

Her Majesty the Queen

Appellant,

v.

Mark Adam Boland

(██████████ Sergeant, Canadian Forces)
Respondent.

INDEXED AS: R. v. BOLAND

File No.: CMAC 374

Heard: Ottawa, Ontario, 5 and 8 December, 1994

Judgment: Ottawa, Ontario, 9 December, 1994

Present: Strayer C.J., Hugessen and Décary J.J.A.

On application by the respondent for the appointment of counsel pursuant to Rule 20 of the *Court Martial Appeal Rules*.

Court Martial Appeal Rules — Appointment of counsel for respondent under Rule 20 — Authority of Court to order payment of respondent's counsel out of public funds.

On May 19, 1994, the Crown filed an appeal against the legality of the findings and the sentence imposed on the respondent by a General Court Martial. On October 12, 1994, the respondent applied for an order from the Court Martial Appeal Court under Rule 20 appointing counsel of his choice, namely his trial counsel, to represent him on the appeal. The effect of the requested order was that counsel so appointed should be paid from public funds.

Held: Application allowed.

While Rule 20 allows for the appointment of counsel by the Court, Rule 21 refers to payment of only the appellant's appointed counsel out of public funds. However, Rule 3 says that the *Rules* are to be "liberally construed" and Rule 28(1)(f) allows the Court to "make any order that justice requires."

In view of the facts of this case, it was important to the conduct of the respondent's case on appeal that he be represented by his trial counsel if he so wished. Accordingly, the appeal was stayed until such time as the Crown filed an undertaking to pay the respondent's counsel such fees and disbursements as

Sa Majesté la Reine

Appelante,

a c.

Mark Adam Boland

(██████████ Sergent, Forces canadiennes) Intimé.

RÉPERTORIÉ : R. c. BOLAND

N^o du greffe : CACM 374

Audience : Ottawa (Ontario), les 5 et 8 décembre 1994

d Jugement : Ottawa (Ontario), le 9 décembre 1994

Devant : le juge en chef Strayer et les juges Hugessen et Décary, J.C.A.

e Demande de l'intimé en vertu de la règle 20 des *Règles de la Cour d'appel des cours martiales* pour la désignation d'un avocat.

Règles de la Cour d'appel des cours martiales — Désignation d'un avocat chargé de représenter l'intimé conformément à la règle 20 — Pouvoir de la Cour d'ordonner le paiement de la rémunération de l'avocat de l'intimé sur les fonds publics.

Le 19 mai 1994, le ministère public a déposé un appel contestant la légalité des conclusions d'une cour martiale générale et de la peine infligée à l'intimé par celle-ci. Le 12 octobre 1994, l'intimé a sollicité, en application de la règle 20, une ordonnance de la Cour d'appel des cours martiales désignant un avocat de son choix, savoir l'avocat qui a occupé pour lui au procès, qui le représenterait en appel. Cette ordonnance aurait pour effet de faire payer sur les fonds publics la rémunération de l'avocat ainsi désigné.

Arrêt : Demande accueillie.

Si la règle 20 autorise la Cour à désigner un avocat, la règle 21 ne prévoit par contre le paiement sur les fonds publics que dans le cas de l'avocat de l'appelant. Toutefois, la règle 3 dit que les *Règles* «doivent être interprétées de manière libérale» et la règle 28 (1) f) habilite la Cour à «rendre toute ordonnance nécessaire aux fins de la justice».

Vu les faits de l'espèce, il était important que, pour défendre sa cause en appel, l'intimé fût représenté par le même avocat qu'au procès, si c'était à sa volonté. En conséquence, il a été sursis à l'appel jusqu'à ce que le ministère public ait déposé l'engagement de payer à l'avocat de l'intimé les honoraires et

are normally provided for an appellant's counsel appointed under Rule 20.

COUNSEL:

A. Vance Wirth and Joseph C. Holland, for the appellant
Norman D. Boxall and Rodney G. Sellar, for the respondent

STATUTES AND REGULATIONS 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. 7
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 244(1)(h)
Court Martial Appeal Rules, SOR/86-959, r. 3, 20, 21, 28(1)(f)

CASES CITED:

R. v. Jewitt, [1985] 2 S.C.R. 128; 21 C.C.C. (3d) 7
R. v. Rowbotham (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.)

The following are the reasons for judgment delivered in English by

STRAYER C.J.: On May 19, 1994 the appellant, Her Majesty the Queen, filed an appeal against the legality of the findings and the sentence imposed on the respondent by a General Court Martial on April 25, 1994.

