

Brian Joseph Smith *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SMITH

Neutral citation: 2004 SCC 14.

File No.: 29166.

2003: October 7; 2004: March 4.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Courts — Jurisdiction — Appeals — Death of appellant — Appellant convicted of second degree murder — Appellant filing notice of appeal but dying before appeal could be heard — Crown moving to abate appeal seven years after appellant's death — Jurisdiction to hear criminal appeal where appellant dies — Whether Court of Appeal should exercise discretion to hear appeal.

The appellant was convicted of second degree murder in 1985 and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. His notice of appeal was filed promptly but despite his efforts, it remained pending until his death in 1994. In April 2001, the Crown moved to abate the appeal. The Court of Appeal held that it had jurisdiction to entertain the appeal notwithstanding the appellant's death, but exercised its discretion against doing so.

Held: The appeal should be dismissed.

When an appellant dies, the court retains jurisdiction to proceed “in the interests of justice”, but it is a jurisdiction that should be sparingly exercised. The continuing jurisdiction of the Court of Appeal in this case rested on the notice of appeal that was properly filed during the appellant's lifetime. An appellant exercises his or her “personal right” to appeal when the notice of appeal is

Brian Joseph Smith *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. SMITH

Référence neutre : 2004 CSC 14.

N° du greffe : 29166.

2003 : 7 octobre; 2004 : 4 mars.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Tribunaux — Compétence — Appels — Décès de l'appelant — Appelant reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Dépôt de l'avis d'appel par l'appelant, mais celui-ci décède avant l'audition de l'appel — Demande par le ministère public de l'arrêt de l'appel sept ans après le décès de l'appelant — Compétence pour entendre l'appel en matière criminelle après le décès de l'appelant — La Cour d'appel doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

L'appelant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré en 1985 et a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il a déposé sans délai un avis d'appel, mais malgré ses efforts, l'appel est demeuré en instance jusqu'à son décès en 1994. En avril 2001, le ministère public demande l'arrêt de l'appel. La Cour d'appel conclut que, malgré le décès de l'intéressé, elle a compétence pour entendre l'appel, mais elle exerce son pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lorsque l'appelant décède, la cour conserve le pouvoir de poursuivre l'instance « dans l'intérêt de la justice », mais elle doit exercer ce pouvoir à titre exceptionnel. En l'espèce, le fait que la Cour d'appel demeure compétente découle de l'avis d'appel qui a été dûment déposé du vivant de l'appelant. Lorsqu'il dépose l'avis d'appel, l'appelant exerce son « droit personnel »

filed. The filing is the root of the appellate court's jurisdiction.

When an interested party seeks to continue an appeal notwithstanding the death of the appellant (or, in the case of a Crown appeal, the respondent), a motion should be made for substitution of the personal representative or another interested party for the deceased. The dead can neither give instructions nor are amenable to the direction of the court. In this case, however, there is no application to quash the appeal for failure to substitute a live appellant. Furthermore, as the appeal is to be dismissed in any event, it is unnecessary to burden the litigants with this additional procedure.

Once the appeal is properly constituted with a live appellant, the court must then consider whether to exercise its jurisdiction to hear the appeal despite it being rendered moot by the death of the accused, or to abate the appeal. The general test is whether there exist special circumstances that make it "in the interests of justice" to proceed. That question may be approached by reference to the following non-exhaustive factors: the presence of a proper adversarial context; the strength of the grounds of the appeal; the existence of special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, such as a legal issue of general public importance, a systematic issue related to the administration of justice, or collateral consequences to the family of the deceased, to other interested persons, or to the public; the expenditure of limited judicial (or court) resources; and whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the court in free-standing legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself. Those cases in which it will be proper to exercise jurisdiction will be rare and exceptional.

In this case, it is evident that the appeal would proceed in an adversarial context. Moreover, the grounds for appeal are serious in the sense that a court could have determined in the appellant's lifetime that a new trial would be the correct result. With respect to special circumstances, the written correspondence between the appellant and his various lawyers demonstrates that he did everything in his power to move the appeal ahead. The appellant undoubtedly deserved his day in the Court of Appeal, and the denial of that opportunity, plus the possibility that he could have cleared his name, properly grieves the family. However, it would not be within the mandate of an appellate court hearing the merits of this appeal to get to the bottom of the causes of the

d'interjeter appel. La cour d'appel tire sa compétence du dépôt de l'avis d'appel.

Lorsqu'une partie intéressée demande la poursuite de l'instance malgré le décès de l'appellant (ou, dans le cas d'un pourvoi formé par le ministère public, de l'intimé), une requête doit être présentée en vue du remplacement de l'accusé décédé par le représentant personnel ou une autre partie intéressée. Le défunt ne peut donner d'instructions et ne peut non plus être contraint d'observer les directives de la cour. Cependant, en l'espèce, il n'y a aucune demande d'annulation du pourvoi pour omission de désigner un nouvel appellant. De plus, comme le pourvoi sera rejeté de toute manière, il est inutile de demander aux parties d'entreprendre de nouvelles démarches.

Une fois l'appel régularisé par le remplacement de l'appellant décédé, la cour d'appel doit décider s'il convient d'exercer son pouvoir d'entendre l'appel, même s'il est devenu théorique par suite du décès de l'accusé, ou de l'arrêter. Le critère général applicable consiste à se demander si des circonstances spéciales font en sorte qu'il est dans « l'intérêt de la justice » de poursuivre l'instance. Les facteurs suivants, qui ne sont pas exhaustifs, peuvent alors être pris en considération : l'existence d'un débat contradictoire approprié; le sérieux des motifs d'appel; l'existence de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l'appellant ou de l'intimé, par exemple une question de droit d'intérêt général, une question de nature systémique ayant trait à l'administration de la justice ou les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public; l'affectation des ressources limitées du tribunal; la question de savoir si, en poursuivant l'instance en appel, la cour n'excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu'il vaut mieux laisser au législateur. Ce n'est que rarement et à titre exceptionnel qu'il sera opportun d'exercer le pouvoir de poursuivre l'instance.

En l'espèce, il est évident que l'appel se poursuivrait dans le contexte d'un débat contradictoire. De plus, les motifs d'appel sont sérieux en ce sens qu'un tribunal aurait pu conclure, du vivant de l'appellant, que la tenue d'un nouveau procès s'imposait. Pour ce qui est des circonstances spéciales, il ressort de la correspondance entre l'appellant et ses différents avocats qu'il a fait tout ce qu'il pouvait pour faire progresser l'instance. Nul doute qu'il méritait d'être entendu en Cour d'appel, et cette occasion ratée, de même que l'impossibilité de laver sa réputation, désolent sa famille à juste titre. Cependant, il n'appartient pas à une cour d'appel d'entendre ce pourvoi sur le fond pour déterminer ce qui a bien pu ralentir la procédure d'appel en l'espèce. Au cœur du pourvoi se

procedural delays in getting on with the appeal. At the core of the appeal lie the *Charter* arguments concerning the admissibility of the appellant's out-of-court statements to the police. There is nothing exceptional about the consequences to the appellant's family that would flow from the resolution of these legal points. Furthermore, there are no other issues of broader public importance or other collateral consequences of the verdict to justify the hearing of this appeal. The fact that, even if successful, the outcome of the appeal during the appellant's lifetime would have been a new trial rather than an acquittal, means that the result of an appeal at this stage would be inconclusive with respect to guilt or innocence. Finally, there is no concern that continuation of this appeal would invade the law-making function of the legislature. In summary, the insurmountable problem for members of the appellant's family is not that the continuation of the appeal would run afoul of some positive limitation on the court's jurisdiction or discretion, but that not enough can be said to differentiate this appeal from the general run of cases where an appellant has died to justify the exercise of the court's discretion in their favour. Weighing all of the factors together, some of which mitigate in favour of continuation of the appeal but most of which do not, the Court of Appeal concluded that this is not one of those "exceptional" cases in which discretion should be exercised in favour of a continuation. No reason has been shown for this Court to interfere with the exercise of that discretion.

Cases Cited

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184; *R. v. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52; *R. v. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; **referred to:** *R. v. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL); *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112; *R. v. Kearley (No. 2)*, [1994] 3 All E.R. 246; *Dove v. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State v. Christensen*, 866 P.2d 533 (1993); *United States v. Rorie*, 58 M.J. 399 (2003); *Whitehouse v. State*, 364 N.E.2d 1015 (1977); *Durham v. United States*, 401 U.S. 481 (1971); *State v. Makaila*, 897 P.2d 967 (1995); *United States v. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (1977); *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *United States v. Schumann*, 861 F.2d 1234 (1988); *United States v. Oberlin*, 718 F.2d 894 (1983); *United States v. Pauline*, 625 F.2d 684 (1980); *United States v. Dudley*, 739 F.2d 175 (1984); *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33, aff'd (1984), 48 O.R. (2d) 266; *Commonwealth v.*

