

Christopher Cole(Able Seaman, Canadian Forces) *Appellant*,

v.

Her Majesty the Queen*Respondent*.

INDEXED AS: R. v. COLE

File No.: CMAC 409

Heard: Vancouver, British Columbia, 24 September, 1997

Judgment: Vancouver, British Columbia, 24 September, 1997

Present: Simpson, Weiler and Matheson J.J.A.

Motions on behalf of the appellant for admission of new evidence.

*Evidence — Motion to submit new evidence on appeal — Allegation of ineffective legal representation at trial — Grounds not established.**Court Martial — Restitution Order under National Defence Act, section 227(2) — Order not appealable to the Court Martial Appeal Court — Application for judicial review under section 18.1 of the Federal Court Act or a challenge under section 8 of the Charter may be available.*

The appellant appealed his conviction by Court Martial. By two notices of motion the appellant sought to submit new evidence in the appeal. *Inter alia*, the appellant suggested that he did not receive effective legal representation at his Court Martial.

Held: Motions dismissed.

The grounds for admitting new evidence on an appeal had not been made out. The appellant did not make out a case of ineffective legal representation.

Some of the new evidence may have been relevant to the question of whether the Restitution Order was properly made and executed, however, the Restitution Order was not a proper subject for an appeal. It may be that the appellant could challenge the Restitution Order by an application for judicial

Christopher Cole(Matelot de 2^e classe, Forces canadiennes) *Appelant*,

a c.

Sa Majesté la Reine*Intimée.*

RÉPERTORIÉ : R. c. COLE

N^o du greffe : CACM 409

Audience : Vancouver (Colombie-Britannique), le 24 septembre 1997

d Jugement : Vancouver (Colombie-Britannique), le 24 septembre 1997

Devant : Simpson, Weiler et Matheson, J.C.A.

e Demandes de l'appelant cherchant à administrer des preuves nouvelles.

Preuve — Requête pour administrer des preuves nouvelles dans l'appel — Allégation selon laquelle l'appelant était mal représenté au procès — L'appelant n'en a pas fait la preuve.

f Cour martiale — Ordonnance de restitution en vertu du paragraphe 227(2) de la Loi sur la défense nationale — L'ordonnance ne saurait faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la cour martiale — Il serait loisible à l'appelant de la contester par un recours en contrôle judiciaire sous le régime de l'article 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale ou par contestation constitutionnelle sous le régime de l'article 8 de la Charte.

g L'appelant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité prononcée par la cour martiale. Par deux avis de requête l'appelant cherchait à administrer des preuves nouvelles dans l'appel. L'appelant a notamment allégué qu'il était mal représenté devant la cour martiale.

Arrêt : Les requêtes sont rejetées.

h L'appelant n'a pas fait la démonstration des motifs pour lesquels de nouvelles preuves peuvent être admises en appel. L'appelant n'a pas prouvé qu'il était mal représenté.

i Certaines nouvelles preuves pourraient avoir eu un rapport avec la question de savoir si l'ordonnance de restitution a été rendue et exécutée à bon droit. Cependant, l'ordonnance de restitution ne saurait faire l'objet d'un appel. Il serait loisible à l'appelant de contester l'ordonnance de restitution par un

review under section 18.1 of the *Federal Court Act* or a challenge under the section 8 of the *Charter*.

recours en contrôle judiciaire sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou par contestation constitutionnelle sous le régime de l'article 8 de la *Charte*.

COUNSEL:

Christopher Cole, on his own behalf
Commander C.J. Price, for the respondent

AVOCATS :

Christopher Cole, pour son propre compte
Commander C.J. Price, pour l'intimée

STATUTES CITED:

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act*, 1982, Schedule B of the *Canada Act* 1982 (U.K.), 1982, c. 11, s. 8
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s.18.1 (added, S.C. 1990, c. 8, s. 5)
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, ss. 227(2), 230 (as am. S.C. 1991, c. 43, s.21)

LOIS CITÉES :

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle* de 1982, annexe B de la *Loi* de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, chap.11, art.8
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, chap. F-7, art. 18.1 (ajouté, L.C. 1990, chap. 8, art. 5)
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 227(2), 230 (mod. par L.C. 1991, chap. 43, art. 21)

CASES CITED:

Palmer and Palmer v. The Queen (1979), 106 D.L.R. (3d) 212; [1980] 1 S.C.R. 759
R. v. Joannis (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.)

JURISPRUDENCE CITÉE :

Palmer c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 759; 106 D.L.R. (3d) 212
R. v. Joannis (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.)

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

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

SIMPSON, J.A.:

LE JUGE SIMPSON, J.C.A. :

INTRODUCTION

By Notices of Motion dated May 16, 1997, and July 8, 1997, which were accompanied by affidavits sworn on the same dates, the appellant sought to submit new evidence in this appeal. Both motions were dismissed from the bench during the hearing of the appeal on Wednesday, September 24, 1997. The panel's oral reasons were delivered at that time by Simpson J.A. This is an edited transcript of those reasons.

