse). Parsons a écrit « *warranty* » et « *transferred* ». Les mêmes fautes d'orthographe apparaissaient sur le reçu écrit à la main qui avait été produit en preuve.

[5] Bien que le juge militaire eût acquitté Parsons de l'accusation du vol de l'appareil photo, il l'a déclaré coupable de l'accusation de possession d'un bien volé. Le juge militaire n'a pas cru le récit de Parsons au sujet de sa rencontre imprévue avec l'homme dans la boutique de photographie. Il a souligné comment la preuve révélait que le vendeur de l'appareil photo avait mal orthographié les mots « *warranty* » et « *transferred* » sur le reçu de la même façon que Parsons l'avait fait devant la Cour. Vu le temps qui s'était écoulé entre le moment où l'appareil photo avait disparu et le moment où il avait été découvert en la possession de Parsons, le juge militaire a conclu que Parsons savait que l'appareil avait été volé.

III. Arguments et décision sur l'appel de Parsons

[6] L'appellant soutient que le juge militaire a commis une erreur en exerçant à tort son pouvoir discrétionnaire pour rappeler et contre-interroger l'accusé après que la défense eut déclaré sa preuve close. La Couronne reconnaît qu'il s'agissait bien d'une erreur de la part du juge militaire.

[7] Nous acceptons l'admission de la Couronne. Un juge a un pouvoir discrétionnaire limité lorsqu'il s'agit de convoquer des témoins sans le consentement des parties. Bien qu'un juge puisse poser des questions afin de résoudre un malentendu ou de clarifier un point, il n'y avait rien à clarifier en l'espèce. Un juge ne devrait jamais rappeler un témoin après que la défense a déclaré

Judge compromised the fairness of the trial by taking on a role that properly belonged to the prosecutor.

[8] We disagree with the Crown's submission that, in light of the evidence adduced prior to the recall, the Military Judge's decision would inevitably have been the same and Parsons was therefore not prejudiced. The Military Judge did not reject Parsons' evidence outright. He took two days to consider the evidence before recalling Parsons. The impugned evidence is at the core of the Military Judge's reasons for conviction. Parsons was prejudiced.

[9] Ordinarily the remedy would be to order a new trial. On the record before us, however, but for the Military Judge's error, Parsons would have been entitled to an acquittal. In the unusual circumstances of this case, therefore, we agree with the appellant that a new trial would not be fair and would engage paragraph 11(d) of the Charter. As a result, we order that the appeal be allowed that the finding of guilt be set aside and that the proceedings be stayed. As this is sufficient to dispose of Parsons' appeal, we need not address the other grounds of appeal.

[10] We now turn to the Dunphy appeal.

IV. The Dunphy appeal

[11] Although the Military Judge struck down the articles pertaining to the renewal appointment of Military Judges, the Military Judge was not one who had been reappointed. In addition, having struck down the articles such that, in his opinion, he now had security of tenure, the Military Judge held there was no longer a violation of paragraph 11(d) of the Charter.

[12] The only issue in Dunphy's appeal is whether the Military Judge erred by not granting Dunphy a Charter remedy pursuant to subsection 24(1). During argument of this appeal, his counsel conceded that he was not entitled to an individual remedy and that the appropriate remedy was a declaration of invalidity pursuant

sa preuve close si cela peut avoir un effet défavorable pour l'accusé. En l'espèce, le juge militaire a compromis l'équité du procès en exerçant un rôle qui revenait plutôt à la poursuite.

[8] Nous ne souscrivons pas à l'observation de la Couronne selon laquelle, compte tenu de la preuve présentée avant le rappel, la décision du juge militaire aurait inévitablement été la même et que Parsons n'a donc pas été défavorisé. Le juge militaire n'a pas carrément rejeté le témoignage de Parsons. Il a examiné la preuve pendant deux jours avant de rappeler Parsons. La preuve contestée est essentielle aux motifs du juge militaire justifiant la déclaration de culpabilité. Parsons a été défavorisé.

[9] Normalement, l'ordonnance de tenir un nouveau procès serait la réparation appropriée. Cependant, d'après le dossier qui nous a été présenté, si ce n'était de l'erreur du juge militaire, Parsons aurait eu droit à un acquittement. Compte tenu des circonstances inusitées en l'espèce, nous sommes d'accord avec le demandeur que la tenue d'un nouveau procès serait injuste et mettrait en cause l'alinéa 11d) de la Charte. Par conséquent, nous ordonnons que l'appel soit accueilli, que la déclaration de culpabilité soit annulée et que la procédure soit suspendue. Comme cela suffit pour régler l'appel de Parsons, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres motifs d'appel.

[10] Nous nous penchons à présent sur l'appel Dunphy.