On October 12, 1994 the respondent applied for an order of this Court under Rule 20 of the *Court Martial Appeal Rules* appointing counsel of his choice, namely his trial counsel, to represent him on the appeal. It is implied in this request, and was not disputed at the hearing, that the effect of the order as requested should be that counsel so appointed would be paid from public funds. Chief Justice Mahoney on hearing this application made an order on October 24, 1994 referring this motion for consideration by a panel of the Court and such a hearing has now been held.

les débours qui sont normalement versés à l'avocat de l'appellant désigné conformément à la règle 20.

AVOCATS :

A. Vance Wirth et Joseph C. Holland, pour l'appelante
Norman D. Boxall et Rodney G. Sellar, pour l'intimé

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS :

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. 7
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, chap. N-5, art. 244(1) h
Règles de la Cour d'appel des cours martiales, DORS/86-959, r. 3, 20, 21, 28(1) f

JURISPRUDENCE CITÉE :

R. c. Jewitt, [1985] 2 R.C.S. 128; 21 C.C.C. (3d) 7
R. c. Rowbotham (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.)

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

LE JUGE EN CHEF STRAYER : Le 19 mai 1994, l'appelante, Sa Majesté la Reine, a déposé un appel contestant la légalité des conclusions d'une cour martiale générale et de la peine infligée à l'intimé par celle-ci le 25 avril 1994.

Le 12 octobre 1994, l'intimé a sollicité, en application de la règle 20 des *Règles de la Cour d'appel des cours martiales*, une ordonnance de la présente cour désignant un avocat de son choix, savoir l'avocat qui a occupé pour lui au procès, qui le représenterait en appel. Il est implicite dans cette demande, et il n'a pas été contesté à l'audience, que cette ordonnance aurait pour effet de faire payer sur les fonds publics la rémunération de l'avocat ainsi désigné. Saisi de cette demande, le juge en chef Mahoney a rendu, le 24 octobre 1994, une ordonnance renvoyant la présente requête à l'examen d'une formation de la Cour. Une audition a eu lieu.

The most relevant provisions of the *National Defence Act* and the *Court Martial Appeal Rules* are as follows.

National Defence Act

244.(1) The Chief Justice of the Court Martial Appeal Court may, with the approval of the Governor in Council, make rules respecting

(h) provision for and payment of fees of counsel for an appellant

Court Martial Appeal Rules

RULE 3. These Rules are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out; they shall be liberally construed to secure the just, expeditious and economical resolution of each proceeding.

RULE 20. (1) A party who is not represented by counsel of record may apply to the Chief Justice for approval of the appointment by the Minister of Justice of counsel to represent him.

RULE 21. . . .

(2) Subject to Rule 22, where the appellant is represented by counsel appointed by the Minister of Justice, that counsel shall be entitled to be paid the fees and disbursements, including his reasonable travel and subsistence costs, as taxed by a Taxing Officer in accordance with the Tariff of the Federal Court Rules.

RULE 28. (1) The Chief Justice or the Court may

(f) make any order that justice requires.

It will be noted that while Rule 20 permits the appointment of counsel for any *party* not represented, subsection 21(2) only provides for payment out of public funds of such counsel if for the *appellant*. In this case it is the *respondent* who seeks to have his counsel both appointed and paid. Thus this motion raises questions of whether the Court has the authority to order such payment for the benefit of a respondent and, if not, whether that would result in a violation of constitutional rights which the Court should somehow remedy.

I am of the view that the Court can require the payment out of public funds of the respondent's counsel in the circumstances of this appeal.

Les dispositions les plus pertinentes de la *Loi sur la défense nationale* et des *Règles de la Cour d'appel des cours martiales* sont ainsi conçues :

Loi sur la défense nationale

244. (1) Avec l'approbation du gouverneur en conseil, le juge en chef de la Cour d'appel de la cour martiale peut établir des règles déterminant :

h) l'établissement et le paiement des honoraires de l'avocat d'un appellant;

Règles de la Cour d'appel des cours martiales

RÈGLE 3. Les présentes règles visent à faire apparaître le droit et à en assurer l'application; elles doivent être interprétées de manière libérale pour garantir le règlement juste, expéditif et peu onéreux de chaque affaire.

RÈGLE 20. (1) La partie qui n'est pas représentée par un avocat inscrit au dossier peut demander au juge en chef d'approuver la désignation d'un avocat par le ministre de la Justice.