trouvent les arguments fondés sur la *Charte* concernant l'admissibilité des déclarations faites hors cour par l'appelant à la police. Les conséquences pour la famille de l'appelant qui découleraient du règlement des questions de droit n'ont rien d'exceptionnel. De plus, aucune autre question de plus grande importance pour le public ni aucune autre conséquence accessoire du verdict ne justifient l'audition de l'appel. Le fait que l'issue du pourvoi du vivant de l'appelant, même s'il avait été accueilli, aurait été un nouveau procès et non l'acquiescement signifie que le résultat du pourvoi à ce stade-ci n'aurait pas été concluant quant à la culpabilité ou à l'innocence. Enfin, il n'est pas à craindre que la poursuite de l'instance en appel empiète sur la fonction législative. En résumé, les membres de la famille de l'appelant sont aux prises avec une difficulté insurmontable, non pas parce que la poursuite de l'instance en appel irait à l'encontre d'une véritable restriction de la compétence ou du pouvoir discrétionnaire de la cour, mais bien parce que les faits de l'espèce ne se démarquent pas suffisamment des affaires similaires pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour en leur faveur. Soupesant ensemble tous ces facteurs, dont certains militent en faveur de la poursuite de l'instance en appel, mais dont la plupart vont dans le sens contraire, la Cour d'appel a conclu qu'il ne s'agit pas d'un de ces cas « exceptionnels » où il faut exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel. Aucun motif n'a été présenté à la Cour pour qu'elle s'immisce dans l'exercice de ce pouvoir.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184; *R. c. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52; *R. c. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL); *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172; *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112; *R. c. Kearley (No. 2)*, [1994] 3 All E.R. 246; *Dove c. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State c. Christensen*, 866 P.2d 533 (1993); *United States c. Rorie*, 58 M.J. 399 (2003); *Whitehouse c. State*, 364 N.E.2d 1015 (1977); *Durham c. United States*, 401 U.S. 481 (1971); *State c. Makaila*, 897 P.2d 967 (1995); *United States c. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (1977); *Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956); *United States c. Schumann*, 861 F.2d 1234 (1988); *United States c. Oberlin*, 718 F.2d 894 (1983); *United States c. Pauline*, 625 F.2d 684 (1980); *United States c. Dudley*, 739 F.2d 175 (1984); *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32; *Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33, conf. par (1984), 48 O.R. (2d)

Walker, 288 A.2d 741 (1972); *State v. Jones*, 551 P.2d 801 (1976); *State v. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (1987); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Gautreau* (1989), 52 C.C.C. (3d) 410; *Southam Inc. v. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428; *Romania (State) v. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561; *R. v. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267; *R. v. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459; *Morin v. National SHU Review Committee*, [1985] 1 F.C. 3; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(2).
Criminal Appeal Act 1995 (U.K.), 1995, c. 35.
Criminal Appeal Rules of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, SI/87-28.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 674, 675(1), 686, 696.1(1) [ad. 2002, c. 13, s. 71], 696.3(3) [*idem*].
Rules of the Supreme Court, 1986, S.N. 1986, c. 42, Sch. D, r. 7.07(1).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 72 to 78.
Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal Criminal Appeal Rules (2002), SI/2002-96, rr. 3, 27.

Authors Cited

Cole, David P., and Allan Manson. "Pardons and the Royal Prerogative of Mercy". In *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1990.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 181, 626 A.P.R. 181, 161 C.C.C. (3d) 353, [2002] N.J. No. 34 (QL), 2002 NFCA 8, granting an application for an order striking the accused's notice of appeal. Appeal dismissed.

Jerome P. Kennedy, for the appellant.

Pamela J. Goulding, for the respondent.

Gillian Roberts and *Kimberley Crosbie*, for the interveners.

266; *Commonwealth c. Walker*, 288 A.2d 741 (1972); *State c. Jones*, 551 P.2d 801 (1976); *State c. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (1987); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *Voyer c. R.* (1989), 35 Q.A.C. 292; *Southam Inc. c. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428; *Romania (State) c. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561; *R. c. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267; *R. c. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'USD*, [1985] 1 C.F. 3; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 674, 675(1), 686, 696.1(1) [aj. 2002, ch. 13, art. 71], 696.3(3) [*idem*].
Criminal Appeal Act 1995 (R.-U.), 1995, ch. 35.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 72 à 78.
Règles de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d'appel en matière criminelle (2002), TR/2002-96, règles 3, 27.
Règles des appels en matière criminelle de la Cour suprême de Terre-Neuve, Division de première instance, TR/87-28.
Rules of the Supreme Court, 1986, S.N. 1986, ch. 42, ann. D, règle 7.07(1).

Doctrine citée

Cole, David P., and Allan Manson. "Pardons and the Royal Prerogative of Mercy". In *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*. Toronto: Carswell, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2002), 209 Nfld. & P.E.I.R. 181, 626 A.P.R. 181, 161 C.C.C. (3d) 353, [2002] N.J. No. 34 (QL), 2002 NFCA 8, qui a accordé une requête en radiation de l'avis d'appel de l'accusé. Pourvoi rejeté.

Jerome P. Kennedy, pour l'appellant.

Pamela J. Goulding, pour l'intimée.

Gillian Roberts et *Kimberley Crosbie*, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — Can a dead man's conviction be appealed? On February 22, 1985, the late Brian Joseph Smith was convicted by a jury of second degree murder. Smith, who testified at his trial, always maintained his innocence. He was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. His notice of appeal was filed promptly and the trial transcript was completed and filed by October 29, 1985. Thereafter, he fell out with his first lawyer. He was without a lawyer between 1988 and October 1990 when he retained a second lawyer who failed to get on with the appeal. In April 1993, Smith retained his present lawyer and was granted bail in November 1993, over eight years after his initial conviction. At that time, he was terminally ill with lung cancer, and died on February 4, 1994. Thereafter the appeal sat until April 16, 2001, over seven years after Smith's death, and sixteen years after his initial conviction, at which time the Crown moved to abate the appeal.

The questions before the Newfoundland and Labrador Court of Appeal were whether it had jurisdiction to entertain the appeal notwithstanding Smith's death seven years earlier, and if so, in what circumstances should the court accept or decline to exercise this jurisdiction.

That court, after appointing counsel to represent Smith's family on these issues, concluded that notwithstanding Smith's death it had jurisdiction to hear the appeal, but exercised its discretion against doing so. In my view, it reached the correct conclusion with respect both to jurisdiction and the exercise of the discretion and properly abated the appeal.

The appeal was properly constituted by a notice of appeal filed before Smith's death. While the appeal was rendered moot by that death, the court had a

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Peut-il y avoir appel de la déclaration de culpabilité d'un défunt? Le 22 février 1985, un jury a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré Brian Joseph Smith, aujourd'hui décédé. M. Smith, qui a témoigné à son procès, a toujours maintenu son innocence. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 10 ans. Il a déposé sans délai un avis d'appel; le 29 octobre 1985, la transcription du procès était terminée et avait été déposée. Par la suite, il s'est brouillé avec son premier avocat. Sans avocat depuis 1988, il a retenu les services d'un deuxième avocat en octobre 1990. Celui-ci ne s'est pas occupé du dossier d'appel. En avril 1993, M. Smith a eu recours aux services de son avocat actuel et en novembre de la même année, soit plus de huit ans après sa déclaration de culpabilité, il a obtenu sa mise en liberté sous caution. Atteint d'un cancer du poumon, il était alors en phase terminale. Il est décédé le 4 février 1994. Le dossier est demeuré inactif jusqu'au 16 avril 2001, c'est-à-dire plus de sept ans après le décès de M. Smith et seize ans après sa déclaration de culpabilité, soit jusqu'à ce que le ministère public demande l'arrêt de l'appel.

La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador était appelée à décider si elle avait compétence pour entendre l'appel malgré le décès de M. Smith sept ans auparavant et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances elle devait accepter ou refuser d'exercer cette compétence.

Après avoir commis un avocat pour représenter la famille de M. Smith relativement à ces questions, la Cour d'appel a conclu que, malgré le décès de l'intéressé, elle avait compétence pour entendre l'appel, mais elle a exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire. À mon avis, sa décision était la bonne tant en ce qui concerne la compétence que l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et c'est à juste titre qu'elle a arrêté l'appel.

L'appel a été dûment formé par le dépôt d'un avis d'appel avant le décès de M. Smith. Même s'il est devenu théorique par suite du décès, la Cour d'appel

1

2

3

4

discretion to proceed with a moot appeal, provided the discretion was exercised in accordance with judicial principles: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 358. However, the discretion to hear the appeal of an individual who dies pending the hearing of his or her appeal should be exercised only in exceptional circumstances where the death of the appellant is survived by a continuing controversy which, notwithstanding the death of the individual most directly affected by the appeal, requires resolution in the interests of justice. There are no such exceptional circumstances in this case. The appeal should therefore be dismissed.

I. The Facts

5 The victim, a young Newfoundlander named Jerome Fleming, was killed by a shotgun blast to the chest at short range. His body was found in the woods near Bay Bulls. Smith was seen with the victim a few hours before the likely time of death. They had been drinking together. The victim was not again seen alive. There was circumstantial evidence that linked Smith to the shotgun that was used in the killing. There was some suggestion in the evidence that a drug deal had gone bad. The prosecution's case depended largely on inculpatory statements made to the investigating RCMP officer over a five-day period, and a "confession" to a jail house informant.

6 There is no doubt that Smith's alleged statements to the RCMP officer, if accepted at face value, were inculpatory. At one point, he is alleged to have said to the police interrogator, "[T]here is no explanation for dumping your best buddy in the woods" (appellant's record, at p. 113). Later, Smith was asked by the police officer if the shotgun used in the killing was still available, to which he replied, "[N]o, the gun is not available." He then added that what he meant to say was that if he had done it, then the gun would not be available.