IV. L'appel Dunphy

[11] Bien que le juge militaire eût annulé les articles qui portaient sur le renouvellement des nominations des juges militaires, sa nomination n'avait pas été renouvelée. De plus, le juge militaire ayant annulé les articles, il était d'avis qu'il avait assuré son inamovibilité et il a conclu qu'il n'y avait plus de violation à l'alinéa 11d) de la Charte.

[12] La seule question soulevée dans l'appel Dunphy est de savoir si le juge militaire a commis une erreur en n'accordant pas à Dunphy une réparation au sens du paragraphe 24(1) de la Charte. Au cours de la plaidoirie en l'espèce, l'avocat de Dunphy a reconnu que son client n'avait pas droit à une réparation individuelle et qu'une

to subsection 52(1). That is sufficient to dispose of this appeal. Accordingly, we order that the appeal be dismissed.

V. The Crown's cross-appeals in Parsons and Dunphy concerning the Military Judge's declaration of invalidity

[13] We now propose to deal with the cross-appeals by the Crown. The Military Judge declared that certain sections pertaining to the reappointment of military judges pursuant to the QR&O were of no force and effect. He held that paragraphs 101.15(2), 101.15(3) and 101.17(2) of the QR&O, which provide for the composition of the Renewal Committee and the factors that it must and must not consider in making its recommendation as to whether or not a military judge should be reappointed, gave rise to a reasonable apprehension that the Military Judge would be unable to decide the case before him without interference from external actors. For ease of reference, the articles in issue are reproduced below:

101.15 — ESTABLISHMENT OF RENEWAL COMMITTEE

(1) A committee to be known as the Renewal Committee is hereby established for the purpose of subsection 165.21(3) of the *National Defence Act*.

(2) The Committee consists of three members appointed by the Governor in Council as follows:

(a) a judge of the Court Martial Appeal Court nominated by the Chief Justice of the Court;

(b) a barrister or advocate with standing at the bar of a province, other than an officer or non-commissioned member, nominated by the Minister of Justice; and

(c) a person other than a legal officer or an officer or a non-commissioned member referred to in section 156 of the *National Defence Act*, nominated by the Minister of National Defence.

(3) The Chairperson of the Committee shall be the person nominated under subparagraph 2(a).

déclaration d'invalidité faite en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* était la réparation appropriée. Cela suffit pour régler l'appel. Par conséquent, nous ordonnons que l'appel soit rejeté.

V. L'appel incident de la Couronne dans les appels Parsons et Dunphy au sujet de la déclaration d'invalidité faite par le juge militaire

[13] Nous nous proposons maintenant de traiter de l'appel incident de la Couronne. Le juge militaire a déclaré que certains articles des ORFC portant sur le renouvellement des nominations des juges militaires étaient inopérants. Il a conclu que les paragraphes 101.15(2), 101.15(3) et 101.17(2) des ORFC, qui prévoient la composition du comité d'examen, les facteurs dont ce comité doit tenir compte et les facteurs qu'il doit écarter lors de la formulation d'une recommandation quant au renouvellement de la nomination d'un juge, donnaient lieu à une crainte raisonnable que le juge militaire ne puisse pas trancher l'affaire sans qu'il y ait ingérence d'acteurs externes. Par souci de commodité, les articles en question sont reproduits ci-dessous.

101.15 — COMITÉ D'EXAMEN

(1) Est établi un comité d'examen aux fins du paragraphe 165.21(3) de la *Loi sur la défense nationale*.

(2) Le comité se compose de trois membres nommés par le gouverneur en conseil en se fondant sur les propositions suivantes :

a) un juge de la Cour d'appel de la cour martiale proposé par le juge en chef de cette cour;

b) un avocat inscrit au barreau d'une province, autre qu'un officier ou un militaire du rang, proposé par le ministre de la Justice;

c) une personne proposée par le ministre de la Défense nationale, autre qu'un avocat militaire ou un officier ou militaire du rang visé à l'article 156 de la *Loi sur la défense nationale*.

(3) La personne nommée en application du sous-alinéa (2)a) est président de ce comité.

(4) Each member holds office for a period not exceeding four years.

...

101.17 — RECOMMENDATION BY RENEWAL COMMITTEE

(1) The Renewal Committee shall deal with all matters before it as informally and expeditiously as the circumstances and the considerations of fairness permit.

(2) In making a recommendation, the Renewal Committee shall consider as a minimum the following:

(a) the requirements of the Office of the Chief Military Judge, including:

(i) any planned change in strength which will increase or reduce the establishment within the unit of the Chief Military Judge,

(ii) the official language requirements within the unit of the Chief Military Judge, and

(iii) the need to maintain a minimum level of continuity within the unit of the Chief Military Judge having regard to the fixed term appointments and projected retirements of other currently serving military judges;

(b) any compelling military requirement to employ the military judge after the completion of the current term of appointment in a non-judicial capacity elsewhere in the Canadian Forces; and

(c) the military judge's physical and medical fitness to perform military duties as an officer of the legal classification.