RÈGLE 21. . . .

(2) Sous réserve de la règle 22, l'avocat de l'appellant désigné par le ministre de la Justice a droit au paiement des honoraires et débours, y compris les frais raisonnables de déplacement et de subsistance, taxés par l'officier taxateur selon le tarif des Règles de la Cour fédérale.

RÈGLE 28. (1) Le juge en chef ou la Cour peut:

f) rendre toute ordonnance nécessaire aux fins de la justice.

On remarquera que, si la règle 20 permet la désignation d'un avocat pour toute *partie* qui n'est pas représentée, le paragraphe 21(2) ne prévoit le paiement sur les fonds publics que dans le cas de l'avocat de l'*appellant*. En l'espèce, c'est l'*intimé* qui demande que son avocat soit désigné et rémunéré. En conséquence, la présente requête soulève deux questions : la Cour est-elle compétente pour ordonner un tel paiement au profit de l'*intimé* et, dans la négative, cette solution porterait-elle atteinte à ses droits constitutionnels de sorte que la Cour devrait lui accorder la réparation convenable?

Je suis d'avis qu'étant donné les circonstances du présent appel, la Cour peut imposer le paiement de la rémunération de l'avocat de l'*intimé* sur les fonds publics.

While counsel for the respondent has presented innovative arguments as to how Rule 21 might be interpreted to authorize this result, I think the Court need not resort to such devices. It is clear that the *Rules* as they stand do not expressly authorize an order for payment of a respondent's counsel, nor does the *Act* expressly authorize the making of such a rule. The explanation for this may be found in the fact that prior to 1992 the Crown did not have a right of appeal to this Court¹ and therefore a convicted person was always an appellant and never a respondent here.

Be that as it may, while the *Rules* do not provide for payment of counsel of a respondent as a matter of course, they do not purport to preclude it in a given case. Further, Rule 3 says the rules are to be "liberally construed" and Rule 28(1)(f) leaves to the Court the power to "make any order that justice requires." Thus the *Rules* as they are should not be construed to prevent *ad hoc* orders required in the interests of justice even though not expressly provided for. In my view, this Court, like any superior court,² has an inherent power to control its own process. I adopt the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Rowbotham*³ to the effect that at common law a trial judge who is of the view that an accused lacks the means to employ counsel can stay the proceedings until the necessary funding of counsel is provided. I believe this should apply equally to an appellate court in the circumstances of this case.

The relevant circumstances here are that the respondent chose his own counsel at trial. He wishes to have that counsel also handle his appeal. According to his affidavit, and I accept this to be the case, he has no means to pay for counsel on the appeal and he

Bien que l'avocat de l'intimé ait avancé des arguments innovateurs sur la façon dont la règle 21 pourrait être interprétée pour légitimer ce résultat, je pense que la Cour n'a pas besoin de recourir à de telles subtilités. De toute évidence, les *Règles* en soi n'autorisent pas expressément une ordonnance portant rémunération de l'avocat de l'intimé, et la *Loi* n'autorise pas expressément l'établissement d'une telle règle. Cela s'explique peut-être par le fait qu'avant 1992, le ministère public n'avait pas le droit d'en appeler à la présente cour¹ et que, par conséquent, une personne déclarée coupable était toujours un appelant et jamais un intimé devant cette cour.

Quoi qu'il en soit, si les *Règles* ne prévoient pas le paiement *ipso facto* de la rémunération de l'avocat d'un intimé, elles ne sont pas censées l'interdire dans tous les cas. En outre, la règle 3 dit que les règles «doivent être interprétées de manière libérale» et la règle 28(1)(f) habilite la Cour à «rendre toute ordonnance nécessaire aux fins de la justice.» En conséquence, les *Règles* telles qu'elles sont ne doivent pas être interprétées de manière à empêcher une ordonnance *ad hoc* rendue aux fins de la justice, même si elle n'est pas prévue expressément. À mon avis, la présente Cour, comme toute cour supérieure², a le pouvoir inhérent de conduire sa propre procédure. Je fais mien le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Rowbotham*³ selon lequel le juge du procès, en common law, s'il est d'avis que l'accusé n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, peut suspendre l'instance jusqu'à ce que les fonds nécessaires pour obtenir l'assistance d'un avocat aient été trouvés. Je crois que cela vaut également pour une cour d'appel dans les circonstances de la présente espèce.