7 When a police officer suggested that perhaps Fleming's death was accidental, Smith said that he would see if his lawyer could work out a "deal". If

avait le pouvoir discrétionnaire de l'entendre, à condition d'exercer ce pouvoir conformément aux principes judiciaires : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 358. Cependant, le pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel interjeté par une personne qui décède en cours d'instance ne doit être exercé que dans le cas exceptionnel où une question demeure en litige et doit être tranchée dans l'intérêt de la justice malgré le décès de la personne la plus directement touchée par l'appel. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le pourvoi doit donc être rejeté.

I. Les faits

La victime, un jeune Terre-Neuvien du nom de Jerome Fleming, a été atteinte mortellement à la poitrine d'une décharge de fusil de chasse tirée à faible distance. Son corps a été retrouvé dans le bois, près de Bay Bulls. M. Smith avait été aperçu en sa compagnie quelques heures avant le moment probable du décès. Ils avaient pris un verre ensemble. La victime n'a pas été revue vivante. Une preuve circonstancielle liait M. Smith au fusil de chasse avec lequel la victime avait été abattue. Certains éléments de la preuve semblaient indiquer qu'une transaction de drogue avait mal tourné. La preuve de la poursuite s'appuyait en grande partie sur les déclarations inculpatives faites à un enquêteur de la GRC sur une période de cinq jours et sur l'« aveu » fait à un indicateur incarcéré.

Nul doute que les déclarations qui auraient été faites à l'agent de la GRC, si l'on y ajoute foi, sont inculpatives. À un moment, M. Smith aurait dit au policier qui l'interrogeait [TRADUCTION] « Rien n'explique que l'on se débarrasse de son meilleur ami dans le bois » (dossier de l'appelant, p. 113). Plus tard, le policier lui a demandé si l'on pouvait encore mettre la main sur l'arme du crime, ce à quoi il a répondu : [TRADUCTION] « Non, on ne peut pas mettre la main dessus. » Puis il a ajouté qu'il *voulait dire* que *s'il* était l'auteur du crime, on ne *pourrait pas* mettre la main dessus.

Lorsqu'un policier a laissé entendre que le décès de M. Fleming était peut-être accidentel, M. Smith a dit qu'il verrait si son avocat pourrait arriver à une

so, he would talk to the police and, if not, he would take his chances on a murder charge.

As mentioned, Smith was convicted and properly filed a notice of appeal. However, and despite his efforts, the appeal remained pending until his death. The Crown moved to have it abated some seven years later. Counsel retained by Smith shortly before his death was then appointed by the court to represent the interests of the “Smith family”. There was no formal substitution of a live appellant for the deceased. (This is an irregularity to be addressed below.) Counsel’s argument is that the members of Smith’s family still bear the emotional, social and psychological scars of the murder conviction. They have made every effort to carry on the struggle to clear the family name since his death. The justice of their struggle and the failure of the legal system to respond adequately to Smith’s original appeal during Smith’s lifetime, he says, merit the *post-mortem* intervention of the court.

II. Analysis

Death puts an accused beyond any relief which it is within the power of an appellate court to grant. Therefore, such a death triggers three related areas of concern: first, jurisdiction of the appellate court and the survival of an appeal that may be considered personal to the deceased; second, procedure and the need for a live party to engage in the process before the appellate court; and third, justiciability and the exercise of discretion of the appellate court to hear an appeal that has become moot as between the original parties. The continuation and disposition of the appeal will depend on how each of these inquiries is resolved.

Accordingly, when an interested party seeks to continue an appeal notwithstanding the death of the appellant (or, in the case of a Crown appeal, the respondent), the following steps should be taken:

1. A motion, pursuant to the relevant rules of procedure, should be made for substitution of the

« entente ». Le cas échéant, il parlerait à la police, sinon il ferait face à l’accusation de meurtre.

Reconnu coupable, M. Smith a dûment déposé un avis d’appel. Cependant, malgré ses efforts, l’appel est demeuré en instance jusqu’à son décès. Le ministère public en a demandé l’arrêt quelque sept ans après son décès. L’avocat dont M. Smith avait retenu les services peu avant son décès a été commis par la cour pour représenter les intérêts de la « famille Smith ». Personne n’a formellement repris l’instance à la place du défunt. (Il s’agit d’une irrégularité dont nous traiterons plus loin.) L’avocat soutient que les membres de la famille Smith subissent encore les séquelles émotionnelles, sociales et psychologiques de la condamnation pour meurtre. Depuis son décès, ils ont tout fait pour poursuivre le difficile combat visant à laver le nom de la famille. Le bien-fondé de leur combat et l’incapacité du système de justice de faire en sorte que l’appel soit entendu du vivant de M. Smith justifient, selon lui, l’intervention *post-mortem* de la cour.

II. Analyse

Le décès de l’accusé élimine toute possibilité de réparation qu’une cour d’appel aurait pu accorder. Dans les circonstances de l’espèce, le décès soulève trois domaines de préoccupation connexes : premièrement, la compétence de la cour d’appel et la survie d’un appel qui peut être considéré comme étant lié à la personne du défunt; deuxièmement, la procédure à suivre et la nécessité d’avoir une partie vivante pour que le processus se poursuive devant la cour d’appel; troisièmement, le caractère justiciable ainsi que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour d’appel d’entendre un appel devenu théorique en ce qui a trait aux parties. La poursuite et le règlement de l’appel dépendra de la façon dont chacun de ces éléments est résolu.

En conséquence, lorsqu’une partie intéressée demande la poursuite de l’instance malgré le décès de l’appelant (ou, dans le cas d’un pourvoi formé par le ministère public, de l’intimé), la démarche doit être la suivante :

1. Sur le fondement des règles de procédure applicables, une requête doit être présentée en

8

9

10

personal representative or another interested party for the deceased accused, and

2. The appellate court must consider, in light of the interests of justice, whether it is proper to exercise its jurisdiction to hear the appeal despite it being rendered moot by the death of the accused, or to abate the appeal. Those cases in which it will be proper to exercise jurisdiction to hear a moot criminal appeal will be rare and exceptional.

¹¹ The traditional view in Canada was that a criminal appeal ought never to survive the death of the accused, although the courts did not always make it clear whether this was thought to result from a lack of jurisdiction, or a rule of practice and procedure. See, e.g., *R. v. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL) (C.A.), and *R. v. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184 (B.C.C.A.). Abatement occurred even if the appeal had been argued and the decision reserved (see *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172 (Ont. C.A.)), and occurred as well where the appellant was the Crown and it was the accused respondent who died (see *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112 (Ont. C.A.)). The “dead can’t appeal” approach is also followed in England. See, e.g., *R. v. Kearley* (No. 2), [1994] 3 All E.R. 246, where the House of Lords held that a criminal appeal abates upon death, leaving the conviction and the sentence intact, *per* Lord Jauncey, at p. 253:

My Lords, as a pure matter of construction untrammelled by authority I should have had little hesitation in concluding that a right of appeal to the Court of Appeal under Pt I of the 1968 Act was personal to the convicted person.

¹² Although the House of Lords recognized that abatement could cause injustice in some circumstances, it was concluded that reform was a matter for Parliament. Subsequently, Parliament enacted the *Criminal Appeal Act 1995* (U.K.), 1995, c. 35, which established the Criminal Cases Review Commission with power, in specified circumstances,

vue du remplacement de l’accusé décédé par le représentant personnel ou une autre partie intéressée.

2. Compte tenu de l’intérêt de la justice, la cour d’appel doit décider s’il convient d’exercer son pouvoir d’entendre l’appel, même s’il est devenu théorique par suite du décès de l’accusé, ou de l’arrêter. Ce n’est que rarement et à titre exceptionnel qu’il sera opportun d’exercer le pouvoir d’entendre un appel théorique en matière criminelle.

Traditionnellement, les tribunaux canadiens ont estimé qu’un appel en matière criminelle ne devait jamais suivre son cours après le décès de l’accusé, mais ils n’ont pas toujours précisé si c’était l’absence de compétence ou l’application d’une règle de pratique ou de procédure qui fondait leurs décisions. Voir, p. ex., *R. c. Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (QL) (C.A.), et *R. c. Lewis* (1997), 153 D.L.R. (4th) 184 (C.A.C.-B.). L’arrêt valait même si l’appel avait été entendu et que l’affaire avait été prise en délibéré (voir *Re Collins and The Queen* (1973), 13 C.C.C. (2d) 172 (C.A. Ont.)). Il en allait de même dans le cas où l’appelant était le ministère public et que c’était l’intimé accusé qui décédait (voir *Re Cadeddu and The Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 112 (C.A. Ont.)). Le principe qu’« un mort ne peut interjeter appel » a également été adopté en Angleterre. Voir, p. ex., *R. c. Kearley* (No. 2), [1994] 3 All E.R. 246, où la Chambre des lords a statué qu’en matière criminelle, le décès éteignait l’instance d’appel, la déclaration de culpabilité et la peine infligée demeurant alors inchangées (lord Jauncey, p. 253) :

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, si je devais interpréter la loi sans avoir à me soucier de la jurisprudence, je n’aurais eu aucune hésitation à conclure que le droit de se pourvoir devant la Cour d’appel en vertu de la partie I de la loi de 1968 est un droit personnel de l’individu déclaré coupable.