INTRODUCTION

Par avis de requête en date du 16 mai 1997 et du 8 juillet 1997, accompagnés d'affidavits portant respectivement les mêmes dates, l'appelant cherchait à administrer des preuves nouvelles dans cet appel. L'une et l'autre requêtes ont été rejetées à l'audition de l'appel, le mercredi 24 septembre 1997. Les motifs de rejet de la Cour ont été prononcés verbalement à l'audience par M^{me} le juge Simpson, J.C.A. En voici la transcription révisée.

THE NEW EVIDENCE

The proposed new evidence fell into many different categories. I will deal with each in turn.

LES PREUVES NOUVELLES

Les preuves nouvelles que l'appelant cherchait à administrer tombaient dans plusieurs catégories. Je les examinerai tour à tour.

1. A receipt for the purchase of a filing cabinet. The appellant initially said that none of the receipts

1. Un ticket de caisse attestant l'achat d'un classeur. L'appelant déclarait initialement qu'aucun des tickets

included in his motions for new evidence related to the 15 items which he was found guilty of stealing. However, later in his submissions he indicated that one receipt, which shows the purchase of a "four-drawer file" in 1988, actually relates to the purchase of item 11 on the list of 15 items for which there was a conviction. Importantly, there is no sworn evidence to this effect before us. In contrast, we know that the President relied on Mrs. Cole's evidence to the effect that the filing cabinet (item 11) came into the Cole household in 1994. In these circumstances, we are not convinced that this receipt relates to the same filing cabinet listed in item 11, or that it would have made a difference in view of Mrs. Cole's sworn testimony. We also understand that this receipt was available to the appellant's counsel and yet was not used at the Court Martial.

2. A large number of receipts and documents related to the ownership of the property taken from the appellant's home. These materials do not relate to the property for which there was a conviction for theft. Rather, they purportedly show that some of the items which were the subject of the President's order restoring property (the "Restitution Order") under section 227(2) of the *National Defence Act*, R.S. 1985, c. N-5, (the "Act") belonged to the appellant. Accordingly, this new evidence may be relevant to the question of whether the Restitution Order was properly made and executed. However, we have concluded that the Restitution Order is not a proper subject for an appeal under section 230 of the *Act* because it is not a finding of guilty and it does not fall within sections 230(d) or (e). We are also satisfied that it does not form part of the appellant's sentence. This is so for three reasons. First of all, the Restitution Order is not mentioned in the Certification By The President dated April 9, 1997, which appears as the last item in volume 4 of the proceedings of the Standing Court Martial ("SCM"). Secondly, it is clear from the transcript of proceedings that the Restitution Order was made by the President before he turned to a consideration of the sentence. In this respect, see the President's comment at volume 4 of the SCM proceedings, page 770, at the foot of the

de caisse visés dans ses requêtes en production des preuves nouvelles ne portait sur les 15 articles au sujet desquels il avait été reconnu coupable de vol. Cependant, il a fait savoir subséquemment, au cours des débats, qu'un ticket de caisse, relatif à l'achat d'un « classeur à quatre tiroirs » en 1988, se rapportait en fait à l'achat de l'article n° 11 sur la liste des 15 articles couverts par le verdict de culpabilité. Ce qui est important, c'est qu'aucun affidavit établi sous serment n'a été soumis à la Cour à ce propos. Par contre, nous savons que le président de la cour martiale a ajouté foi au témoignage de M^{me} Cole que son ménage avait acquis le classeur (l'article n° 11) en 1994. Dans ces conditions, nous ne sommes pas convaincus que le ticket de caisse en question se rapporte au classeur qu'est l'article n° 11 sur la liste, ou qu'il constitue une preuve concluante de quoi que ce soit, étant donné le témoignage sous serment de M^{me} Cole. Il appert que l'avocat de l'appelant avait ce ticket de caisse à sa disposition; pourtant il ne l'a pas invoqué devant la cour martiale.