Les circonstances pertinentes sont les suivantes : l'intimé a choisi son propre avocat au procès. Il veut que ce même avocat s'occupe de son appel. D'après son affidavit — ce à quoi je souscris — il n'a pas les moyens de payer son avocat en appel et il s'est assuré

¹ See S.C. 1991, c.43, s.21.

² It is argued that this is a "statutory court" without inherent powers. Every court of appeal is, by definition, a "statutory court".

³ (1988) 41 C.C.C. (3d) 1 at 69.

¹ Voir L.C. 1991, chap. 43, art. 21.

² Selon un argument qui a été avancé, la Cour serait une «cour créée par une loi», dépourvue de pouvoirs inhérents. Toute cour d'appel est, par définition, une «cour créée par une loi».

³ (1988) 41 C.C.C. (3d) 9, à la page 69.

has ascertained that legal aid is not available.⁴ The appellant argues that, as a matter of policy, the respondent will be provided with counsel for the appeal at no cost to himself, namely a legal officer from the Canadian Forces (active or reserve) and therefore he does not need funding for private counsel. Given the particular facts here, I consider it is very important to the conduct of the respondent's case on appeal that he continues to be represented by his trial counsel if he so wishes. That counsel has represented him in proceedings up to now, including a six-day hearing on the guilty plea and sentence which are both now in dispute. There appear to be important questions of both fact and law arising out of that process which trial counsel is surely in the best position to handle.

Such a finding is not only consistent with common law principles but also with section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.⁵

It was suggested that the Court cannot order payment of public funds where Parliament has not expressly so provided. I have no doubt that the Court has the authority to require a party before it, even the Crown, as a condition of continuing its appeal, to undertake to pay the costs of counsel fees for the respondent if this is necessary to ensure the fairness of a hearing.⁶

An order will therefore be made to stay the appeal until such time as the appellant files an undertaking with the Court to pay the respondent's counsel such fees and disbursements as are normally provided for an appellant's counsel appointed under Rule 20.

HUGESSEN J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

qu'il n'avait pas droit à l'aide juridique⁴. L'appelante soutient qu'en principe, l'intimé bénéficiera des services gratuits d'un avocat en appel, soit un officier des Forces canadiennes (actives ou de réserve) et que, par conséquent, il n'a pas besoin d'aide financière pour retenir les services d'un avocat du secteur privé. Vu les faits particuliers de l'espèce, j'estime qu'il est très important que, pour défendre sa cause en appel, l'intimé continue d'être représenté par le même avocat qu'au procès, si c'est là sa volonté. Cet avocat l'a représenté dans les procédures jusqu'à maintenant, y compris à une audience qui a duré six jours et qui a porté sur le plaidoyer de culpabilité et sur la détermination de la peine, lesquels font tous deux l'objet de l'appel. Il semble que d'importantes questions de fait et de droit se dégagent de ce processus, des questions dont l'avocat présent au procès est sûrement le mieux à même de s'occuper.

Cette conclusion est conforme non seulement aux principes de common law, mais encore à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁵

Selon un argument qui a été avancé, la Cour ne pourrait ordonner le paiement sur les fonds publics que si le législateur l'avait prévu expressément. Je ne doute aucunement que la Cour a le pouvoir d'obliger une partie qui comparaît devant elle, même le ministère public, à titre de condition pour poursuivre son appel, à s'engager à supporter les honoraires de l'avocat de l'intimé, si cela est nécessaire pour garantir l'équité de l'audition.⁶

Une ordonnance sera donc rendue, sursoyant à l'appel jusqu'à ce que l'appelante ait déposé devant la Cour l'engagement de payer à l'avocat de l'intimé les honoraires et les débours qui sont normalement versés à l'avocat de l'appelant désigné conformément à la règle 20.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

⁴ This evidence, although questioned by counsel for the appellant, was neither the subject of cross-examination nor refuted by any other evidence.

⁵ *Supra*, note 3.

⁶ See generally *R. v. Jewitt* (1985), 21 C.C.C.(3d) 7 at 14 (S.C.C.).

⁴ Bien qu'elle ait été mise en doute par l'avocat de l'appelante, cette preuve n'a pas été l'objet de contre-interrogatoire ni réfutée par quelque autre élément de preuve.

⁵ *Supra*, note 3.

⁶ Voir, généralement, l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, (1985) 21 C.C.C. (3d) 7, à la page 14 (C.S.C.).