(3) The Committee shall not consider the record of judicial decisions of the military judge.

(4) The Committee shall submit its recommendation to the Governor in Council no later than two months before the expiration of the appointment of the military judge.

[14] Assuming that the cross-appeal has not been rendered moot by our disposition of the appeals and is properly before us, we offer the following comments.

(4) Chacun des membres est nommé pour une période maximale de quatre ans.

[...]

101.17 — RECOMMANDATION DU COMITÉ D'EXAMEN

(1) Le comité d'examen traite de toutes les questions dont il est saisi rapidement et sans formalité, dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent.

(2) Le comité d'examen fait ses recommandations en se fondant au moins sur les facteurs suivants :

a) les exigences du Cabinet du juge militaire en chef, notamment :

(i) tout changement d'effectif anticipé qui soit augmenterait soit diminuerait le tableau de l'effectif au sein du cabinet,

(ii) les exigences relatives aux langues officielles au sein du cabinet,

(iii) la nécessité de maintenir un niveau minimal de continuité au sein du cabinet, les nominations à terme et les mises à la retraite projetées de juges militaires en exercice étant prises en considération;

b) toute exigence militaire impérieuse ayant pour effet d'employer le juge militaire en cause dans une fonction autre qu'à ce titre ailleurs dans les Forces canadiennes à l'expiration de son mandat;

c) la condition physique et de santé requises du juge militaire pour exercer des fonctions militaires à titre d'avocat militaire.

(3) Le comité ne tient pas compte des décisions rendues par le juge militaire.

(4) Le comité présente ses recommandations au gouverneur en conseil au plus tard dans les deux mois qui précèdent la fin du mandat du juge militaire.

[14] À supposer que notre décision quant aux appels n'ait pas rendu théorique l'appel incident et que nous en soyons régulièrement saisis, nous offrons les observations suivantes.

[15] In determining whether or not a military judge has security of tenure, the test to be applied is an objective one. Would a reasonable and right-minded person, informed of the relevant legislative provisions, their historical background and the traditions surrounding them, after viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude that a military judge presiding at a court martial is at liberty to decide the case that comes before him on its merits without interference by any outsider with the way in which he conducts his case and makes his decision. See *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at paragraphs 12, 13 and 22; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at paragraph 57.

[16] In *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at paragraph 86, Lamer C.J. said:

Officers who serve as military judges are members of the military establishment, and will probably not wish to be cut off from promotional opportunities within that career system. It would not therefore be reasonable to require a system in which military judges are appointed until the age of retirement.

[17] Subsequently, in *R. v. Lauzon* (1998), 6 C.M.A.R. 19, at paragraph 27, this Court held:

In our view, the fact that the posting of an officer to a military trial judge position is renewable does not necessarily lead to the conclusion that institutional independence is lacking if the reposting process is accompanied by substantial and sufficient guarantees to ensure that the Court and the military trial judge in question are free from pressure on the part of the Executive that could influence the outcome of future decisions.

[18] The time has come to reconsider this decision.

[19] The evidence filed before the military judge indicates that the rationale behind *Généreux*, above, and *Lauzon*, above, no longer exists. It is no longer true that a posting to a military judge's position is merely a step in a legal officer's career and that military judges would necessarily want to maintain their connections with the Canadian Forces to preserve their chances of promotion. A military judge doesn't receive a Performance Evaluation Report which is necessary for career advancement. Further the Military Judge could come back into the chain of command and find him/herself subject to a

[15] Le critère qu'il faut appliquer pour déterminer s'il y a inamovibilité d'un juge militaire est objectif. Une personne sensée et raisonnable, informée des dispositions légales pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique — et après l'avoir étudiée en profondeur — conclurait-elle que le juge militaire qui préside une cour martiale est en mesure de statuer sur le fond de l'affaire qui lui est présentée sans interférence externe quant à la façon dont il mène l'affaire et rend sa décision? Voir *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux paragraphes 12, 13 et 22; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, au paragraphe 57.

[16] Dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, au paragraphe 86, le juge en chef Lamer a déclaré :

Les officiers qui occupent la charge de juge militaire font partie des Forces armées et ne voudront probablement pas voir compromises leurs chances d'avancement dans le service. Il ne serait donc pas raisonnable d'exiger un système dans lequel les juges militaires seraient nommés jusqu'à l'âge de la retraite.