2. Un grand nombre de tickets de caisse et de documents concernent la propriété d'articles saisis chez l'appelant. Ces documents n'ont rien à voir avec la propriété des articles à l'égard desquels l'appelant a été reconnu coupable de vol. Au contraire, ils serviraient à montrer que certains articles visés par l'ordonnance de restitution rendue par le président de la cour martiale en application du paragraphe 227(2) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5 (la Loi), appartenaient à l'appelant. Il s'ensuit que cette preuve nouvelle pourrait avoir un rapport avec la question de savoir si l'ordonnance de restitution a été rendue et exécutée à bon droit. Nous avons cependant conclu que l'ordonnance de restitution ne saurait faire l'objet d'un appel interjeté sous le régime de l'article 230 de la *Loi sur la défense nationale* en ce qu'elle n'est pas un verdict de culpabilité et ne tombe pas dans le champ d'application ni de l'alinéa d) ni de l'alinéa e) de cet article. Nous concluons aussi qu'elle ne fait pas partie de la peine appliquée à l'appelant, et ce par les trois motifs suivants. En premier lieu, elle n'est pas mentionnée dans le certificat délivré le 9 avril 1997 par le président, lequel certificat est la dernière pièce du volume 4 du dossier de l'instance devant la cour martiale permanente (CMP). En deuxième lieu, il ressort de la transcription de l'audience que le président avait rendu

page. And finally, since section 227(2) provides that a Restitution Order may only be made if there has been no conviction dealing with the property covered by the Restitution Order, it follows that the Restitution Order cannot be part of the sentence.

Because the appellant is unrepresented, we would like to make it clear that since the Restitution Order will not be considered in this appeal, it is open to the appellant to challenge the Restitution Order in another forum. It may be that an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Court Act* or a challenge under section 8 of the *Charter* would be among the available courses of action.

3. Evidence concerning the appellant's wife's incorrect statements about his arrears of support payments. The evidence is submitted to attack Mrs. Cole's credibility. However, we are not satisfied that Mrs. Cole lied. The material indicates that she may have made an honest error.

4. Evidence that the prosecutor wrote the appellant's estranged wife regarding his release from custody and his whereabouts. This evidence is submitted to show a conspiracy between the prosecutor and the appellant's wife regarding the appellant's divorce case. We did not view this material as relevant.

5. Evidence of the total income available to the Cole household at the time of the Court Martial. The additional income described in the new evidence is Mrs. Cole's income. However, her spending was never at issue. The question was how much Mr. Cole had available to spend on household items.

6. Evidence about the fact that the appellant had some access to a white van while in the employ of the military. The affidavit about Mr. Cole's access to the white van is not helpful to the appellant as it confirms Mrs. Cole's recollection that he used a white van from the military to bring stolen goods home.

7. Evidence showing that the appellant had a COSTCO credit card. This was not helpful as there

l'ordonnance de restitution avant de se pencher sur la question de la peine à appliquer (voir à ce propos ses observations qui apparaissent en bas de la page 770, volume 4 du dossier de l'instance devant la CMP).

a Enfin, puisque selon le paragraphe 227(2), l'ordonnance de restitution ne peut porter que sur des biens à l'égard desquels il n'y a pas eu un verdict de culpabilité, il est clair qu'elle ne peut faire partie de la peine appliqué.

b L'appelant n'étant pas représenté par avocat, nous tenons à faire remarquer que, du fait que l'ordonnance de restitution ne sera pas examinée dans cet appel, il lui est loisible de la contester par un autre *c* voie de droit, par exemple par recours en contrôle judiciaire sous le régime de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou par contestation constitutionnelle sous le régime de l'article 8 de la *Charte*.

d 3. La preuve concernant les assertions de l'épouse de l'appelant au sujet des arriérés de pension alimentaire. Cette preuve vise à attaquer la crédibilité de M^{me} Cole. Nous ne sommes cependant pas convaincus que celle-ci ait menti. Il ressort de ce document *e* qu'elle a pu se tromper en toute innocence.

4. La preuve que le poursuivant a écrit à l'ex-femme de l'appelant au sujet de la libération de celui-ci et de l'endroit où il se trouvait. Cette preuve vise à exposer *f* un complot entre le poursuivant et la femme de l'appelant au sujet des arguments de celui-ci dans leur divorce. Nous ne pensons pas que ce document ait aucun rapport avec l'affaire en instance.

g 5. La preuve du revenu total du ménage Cole au moment de la cour martiale. Le surcroît de revenu relevé par cette preuve nouvelle est le revenu de M^{me} Cole. Cependant, les habitudes de dépense de cette dernière n'ont jamais été en cause. La question était de savoir combien d'argent M. Cole avait pour dépenser en articles ménagers.

6. La preuve que l'appelant avait parfois l'usage d'une camionnette blanche à l'époque où il était dans l'armée. Cette preuve n'est d'aucun secours pour l'appelant puisqu'elle confirme le souvenir de M^{me} Cole qu'il se servait d'une camionnette blanche de l'armée pour rapporter les articles volés à la maison.

j 7. La preuve que l'appelant avait une carte de crédit COSTCO. Celle-ci n'est d'aucun secours puisque que

was no evidence about whether any purchases were made with it which related to the items of property in issue.

8. Evidence suggesting that Sergeant Harris, who testified for the prosecution at the Court Martial, may have falsified a document in another case. The evidence was in the form of a press article which said only "Sgt. Darryl Harris faces charges of willfully altering a document used for official purposes. . .". In our view, this material was not relevant as Sergeant Harris had not been convicted.