Même si elle a reconnu que l’arrêt de l’appel pouvait parfois causer une injustice, la Chambre des lords a conclu qu’il appartenait au Parlement de modifier la loi. Par la suite, le Parlement a adopté la *Criminal Appeal Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 35, qui créait la Criminal Cases Review Commission et l’investissait du pouvoir, dans certains cas précis,

to refer the conviction or sentence for review by the Court of Appeal even in the absence of an appeal commenced in the lifetime of the convicted person. Abatement of the appeal leaving the conviction intact is also the rule in some of the American jurisdictions: see *Dove v. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State v. Christensen*, 866 P.2d 533 (Utah 1993), at p. 535; *United States v. Rorie*, 58 M.J. 399 (C.A.A.F. 2003); and *Whitehouse v. State*, 364 N.E.2d 1015 (Ind. 1977), at pp. 1015-16.

The “dead can’t appeal” rule is supported more strongly by the intervener, the Attorney General of Ontario, than by the respondent Crown. The former argues that the wording of the right of appeal under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, confers a purely personal right which dies with the appellant. There is, he argues, no provision for an appeal to continue after the appellant’s death, or for anyone to be substituted in his or her place. As a result, he says, “[W]hen the convicted person dies, there is no jurisdiction to continue with the appeal” (Attorney General of Ontario’s factum, at para. 4 (emphasis added)).

A review of the jurisprudence of other common law jurisdictions suggests that simple abatement is not the only potential outcome recognized as appropriate upon an appellant’s death. A second possible outcome, with considerable support in the United States, is that death pending appeal of a criminal conviction from the trial court abates the prosecution *ab initio*, i.e., vacating all proceedings in the prosecution since its inception including the conviction (*Durham v. United States*, 401 U.S. 481 (1971), and see summary of this position in *State v. Makaila*, 897 P.2d 967 (Haw. 1995), at p. 969). There are several rationales given for vacating the conviction as well as abating the appeal. Some courts take the view that appellate review of a conviction is so integral to the array of procedural safeguards due an accused that incapacity to obtain such review nullifies the verdict of guilt. An accused should “not stand convicted without resolution of the merits of his appeal . . .” (*United States v. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (7th Cir. 1977), at p. 128; see also *Griffin v. Illinois*, 351

de soumettre la déclaration de culpabilité ou la peine à l’examen de la Cour d’appel même en l’absence d’un pourvoi formé du vivant de la personne en cause. La règle selon laquelle la déclaration de culpabilité demeure lorsque l’appel est arrêté vaut également dans certains ressorts américains : voir *Dove c. United States*, 423 U.S. 325 (1976); *State c. Christensen*, 866 P.2d 533 (Utah 1993), p. 535; *United States c. Rorie*, 58 M.J. 399 (C.A.A.F. 2003); *Whitehouse c. State*, 364 N.E.2d 1015 (Ind. 1977), p. 1015-1016.

L’intervenant, le procureur général de l’Ontario, appuie plus fermement que l’intimé, le ministère public, le principe qu’« un mort ne peut interjeter appel ». Il fait valoir que le libellé de la disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, prévoyant le droit d’appel confère un droit purement personnel qui est éteint par le décès de l’appelant. Il soutient qu’aucune disposition ne prévoit la poursuite de l’instance après le décès de l’appelant, ni sa reprise par qui que ce soit. Il conclut : [TRADUCTION] « [L]orsque décède la personne déclarée coupable, la cour n’a pas compétence pour poursuivre l’audition de l’appel » (mémoire du procureur général de l’Ontario, par. 4 (je souligne)).

Selon la jurisprudence d’autres ressorts de common law, l’arrêt simple n’est pas la seule issue jugée appropriée lorsque l’appelant décède. Une deuxième issue possible, jouissant d’un grand appui aux États-Unis, est que le décès qui survient pendant l’appel d’une déclaration de culpabilité met rétroactivement un terme à la poursuite depuis le début, annulant ainsi chacune des étapes de la poursuite, y compris la déclaration de culpabilité (*Durham c. United States*, 401 U.S. 481 (1971), et voir le résumé de cette position dans *State c. Makaila*, 897 P.2d 967 (Haw. 1995), p. 969). On a donné plusieurs raisons pour justifier l’annulation de la déclaration de culpabilité de pair avec l’arrêt de l’appel. Pour certains tribunaux, la révision en appel d’une déclaration de culpabilité est si inhérente aux garanties procédurales offertes à l’accusé que l’impossibilité d’obtenir une telle révision emporte l’annulation du verdict de culpabilité. [TRADUCTION] « Lorsqu’il n’est pas statué sur le bien-fondé de l’appel, la déclaration de culpabilité

13

14

U.S. 12 (1956), at p. 18; *United States v. Schumann*, 861 F.2d 1234 (11th Cir. 1988); *United States v. Oberlin*, 718 F.2d 894 (9th Cir. 1983), at p. 896, and *United States v. Pauline*, 625 F.2d 684 (5th Cir. 1980)).

15

Other courts base themselves on the proposition that the role and function of the criminal process is to punish the guilty. Punishment of a convicted criminal is inherently personal and, as the death of the accused eliminates the possibility of punishment, it therefore eliminates the purpose of the criminal proceeding:

[P]unishment, incarceration, or rehabilitation have heretofore largely been the exclusive purposes of sentences and so ordinarily should be abated upon death for shuffling off the mortal coil completely forecloses punishment, incarceration, or rehabilitation, this side of the grave at any rate.

(*United States v. Dudley*, 739 F.2d 175 (4th Cir. 1984), at p. 177)

16

It is not open to a Canadian court to abate the conviction as well as the appeal. Firstly, such an outcome is not compatible with the *Criminal Code*, which is quite specific in s. 686 as to when a conviction may be set aside by an appellate court. Secondly, the presumption of innocence does not survive the conviction (see *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874, at paras. 108-9; *R. v. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), at p. 37). A convicted criminal appellant must prove error requiring the conviction to be vacated. Thirdly, there may be collateral consequences of vacating a conviction, such as the disposition of fines or restitution orders. There seems to be no good reason why abatement should benefit the financial estate of the deceased appellant. Vacation of a conviction might also enable the estate of a deceased appellant to profit under his or her victim's will or life insurance policy, and thereby profit from the crime. Such an outcome would not be acceptable public policy: see, e.g., *Oldfield v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, [2002] 1 S.C.R. 742, 2002 SCC 22, at paras. 11 *et seq.*; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R.

ne doit pas être maintenue. . . » (*United States c. Moehlenkamp*, 557 F.2d 126 (7th Cir. 1977), p. 128; voir aussi *Griffin c. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956), p. 18; *United States c. Schumann*, 861 F.2d 1234 (11th Cir. 1988); *United States c. Oberlin*, 718 F.2d 894 (9th Cir. 1983), p. 896, et *United States c. Pauline*, 625 F.2d 684 (5th Cir. 1980)).

D'autres tribunaux se fondent sur la proposition que l'objet des procédures criminelles est de punir le coupable. La sanction infligée à celui-ci est intrinsèquement liée à sa personne et, comme le décès de l'accusé supprime toute possibilité de sanction, il fait également disparaître l'objet des procédures criminelles :

[TRADUCTION] Jusqu'à ce jour, la punition, l'emprisonnement ou la réadaptation ont constitué, en grande partie, les seuls objectifs de la peine infligée et doivent de ce fait s'arrêter au décès, puisque le fait que l'intéressé soit dépouillé de son enveloppe mortelle les exclut totalement, du moins de ce côté-ci de la tombe.

(*United States c. Dudley*, 739 F.2d 175 (4th Cir. 1984), p. 177)

Au Canada, une cour de justice ne peut arrêter la déclaration de culpabilité de pair avec l'appel. Premièrement, cela n'est pas compatible avec le *Code criminel*, qui prévoit très précisément à l'art. 686 dans quel cas une cour d'appel peut écarter une déclaration de culpabilité. Deuxièmement, la présomption d'innocence cesse en cas de déclaration de culpabilité (voir *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874, par. 108-109; *R. c. Farinacci* (1993), 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), p. 37). La personne qui appelle d'une déclaration de culpabilité doit prouver l'erreur qui en justifie l'annulation. Troisièmement, l'annulation d'une déclaration de culpabilité peut avoir des conséquences accessoires, p. ex. qu'en est-il des amendes et des ordonnances de restitution? Rien ne paraît justifier que l'arrêt de l'instance bénéficie financièrement à la succession de l'appellant. L'annulation de la déclaration de culpabilité pourrait également permettre à la succession d'hériter de la victime ou de toucher le produit de son assurance-vie et de tirer ainsi profit du crime. Pareil résultat irait à l'encontre de l'intérêt public : voir, p. ex., *Oldfield c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, [2002] 1 R.C.S. 742, 2002 CSC 22, par.

(2d) 33 (H.C.J.), aff'd (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.).

A third potential outcome when an appellant dies is that the appeal may in some circumstances be prosecuted, notwithstanding his or her death. This is the view taken by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52. In that case, a manslaughter conviction rested almost entirely on a confession to the police. After the appeal had been launched, but before it was heard, the convicted person died. The pending appeal included an application for the court to receive fresh evidence showing that the police officer had recanted. He admitted that he had lied at trial about the alleged confession, that he had extracted “the confession” by threats and that the accused had been beaten by other police officers. Further, a contemporaneous tape recording of a conversation between the accused and an informant, said at trial to have been “erased”, had now been found. It showed that, contrary to the informant’s evidence at trial, the accused had not in fact incriminated himself. In these circumstances, there was not only a very serious (to say the least) doubt about the fairness of the trial, but the police officer’s recantation suggested that the accused was factually innocent. Fish J.A. (as he then was) stated that the court had a discretion whether or not to proceed, and that the discretion should be exercised in favour of hearing the appeal in the following circumstances (at p. 57):

In my view, we should hear the matter on its merits only when the interests of justice require that we do so, notwithstanding absence of any temporal consequences for the accused who inscribed the appeal. [Emphasis added.]