[17] Par la suite, dans l'arrêt *R. c. Lauzon* (1998), 6 C.A.C.M. 19, au paragraphe 27, la Cour a conclu :

À notre avis, le fait que l'affectation d'un officier à un poste de juge militaire soit renouvelable ne conduit pas nécessairement à une conclusion d'absence d'indépendance institutionnelle si ce processus de renouvellement est assorti de garanties importantes et suffisantes pour assurer que la Cour et le juge militaire en question soient à l'abri de pressions du pouvoir exécutif pouvant influencer sur le sort des décisions à venir.

[18] Il est temps de réexaminer cette décision.

[19] La preuve présentée au juge militaire démontre que la raison d'être des arrêts *Généreux*, précité, et *Lauzon*, précité, n'existe plus. Il n'est plus vrai qu'une affectation à un poste de juge militaire n'est qu'une simple étape dans la carrière d'un avocat militaire, ni que les juges militaires veulent nécessairement maintenir leurs liens avec les Forces canadiennes pour conserver leurs chances d'avancement. Un juge militaire ne reçoit pas de Rapport d'évaluation de rendement, qui est nécessaire pour l'avancement professionnel. De plus, un juge militaire pourrait retourner à la chaîne de commandement et se trouver sous

person he or she had tried. In addition, a return to regular military service would entail a significant financial loss.

[20] With the evolution of time, court martial courts have become quite different from the way they were. At General Courts Martial, the Military Judge is no longer an adviser but now performs a role akin to a judge in the civilian courts; that is even more so at Standing Courts Martial such as the ones from which these appeals are brought.

[21] Although the legislation sets out certain factors that the Renewal Committee must and must not consider, it is clear that the Committee's decision is not limited to those factors. Quite apart from the lack of transparency that results, the articles in question cannot act as a sufficient legislative restraint to remove concerns respecting security of tenure. As former Chief Justice Lamer observed in his last report, at page 1406 of the Appeal Book, Vol. VII: "... institutional safeguards are currently not in place to protect a military judge from a reasonable apprehension of bias should it be determined that the military judge's term not be renewed."

[22] He concluded by recommending that military judges be awarded security of tenure until retirement subject only to removal for cause on the recommendation of an Inquiry Committee.

[23] We agree with his recommendation that military judges be awarded security of tenure until retirement subject to removal for cause. The deficiencies noted by the Military Judge in the judgments appealed from would cease to have any relevance if those recommendations were followed. We also note that the current provisions will become a dead letter if Bill C-7 (*An Act to amend the National Defence Act*, 39th Parl., 1st Sess., 2006) is passed.

[24] Accordingly, we are in substantial agreement with the conclusion of the Military Judge and would order that the cross-appeal be dismissed.

les ordres d'une personne contre qui il a déjà rendu un jugement. Le retour au service militaire régulier entraînerait aussi une importante perte financière.

[20] Avec les années, la cour martiale, quelles que soient ses différentes appellations, a beaucoup changé. Pour la cour martiale générale, le juge militaire n'est plus un conseiller; il a maintenant un rôle semblable à celui d'un juge d'un tribunal civil; c'est encore plus le cas pour la cour martiale permanente comme celles qui ont rendu les décisions faisant l'objet du présent appel.

[21] Même si la législation prévoit certains facteurs dont le comité d'examen doit tenir compte, et d'autres qu'il doit écarter, il est clair que la décision du comité ne se limite pas à ces facteurs. Indépendamment du manque de transparence qui en découle, les articles en question ne constituent pas des contraintes réglementaires suffisantes qui puissent éliminer les préoccupations au sujet de l'inamovibilité. Comme l'ancien juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans son dernier rapport, à la page 1406 du dossier d'appel, vol. VII : « [...] il n'existe pas actuellement de garanties institutionnelles protégeant un juge militaire dont le mandat ne sera pas renouvelé contre une crainte raisonnable de partialité ».

[22] Il a conclu son rapport en recommandant que les juges militaires soient nommés à titre inamovible jusqu'à leur retraite des Forces canadiennes, sous réserve uniquement de révocation motivée sur recommandation d'un comité d'enquête.

[23] Nous souscrivons à sa recommandation que les juges militaires soient nommés à titre inamovible jusqu'à leur retraite, sous réserve uniquement de révocation motivée. Les lacunes que le juge militaire a dénoncées dans les jugements faisant l'objet du présent appel cesseraient de poser un problème si ces recommandations étaient suivies. Nous faisons aussi remarquer que les dispositions actuelles deviendront lettre morte si le projet de loi C-7 (*Loi modifiant la Loi sur la défense nationale*, 39^e lég., 1^{re} sess., 2006) est adopté.

[24] Par conséquent, nous souscrivons pour l'essentiel à la conclusion du juge militaire et ordonnons que l'appel incident soit rejeté.