9. Letters of reference from Dresser Canada, which was the appellant's previous employer. In our view, these letters would not have affected the result. The appellant was convicted in spite of positive evidence about his work performance.

10. Evidence indicating that the appellant was a qualified scuba diver. This fact was disclosed during the Court Martial.

11. Evidence about an incident at Mr. Cole's children's school in November 1996. This event occurred after the appellant's Court Martial.

Regarding items 3 to 11, we are all in agreement that, whether or not the evidence could have been available at the Court Martial, it could not reasonably be expected to have affected the decision of the President.

To this point, we have considered the issue of new evidence from the perspective of the decision of the Supreme Court of Canada in *Palmer and Palmer v. The Queen* (1979), 106 D.L.R. (3d) 212. However, in addition, we wish to address another approach to the question of new evidence because the appellant has suggested that he did not receive effective legal representation at his Court Martial. In his affidavit material he deposed that his counsel was only appointed one week before the Court Martial and that he had insufficient time to review the prosecution's documents. As well, he said that his counsel refused to cross-examine Sergeant Harris about falsifying a document in another case even though instructed to do so. During the appeal, the appellant added that he had

rien ne prouve qu'elle ait servi pour l'achat de l'un quelconque des articles en question.

8. La preuve visant à montrer que le sergent Harris, témoin à charge devant la cour martiale, aurait falsifié un document dans une autre affaire. Cet élément de preuve est un article de presse contenant juste cette assertion : [TRADUCTION] « Le sergent Darryl Harris risque d'être inculpé d'avoir sciemment falsifié un document à usage officiel . . . ». À notre avis, ce document ne sert à rien puisque le sergent Harris n'avait pas été reconnu coupable en la matière.

9. Les lettres de recommandation de Dresser Canada, l'employeur précédent de l'appellant. À notre avis, ces lettres n'auraient rien changé au jugement de la cour martiale. L'appellant a été déclaré coupable malgré les témoignages favorables sur son travail.

10. La preuve que l'appellant était un plongeur qualifié. Cette preuve avait été produite devant la cour martiale.

11. La preuve d'un incident survenu en novembre 1996 à l'école fréquentée par les enfants de M. Cole. Cet incident s'est produit après son jugement en cour martiale.

En ce qui concerne les preuves 3 à 11, nous concluons à l'unanimité que, peu importe qu'elles aient été disponibles ou non devant la cour martiale, on ne saurait raisonnablement penser qu'elles auraient pu influencer sur la décision du président.

Jusqu'ici, nous avons examiné la question des preuves nouvelles au regard de la décision *Palmer et Palmer c. La Reine* (1979), 106 D.L.R. (3d) 312, de la Cour suprême du Canada. Cependant, nous tenons aussi à examiner sous un autre angle parce que l'appellant a fait état de l'incompétence de son avocat devant la cour martiale. Dans son affidavit, il affirme que celui-ci n'avait été constitué qu'une semaine avant l'audience et n'avait pas suffisamment de temps pour étudier le dossier de la poursuite. Et aussi que malgré ses instances, il se refusait à contre-interroger le sergent Harris au sujet de la falsification d'un document dans une autre affaire. Durant l'appel, il a ajouté qu'il voulait témoigner mais que son avocat ne lui en avait pas donné la possibilité. Cependant, cette

wanted to give evidence but had been denied the opportunity to do so by his counsel. However, as there was no sworn evidence on this point, this final submission was not accepted.

Having reviewed the evidence in light of the decision of Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35, we have concluded that the appellant has not made out a case of ineffective legal representation. His counsel was not challenged with the appellant's criticism and counsel's evidence is not before us. Accordingly, we cannot conclude that counsel was incompetent. However, even if he was incompetent for the reasons alleged by the appellant, we have grave doubts that there is a reasonable probability that, had counsel's performance met competence standards by cross-examining Sergeant Harris as instructed and by examining the documents at greater length, the verdict would have been different.

assertion n'a pas été admise en ce qu'elle n'a pas été faite sous serment.

Après examen de son témoignage à la lumière de la décision rendue par le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35, nous avons conclu que l'appelant n'a pas prouvé qu'il était mal représenté. Son avocat n'a pas été confronté aux critiques formulées, et la Cour n'a pas son témoignage en la matière. En conséquence, nous ne pouvons conclure qu'il était incompetent. Cependant, à même supposer qu'il fût incompetent comme le prétend l'appelant, nous doutons vraiment qu'il soit raisonnablement probable que si son avocat avait été à la hauteur de sa tâche en contre-interrogeant le sergent Harris comme le lui avait demandé l'appelant et en examinant attentivement les documents, le verdict eût été différent.