Jetté was adopted with some qualifications by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal in the present case.

A similar discretion to continue an appeal, which by reason of the appellant’s death is rendered moot, is also accepted in some American jurisdictions. In *Commonwealth v. Walker*, 288 A.2d 741 (1972), for example, the Supreme Court of Pennsylvania stated

11 et suiv.; *Demeter c. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33 (H.C.J.), conf. par (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.).

Une troisième issue possible est que, dans certains cas, l’appel puisse suivre son cours malgré le décès de l’appelant. C’est cette solution qu’a retenue la Cour d’appel du Québec dans *R. c. Jetté* (1999), 141 C.C.C. (3d) 52. Dans cette affaire, la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable repose presque entièrement sur un aveu fait à un policier. Après la formation de l’appel, mais avant son audition, l’appelant décède. L’appel comporte notamment la demande que la cour reçoive un nouvel élément de preuve selon lequel le policier s’est rétracté. Celui-ci a admis qu’il s’était parjuré au procès au sujet du prétendu « aveu », qu’il l’avait obtenu par des menaces et que l’accusé avait été battu par d’autres policiers. De plus, l’enregistrement de la conversation de l’accusé avec un indicateur réalisé à la même époque, dont on a dit au procès qu’il avait été « effacé », a été retrouvé. Il révèle que, contrairement au témoignage de l’indicateur au procès, l’accusé ne s’est aucunement incriminé. Dans ces circonstances, non seulement un doute très sérieux (c’est le moins qu’on puisse dire) plane sur l’équité du procès, mais la rétractation du policier porte à croire que l’accusé est en fait innocent. Le juge Fish (maintenant juge de notre Cour) dit que la cour a le pouvoir discrétionnaire de poursuivre ou non l’instance et que ce pouvoir doit être exercé en faveur de l’audition du pourvoi dans le cas suivant (p. 57) :

[TRADUCTION] À mon avis, nous devons entendre l’appel quant au fond seulement lorsque l’intérêt de la justice l’exige, malgré l’absence de conséquences sur le plan temporel pour l’accusé ayant interjeté appel. [Je souligne.]

En l’espèce, la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador souscrit avec certaines réserves à *Jetté*.

Les tribunaux de certains ressorts américains reconnaissent l’existence d’un tel pouvoir discrétionnaire de poursuivre l’instance même si elle est devenue théorique par suite du décès de l’appelant. Dans *Commonwealth c. Walker*, 288 A.2d 741 (1972),

17

18

19

that it was in the interests of the accused's estate and society that a challenge instituted by the accused in his lifetime to the regularity or constitutionality of a criminal proceeding be fully reviewed and decided by the appeal process, notwithstanding the death of the appellant. See also *State v. Jones*, 551 P.2d 801 (Kan. 1976), at p. 804; and *State v. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (Ohio 1987).

20 In my view, the correct legal outcome when an appellant dies is that the court retains jurisdiction to proceed "in the interests of justice", but that it is a jurisdiction that should be sparingly exercised. I will deal first with the jurisdictional objection. I will then turn to the circumstances in which the discretion should be exercised to proceed with the appeal, notwithstanding the appellant's death.

A. *Jurisdiction to Hear a Criminal Appeal Where the Appellant Dies*

21 It is well established that appeals are solely creatures of statute: see *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 958; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 69-70; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773; and *Welch v. The King*, [1950] S.C.R. 412, at p. 428. See also s. 674 of the *Criminal Code* which provides that, "[n]o proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences." Section 675(1) provides the source of jurisdiction for the appeal, i.e., "[a] person who is convicted . . . may appeal to the court of appeal . . . against his conviction" (emphasis added). This language presupposes that at the time of the filing of the notice of appeal, the person convicted is alive and thus competent to initiate the appeal. The relevant procedure is outlined in the *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal Criminal Appeal Rules (2002)*, SI/2002-96, rule 3. The continuing jurisdiction of the Court of Appeal in this case rested on the notice of appeal that was properly filed during Smith's lifetime.

22 The Crown argues that s. 686 of the *Criminal Code* is not consistent with hearing the appeals of the dead. The argument is that an appeal cannot be

par exemple, la Cour suprême de Pennsylvanie a statué qu'il était dans l'intérêt de la succession de l'accusé et de la société que le pourvoi alléguant l'irrégularité ou l'inconstitutionnalité d'une procédure criminelle soit dûment entendu et réglé, malgré le décès de l'appelant. Voir également *State c. Jones*, 551 P.2d 801 (Kan. 1976), p. 804, et *State c. McGettrick*, 509 N.E.2d 378 (Ohio 1987).

À mon avis, lorsque l'appelant décède, la bonne issue juridique est que la cour conserve le pouvoir de poursuivre l'instance « dans l'intérêt de la justice », mais elle doit exercer ce pouvoir à titre exceptionnel. J'examinerai tout d'abord l'objection liée à la compétence. Puis je traiterai des circonstances dans lesquelles il faut exercer le pouvoir discrétionnaire de permettre que l'appel suive son cours malgré le décès de l'appelant.

A. *Pouvoir d'entendre un appel en matière criminelle malgré le décès de l'appelant*

Il est bien établi que l'appel est une pure création de la loi écrite : voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 958; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 69-70; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, p. 1773; *Welch c. The King*, [1950] R.C.S. 412, p. 428. Voir aussi l'art. 674 du *Code criminel*, qui dispose que « [n]ulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels. » Le paragraphe 675(1) investit le tribunal du pouvoir d'entendre l'appel : « Une personne déclarée coupable [. . .] peut interjeter appel, devant la cour d'appel [. . .] de sa déclaration de culpabilité » (je souligne). Ce libellé suppose que, au moment du dépôt de l'avis d'appel, l'intéressé est vivant et donc apte à former l'appel. La procédure applicable est prévue à la règle 3 des *Règles de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d'appel en matière criminelle (2002)*, TR/2002-96. En l'espèce, le fait que la Cour d'appel demeure compétente découle de l'avis d'appel que M. Smith a dûment déposé de son vivant.

Le ministère public fait valoir que l'art. 686 du *Code criminel* se concilie mal avec l'audition d'un pourvoi après le décès de l'appelant car, selon cette

allowed under s. 686 of the *Criminal Code* unless a new trial can be ordered. The court cannot order the dead to be retried. If the court cannot order a new trial, the Crown contends, it has no jurisdiction under s. 686(8) to order that the holding of the new trial be stayed. The Crown says that this gap in the remedial authority of the appellate court indicates that Parliament never intended such appeals to be heard at all. This is not a convincing objection. Section 686(2) provides that where a Court of Appeal allows an appeal, “it shall quash the conviction”, and s. 686(8) provides that, on the exercise of “any of the powers” under s. 686(2), the court may make “any order, in addition, that justice requires”. The quashing of the conviction is an exercise of the court’s power under s. 686(2). Additional orders authorized by s. 686(8) include a stay of proceedings. It is not necessary to order a new trial of the dead before imposing a stay of further proceedings.

An appellant thus exercises his or her “personal right” to appeal when the notice of appeal is filed. The filing is the root of the appellate court’s jurisdiction. Whether the court chooses to proceed with the appeal or not is a matter of discretion to be exercised according to the principles set out in *Borowski* and the cases that follow it, including *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, hereinafter discussed.

Nothing in the rules automatically abates an appeal by reason of the death of an accused in a criminal case. The present appeal sat on the books of the Court of Appeal for seven years before any steps were taken to terminate it. At that time, the Crown, prompted by the Court Registry, brought a motion to abate. The issue for the Court of Appeal at that stage was to determine what was to be done with a matter properly pending before it that had, by reason of the death of the appellant, become moot.

The intervener, the Attorney General of Ontario, suggests that denial of jurisdiction to hear an appeal after the appellant dies would not leave the Smith family without a remedy. Its members could apply

disposition, l’appel ne peut être accueilli que si un nouveau procès peut être ordonné. Or, la cour ne peut ordonner que l’accusé décédé subisse un nouveau procès. Le ministère public soutient que, si la cour ne peut ordonner un nouveau procès, elle ne peut, sur le fondement du par. 686(8), ordonner l’arrêt des procédures. Selon lui, cette lacune du pouvoir de réparation de la cour d’appel indique que le législateur n’a jamais voulu qu’un tel appel puisse être entendu. L’argument n’est pas convaincant. Le paragraphe 686(2) prévoit que, lorsqu’une cour d’appel admet un appel, « elle annule la condamnation », et le par. 686(8) dispose que, lorsqu’elle exerce « des pouvoirs » conférés par le par. 686(2), elle peut « en outre rendre toute ordonnance que la justice exige ». L’annulation de la déclaration de culpabilité constitue un exercice du pouvoir que lui confère le par. 686(2). Les ordonnances supplémentaires qu’autorise le par. 686(8) englobent l’arrêt des procédures. La cour n’a pas à ordonner un nouveau procès de l’accusé décédé pour pouvoir ordonner l’arrêt de toute procédure ultérieure.

Lorsqu’il dépose l’avis d’appel, l’appelant exerce donc son « droit personnel » d’interjeter appel. La cour d’appel tire sa compétence du dépôt de l’avis d’appel. La décision d’entendre ou non l’appel relève d’un pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé conformément aux principes dégagés dans *Borowski* et dans les arrêts qui ont suivi, notamment *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, que j’examine plus loin.

En matière criminelle, aucune règle ne prévoit l’arrêt automatique de l’appel après le décès de l’accusé. En l’espèce, l’appel est resté sept ans à la Cour d’appel avant que des démarches ne soient entreprises pour y mettre fin. Pressé d’agir par le greffe de la cour, le ministère public a présenté une requête en arrêt. La Cour d’appel devait alors décider du sort d’une affaire dûment en instance qui, par suite du décès de l’appelant, présentait un intérêt théorique.

L’intervenant, le procureur général de l’Ontario, laisse entendre que la famille Smith ne serait pas privée de tout recours si l’appel ne pouvait suivre son cours à cause du décès de l’appelant. Ses

23

24

25

to the Minister of Justice under s. 696.1(1) of the *Criminal Code* to invoke a ministerial authority descended in part from the royal prerogative of mercy. See D. P. Cole and A. Manson, “Pardons and the Royal Prerogative of Mercy”, in *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review* (1990), 399, at pp. 409-10. This is not a satisfactory substitute. The Smith family seeks justice, not mercy, and it seeks justice from the courts that convicted the deceased, not from the Minister. In any event, the Minister’s power of intervention depends on whether there is “a reasonable basis to conclude that a miscarriage of justice likely occurred” (s. 696.3(3)), whereas the appellant’s case here relates to the fair trial rights of the deceased. Error in that regard does not necessarily amount to a miscarriage of justice.

B. *The Need for a Live Appellant*

26 The appeal, as stated, was properly launched by the appellant on March 20, 1985. The proceeding became irregular upon his death on February 4, 1994 because, as of that date, it was in the name of a non-existent person. Wells C.J.N.L., at the outset of his reasons, said that “it is convenient to refer to the interests represented by the late appellant and his family as the Smith Family” ((2002), 161 C.C.C. (3d) 353, at para. 1). However, in my view, with respect, the irregularity ought to have been addressed by an application by the executor or personal representative of the deceased appellant to pursue the appeal in substitution for the deceased: *Lewis, supra*, at p. 186, and *Jetté, supra*, at p. 63. The dead cannot give instructions. Nor are the dead any longer amenable to the direction of the court. If the appeal is to be carried on in the interest of the “Smith family”, a live appellant should be substituted.

27 This eventuality is covered by rule 27 of the *Supreme Court of Newfoundland and Labrador — Court of Appeal Criminal Appeal Rules (2002)*, which provides as follows:

27. The rules, with any necessary modifications, of the Supreme Court of Newfoundland and Labrador

membres pourraient demander au ministre de la Justice, en application du par. 696.1(1) du *Code criminel*, d’exercer un pouvoir ministériel découlant en partie de la prérogative royale de clémence. Voir D. P. Cole et A. Manson, « Pardons and the Royal Prerogative of Mercy », dans *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review* (1990), 399, p. 409-410. Il ne s’agit pas d’une solution de rechange satisfaisante. La famille Smith recherche la justice, et non la clémence, et c’est aux tribunaux qui ont prononcé la déclaration de culpabilité qu’elle s’adresse, et non au ministre. De toute manière, le pouvoir d’intervention du ministre dépend de l’existence de « motifs raisonnables de conclure qu’une erreur judiciaire s’est probablement produite » (par. 696.3(3)), alors que c’est le droit du défunt à un procès équitable qui est en cause en l’espèce. Une erreur commise à cet égard n’équivaut pas nécessairement à une erreur judiciaire.

B. *L’exigence que l’appellant soit vivant*

Rappelons que, le 20 mars 1985, l’appellant a dûment interjeté appel. L’instance est devenue irrégulière à son décès, le 4 février 1994, puisque, dès lors, elle était inscrite au nom d’une personne qui n’existe pas. Au début de ses motifs, le juge en chef Wells dit qu’[TRADUCTION] « il est commode de regrouper sous l’appellation “famille Smith” les intérêts représentés par le défunt appellant et sa famille » ((2002), 161 C.C.C. (3d) 353, par. 1). En toute déférence, j’estime que, pour remédier à l’irrégularité, l’exécuteur testamentaire ou le représentant personnel du défunt aurait dû présenter une demande de reprise de l’instance : *Lewis*, précité, p. 186, et *Jetté*, précité, p. 63. Le défunt ne peut donner d’instructions. Il ne peut non plus être contraint d’observer les directives de la cour. Si l’appel doit suivre son cours dans l’intérêt de la « famille Smith », un nouvel appellant doit remplacer le défunt.

La règle 27 des *Règles de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — Cour d’appel en matière criminelle (2002)* prévoit cette possibilité; en voici le libellé :

27. Les règles de procédure civile de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador et les règles connexes de la

relating to civil procedure and other related rules of the Court shall, if not inconsistent with these Rules, the Code or any other statute having application, apply to these Rules in all matters not provided for herein. [Emphasis added.]

Since neither the *Criminal Code* nor the *Criminal Appeal Rules* (SI/87-28) speak to substitution on death of the parties, the rules of civil procedure for Newfoundland are applicable. Rule 7.07 of the Newfoundland civil procedure rules (S.N. 1986, c. 42, Sch. D) provides for substitution of a live party for the deceased party. Its provisions can therefore be applied, “with any necessary modifications”, to criminal appeals.

Similarly, appeals to this Court are governed in this respect by ss. 72 to 78 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, grouped under the heading “Death of Parties”.

The substitution of a live appellant is important to the retention of jurisdiction. In *R. v. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320, a case under the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, Sopinka J. noted that where a statute or regulation provides for the continuation of an appeal upon death of a party, that procedure *must* be followed, failing which the Court will quash the appeal (at para. 1):

Entirely apart from the doctrine of mootness, an appeal to this Court cannot be prosecuted or continued by a party who has since died. An application must be made to continue the appeal pursuant to s. 73(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. This application must be made by a personal representative who is either the executor or the administrator of the estate. The application under s. 73(1) is therefore dismissed. The application to quash is granted and the appeal is therefore quashed.

No application is before us to quash the appeal for failure to substitute a live appellant. If it were necessary to do so, I would invite counsel to apply to appoint Smith’s executor or personal representative *nunc pro tunc* to continue the appeal on behalf of the Smith family. However, as the appeal is to be dismissed in any event, it seems unnecessary to

Cour qui ne sont pas incompatibles avec les présentes règles, le Code ou toute autre loi applicable s’appliquent avec les adaptations nécessaires à toutes les questions qui ne sont pas prévues par les présentes règles. [Je souligne.]

Étant donné que ni le *Code criminel* ni les *Règles des appels en matière criminelle* (TR/87-28) ne parlent du remplacement de la partie décédée, les règles de procédure civile de Terre-Neuve s’appliquent. La règle 7.07 des règles de procédure civile de Terre-Neuve (S.N. 1986, ch. 42, ann. D) prévoit le remplacement de la partie défunte. Elle s’applique donc, « avec les adaptations nécessaires », aux appels en matière criminelle.

De même, les pourvois formés devant la Cour sont régis à cet égard par les art. 72 à 78 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, sous la rubrique « Décès des parties ».

La reprise de l’instance par une personne vivante est importante pour le maintien de la compétence. Dans *R. c. Lofthouse* (1990), 60 O.A.C. 320, une affaire ressortissant à la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, le juge Sopinka signale que, lorsqu’une loi ou un règlement prévoit la poursuite d’une instance en appel après le décès d’une partie, la procédure établie *doit* être suivie, sous peine d’annulation de l’appel (par. 1) :

[TRADUCTION] Abstraction faite de la doctrine de l’intérêt théorique, un pourvoi devant la Cour ne peut se poursuivre après le décès d’une partie. Une demande doit être présentée sur le fondement du par. 73(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, afin que l’instance puisse suivre son cours. La demande doit être présentée par le représentant personnel, qu’il s’agisse de l’exécuteur testamentaire ou de l’administrateur de la succession. La demande fondée sur le par. 73(1) est donc rejetée. La demande d’annulation est accueillie, et le pourvoi annulé.

La Cour n’est saisie d’aucune demande d’annulation du pourvoi pour omission de désigner un nouvel appellant. Si besoin était, j’inviterais l’avocat à demander l’autorisation de désigner, avec effet rétroactif, l’exécuteur testamentaire ou le représentant personnel de M. Smith pour poursuivre l’instance en appel au nom de la famille Smith. Mais

28

29

30

burden the litigants with additional procedures at this late stage.

comme le pourvoi sera rejeté de toute manière, il ne paraît pas nécessaire de demander aux parties d'entreprendre de nouvelles démarches à ce stade avancé de la procédure.

31 Once the appeal is properly reconstituted with a live appellant (or live respondent, in the case of a Crown appeal), the court must then turn to the exercise of its discretion to hear, or not to hear, the appeal rendered moot by the death of the party.

Une fois l'appel régularisé par le remplacement de l'appellant (ou de l'intimé, dans le cas d'un appel interjeté par le ministère public) décédé, la cour doit exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non l'appel devenu théorique par suite du décès de la partie en cause.

C. *The Two-Stage Approach to Mootness in Criminal Appeals*

C. *L'appel théorique en matière criminelle — Analyse en deux temps*

32 The doctrine of mootness is an aspect of the general policy that a court may decline to decide a case which presents no live controversy affecting the rights of the parties, including the situation where one of the parties has died and the controversy has essentially been interred with the deceased. However, it is recognized that in some cases an appeal thus rendered moot can still be heard on its merits where the court retains jurisdiction (as it does here). The question is whether the appeal would go forward in an adversarial context and presents special features which make it in the interests of justice to resolve: *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 97.

La doctrine du caractère théorique est un aspect de la politique générale qu'un tribunal peut refuser de statuer sur une affaire qui ne présente pas de litige actuel touchant les droits des parties; c'est notamment le cas où l'une des parties est décédée et le litige est essentiellement éteint par le décès. Cependant, il est reconnu que dans certains cas, un appel théorique peut être entendu quant au fond si le tribunal demeure compétent (comme en l'espèce). La question est de savoir si l'appel progresse dans le cadre d'un débat contradictoire et présente les caractéristiques qui font qu'il est dans l'intérêt de la justice de le trancher : *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, p. 97.

33 The two-step approach applicable to the hearing of moot appeals was outlined in the civil context by Sopinka J. in *Borowski, supra*, at p. 353:

L'analyse en deux temps applicable à l'audition d'un appel théorique est décrite par le juge Sopinka dans *Borowski*, précité, p. 353, dans le contexte d'une affaire civile :

First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. . . . In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the "live controversy" test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. [. . .] Pour être précis, je considère qu'une affaire est « théorique » si elle ne répond pas au critère du « litige actuel ». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient.

34 It is apparent that the "tangible and concrete dispute" between Brian Smith and the Crown could not survive Smith's death. He cannot now benefit from the new trial that he sought. Sopinka J., in *Borowski*,

Il est clair que le « différend concret et tangible » opposant Brian Smith au ministère public ne pouvait survivre au décès de M. Smith. Ce dernier ne peut plus bénéficier du nouveau procès qu'il a demandé.

gave as an example of mootness the death of the appellant (at p. 355):

The particular circumstances of the parties to an action may also eliminate the tangible nature of a dispute. The death of parties challenging the validity of a parole revocation hearing (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) and a speeding ticket (*R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234) ended any concrete controversy between the parties.

In *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, this Court heard an appeal after the death of the appellant in a quasi-criminal prosecution initiated pursuant to the Saskatchewan *Vehicles Act*, R.S.S. 1978, c. V-3. The appellant had sought and been granted leave to appeal to this Court, but had died before the appeal could be heard. The deceased had obviously lost any direct or personal interest in whether or not surviving residents of Saskatchewan are entitled to have the relevant statutory provision governing a speeding ticket expressed in French and to have a trial conducted in French. The Court exercised its discretion to hear the appeal notwithstanding its mootness because the case not only raised an important legal issue but satisfied the other criteria for the hearing of a moot appeal, including the continued existence of a proper adversarial context.

Other Canadian courts have applied *Borowski* to resolve issues of mootness in relation to appeals in criminal cases: *Adams, supra*; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, at p. 112; *R. v. Gautreau* (1989), 52 C.C.C. (3d) 410 (Que. C.A.), at p. 418; *Southam Inc. v. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.), at p. 431; and *Lewis, supra*, at p. 186.

The general reluctance of Canadian courts to proceed with a moot criminal appeal is justified by the fact that, in the overwhelming majority of cases, the *Borowski* criteria are not satisfied. In some cases, there is missing an appropriate adversarial context in which to determine the outstanding issues: *Southam, supra*, at p. 431. In other cases, the court expressed a concern not to dedicate scarce judicial resources

Dans *Borowski*, à titre d'exemple de situation où l'appel devient théorique, le juge Sopinka cite le décès de l'appellant (p. 355) :

Un changement dans la situation des parties à une action peut aussi éliminer l'aspect tangible du litige. Le décès d'une partie qui contestait la validité d'une audition sur la révocation de sa libération conditionnelle (*Re Cadeddu and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 481 (C.A.)) et, dans un autre cas, le décès d'une partie qui contestait une contravention pour excès de vitesse (*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234) ont mis fin à des litiges concrets.

Dans *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, la Cour a entendu le pourvoi de l'appellant après son décès dans le contexte d'une instance quasi criminelle fondée sur la *Vehicles Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. V-3. Il avait obtenu l'autorisation de se pourvoir devant la Cour, mais il était décédé avant l'audition de l'affaire. Après son décès, l'appellant n'avait manifestement plus d'intérêt direct ou personnel dans le règlement de la question de savoir si ses concitoyens de la Saskatchewan avaient droit à une version française de la disposition législative régissant les contraventions pour excès de vitesse et à un procès en français. La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d'entendre le pourvoi malgré son caractère théorique, parce que non seulement l'affaire soulevait une importante question de droit, mais elle satisfaisait également à d'autres critères, dont le maintien d'un débat contradictoire approprié.

D'autres tribunaux canadiens ont appliqué *Borowski* pour trancher des questions relatives au caractère théorique des appels en matière criminelle : *Adams*, précité; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, p. 112; *Voyer c. R.* (1989), 35 Q.A.C. 292, p. 299; *Southam Inc. c. Canada* (1990), 55 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.), p. 431, et *Lewis*, précité, p. 186.

Le fait que les tribunaux canadiens soient généralement peu enclins à entendre un appel théorique en matière criminelle peut se justifier : dans la très grande majorité des cas, les critères dégagés dans *Borowski* ne sont pas respectés. Dans certaines affaires, le débat contradictoire requis pour trancher les questions en litige fait défaut : *Southam*, précité, p. 431. Dans d'autres, les tribunaux se sont

35

36

37

to an appeal whose usefulness of result was not commensurate with its cost: *Romania (State) v. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561 (N.S.C.A.), at p. 563; *R. v. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 268; *Lewis, supra*, at p. 186; and *Cadeddu, supra*, at p. 116. In other cases, the court was sensitive to the constitutional limitations on the role of the courts whose function, apart from references authorized by statute, is to decide concrete disputes and not to pronounce generally on questions of law in the absence of a “live controversy” presented for resolution: *Cadeddu, supra*, at p. 116, and *Borowski, supra*, at p. 362.

38 Nevertheless, the infrequency of cases in which a moot appeal would properly proceed is no reason to altogether exclude the possibility. A similar reluctance to proceed is encountered in moot civil appeals.

D. *The Test for the Exercise of Discretion*

39 *Borowski* identified three principal “underlying rationalia” for the “policy or practice” governing the continuance of moot appeals:

- (a) the existence of a truly adversarial context;
- (b) the presence of particular circumstances which justify the expenditure of limited judicial resources to resolve moot cases;
- (c) the respect shown by the courts to limit themselves to their proper adjudicative role as opposed to making free-standing, legislative-type pronouncements.

The Court indicated that these three “rationales” are not exhaustive (p. 358), nor is their application a “mechanical” process (p. 363), but the Court must exercise its discretion “judicially . . . with due regard for established principles” (p. 358).

40 In *Adams, supra*, the Court exercised its discretion to proceed with the moot appeal because, *per Sopinka J.*, at p. 719, it was “in the public interest” to do so.

montrés peu disposés à affecter leurs ressources limitées au règlement d’un appel dont l’utilité était disproportionnée à son coût : *Romania (State) c. Cheng* (1997), 119 C.C.C. (3d) 561 (C.A.N.-É.), p. 563; *R. c. Anderson* (1982), 1 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 268; *Lewis*, précité, p. 186; *Cadeddu*, précité, p. 116. Dans d’autres cas, le tribunal a tenu compte des restrictions imposées par la Constitution quant au rôle des tribunaux, lequel, à part les renvois autorisés par la loi, consiste à statuer sur des différends concrets, et non à se prononcer sur des questions générales de droit malgré l’inexistence d’un « litige actuel » : *Cadeddu*, précité, p. 116, et *Borowski*, précité, p. 362.

Quoi qu’il en soit, la rareté des cas dans lesquels il serait justifié d’entendre un appel théorique n’est pas une raison pour exclure cette possibilité. La même hésitation à permettre qu’un appel théorique suive son cours est observée en matière civile.

D. *Le critère applicable à l’exercice du pouvoir discrétionnaire*

Borowski fait état des trois principales « assises » de la « politique ou de la pratique » régissant la poursuite des appels théoriques :

- a) l’existence d’un véritable débat contradictoire;
- b) l’existence de circonstances particulières justifiant l’affectation de ressources limitées du tribunal au règlement des appels théoriques;
- c) la volonté exprimée par les tribunaux de s’en tenir à leur véritable fonction juridictionnelle plutôt que de se prononcer sur des questions de type législatif autonomes.

La Cour a précisé que ces trois « raisons d’être » n’étaient pas exhaustives (p. 358) et qu’il ne s’agissait pas non plus d’un processus « mécanique » (p. 363), mais que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire « de façon judiciaire selon les principes établis » (p. 358).

Dans *Adams*, précité, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d’entendre l’appel théorique parce que, selon le juge Sopinka, il était « dans l’intérêt public » de le faire (p. 719).

Jetté, supra, made no reference to *Borowski* or *Adams* or to the more general principles developed to deal with moot appeals, but the factors mentioned by the Quebec Court of Appeal are compatible with those principles, namely:

1. that there are serious grounds of appeal;
2. that the verdict carried with it significant consequences for the party seeking to continue the proceedings;
3. that it is in the interests of justice to do so.

The fundamental criterion is “the interests of justice”. The two preliminary *Jetté* factors can be subsumed in the “interests of justice”, which is a broad and flexible concept, and deliberately chosen on that account. *Borowski* supplies the principled framework within which “the interests of justice” can be evaluated.

It is apparent that if there are no “serious grounds of appeal”, the appeal should be abated. Equally, under the second *Jetté* factor, where a verdict carries no significant consequences for the party seeking to continue it, a court should not exercise its discretion in favour of continuing the appeal. However, this factor will, in most cases, be self-fulfilling. If there were no significant consequences for the survivors, they would be unlikely to resist the Crown’s motion to quash the appeal.

The second *Jetté* factor is nevertheless a useful reminder of the need to differentiate between the potential benefits of the appeal to the original appellant, who can no longer be comforted, and the collateral consequences or potential benefits, if any, to those who have survived him or her, and to the public.

Reference to the “significant consequences for the party seeking to continue the proceedings” may, in some senses, be both too narrow and too broad. It may be too narrow because the consequences to the public may be as important, if not more so, as those

Dans *Jetté*, précité, nul renvoi n’est fait à *Borowski* ou à *Adams*, non plus qu’aux principes plus généraux qui sont élaborés pour régler le sort des appels théoriques, mais les facteurs invoqués par la Cour d’appel du Québec sont conciliables avec ces principes, à savoir :

1. il existe des motifs d’appel sérieux;
2. le verdict a eu des conséquences importantes pour la partie qui demande la poursuite de l’instance;
3. il est dans l’intérêt de la justice de poursuivre l’instance.

Le critère fondamental est celui de « l’intérêt de la justice ». Les deux facteurs préliminaires énoncés dans *Jetté* peuvent être subsumés sous l’« intérêt de la justice », une notion à la fois large et souple, retenue justement pour cette raison. *Borowski* fournit le cadre d’analyse fondé sur des principes qui permet de soupeser « l’intérêt de la justice ».

Il est clair que, faute de « motifs d’appel sérieux », l’appel doit être arrêté. De même, selon le deuxième facteur énoncé dans *Jetté*, lorsqu’un verdict n’a pas de conséquences importantes pour la partie qui demande la poursuite de l’instance, la cour ne doit pas exercer son pouvoir discrétionnaire de faire droit à la demande. Toutefois, dans la plupart des cas, ce facteur produira lui-même ses effets. De toute évidence, s’il n’y a pas de conséquences importantes pour la famille du défunt, il est improbable que celle-ci s’oppose à la requête en annulation de l’appel présentée par le ministère public.

Le deuxième facteur énoncé dans *Jetté* rappelle cependant à juste titre la nécessité de distinguer entre les avantages éventuels de l’appel pour l’appelant initial, qui ne peut plus être réconforté, et les conséquences accessoires ou les avantages éventuels, s’il en est, pour ses proches et pour le public.

La formulation « conséquences importantes pour la partie qui demande la poursuite de l’instance » peut, à certains égards, être à la fois trop restrictive et trop générale. Elle peut être trop restrictive en ce que les conséquences pour le public peuvent être

41

42

43

44

motivating the survivors of the deceased appellant seeking to continue the appeal: *R. v. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459 (C.A.).

45 Viewed in another light, the second *Jetté* factor could also be seen as too broad, because any criminal conviction potentially carries significant consequences in a subjective sense in the eyes of the executor, or personal representative, and members of the family of the deceased. In the present appeal, for example, counsel for the appellant argues that murder is the most serious of criminal offences and carries with it a stigma that imposed a burden not only on the deceased but on his family. Yet most serious crimes carry a stigma, and if that, combined with serious grounds of appeal, were sufficient, the continuation of the appeal of a dead appellant would become the rule rather than the exception in criminal matters. Conviction of almost any offence involving sexual abuse or fraud, for example, attracts stigma, and could also be expected to agitate a supportive family.

46 It is “the interests of justice” on which Wells C.J.N.L. laid his emphasis, and I think he was correct to do so. This was clearly the primary consideration of Fish J.A. in *Jetté*. The “interests of justice” test captures the flexibility urged by Sopinka J. in *Borowski* (at p. 358). It signals the need not to be too dogmatic about the various criteria for its application. The exercise of the court’s discretion should turn on a consideration of all the relevant circumstances, keeping in mind the general rule that in the overwhelming number of cases the death of the appellant abates his or her appeal leaving the conviction intact.

47 In *Jetté*, the “interests of justice” test was clearly satisfied. The grounds of appeal were not only serious, but overwhelming. The Quebec Court of Appeal was confronted with fresh evidence that suggested the factual innocence of the convicted offender. The opportunity to clear the name of the deceased appellant was of major significance to his family, and their determination to establish his

aussi importantes, sinon plus, que celles qui incitent la succession à demander la poursuite de l’appel : *R. c. Yarema* (1991), 3 O.R. (3d) 459 (C.A.).

Vu dans une autre perspective, le deuxième facteur énoncé dans *Jetté* peut également être jugé trop général du fait que toute déclaration de culpabilité peut avoir des conséquences importantes, subjectivement parlant, aux yeux de l’exécuteur testamentaire ou du représentant personnel, ainsi que des membres de la famille du défunt. En l’espèce, par exemple, l’avocat de l’appellant fait valoir que le meurtre est l’infraction criminelle la plus grave et qu’il stigmatise non seulement le délinquant, mais aussi sa famille. Or, la plupart des actes criminels graves marquent leurs auteurs du sceau de l’infamie; si cette conséquence, jumelée à l’existence de motifs d’appel sérieux, était suffisante, la poursuite de l’instance en appel malgré le décès de l’appellant deviendrait la règle, et non l’exception, en matière criminelle. Dans presque tous les cas, une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle ou fraude, par exemple, inflige un stigmate et est également susceptible de perturber les proches qui sont une source de réconfort.

Le juge en chef Wells a mis l’accent sur « l’intérêt de la justice », et je crois qu’il a eu raison de le faire. Il est clair que c’est la considération première du juge Fish dans *Jetté*. Le critère de l’« intérêt de la justice » illustre bien la souplesse préconisée par le juge Sopinka dans *Borowski* (p. 358). Il dénote la nécessité de ne pas pécher par excès de dogmatisme quant aux diverses conditions de son application. Pour l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit tenir compte de tous les faits pertinents et se rappeler que, dans la très grande majorité des cas, le décès de l’appellant emporte l’arrêt de l’appel et le maintien de la déclaration de culpabilité.

Dans *Jetté*, le critère de l’« intérêt de la justice » est clairement respecté. Les motifs d’appel sont non seulement sérieux, mais irrésistibles. La Cour d’appel du Québec est saisie d’une preuve nouvelle selon laquelle la personne déclarée coupable est en fait innocente. La possibilité de laver la réputation du défunt revêtait une importance capitale pour sa famille, et la détermination de cette dernière à

factual innocence supplied the adversarial context. In the presence of such an apparent miscarriage of justice, “scarce judicial resources” could seldom be a disqualifying consideration. The issues surrounding the perjured testimony were quintessentially for the courts, not the legislature, to resolve. For the court to have declined to look into a serious abuse of its own process would clearly not have been “in the interests of justice”.

Jetté raised issues of broad public importance concerning police conduct and a potential systemic failure in the justice system, as well as the spectre of a serious injustice to the deceased and his family. In other words, continuance of the appeal had important collateral consequences above and beyond the potential impact on the verdict itself.

The existence of such collateral consequences for the administration of justice, quite apart from the interest of the particular convicted individual or his family, is an important consideration. In *Morin v. National SHU Review Committee*, [1985] 1 F.C. 3 (C.A.), for example, a legal point arose which recurs with some frequency but, due to the nature of the proceedings in which it generally arises, is ordinarily evasive of appellate review. In such cases, assuming the existence of a proper adversarial context, a court may consider it to be a good use of judicial resources to resolve the legal controversy if it is otherwise “in the interests of justice” to proceed. Such was the case in *Adams, supra*, where the Court dealt with an appeal of revocation of a publication ban in the knowledge that such bans are frequently spent before appeals can be exhausted. A moot appeal may also raise questions about systemic failures in the justice system, as with the allegation of police brutality in *Jetté*, which transcend the interests of the immediate parties, and may justify the continuation of the appeal provided the appropriate adversarial context exists.

prouver l’innocence de l’appelant dénote l’existence d’un débat contradictoire. En présence d’une telle probabilité d’erreur judiciaire, le facteur des « ressources limitées du tribunal » peut rarement militer contre la poursuite de l’instance. La question du parjure relève essentiellement du tribunal, et non du législateur. Le tribunal n’aurait clairement pas agi « dans l’intérêt de la justice » si elle avait refusé de se pencher sur un grave abus de sa propre procédure.

L’affaire *Jetté* soulève des questions de grande importance pour le public quant à la conduite des policiers et à la possibilité d’une défaillance systémique du système de justice; elle évoque aussi le spectre d’une grave injustice à l’égard du défunt et de sa famille. En d’autres termes, la poursuite de l’appel avait d’importantes conséquences accessoires en plus de son éventuelle incidence sur la déclaration de culpabilité comme telle.

Indépendamment de l’intérêt de l’individu reconnu coupable ou de sa famille, l’existence de telles conséquences accessoires pour l’administration de la justice constitue une considération importante. Par exemple, l’affaire *Morin c. Comité national chargé de l’examen des cas d’USD*, [1985] 1 C.F. 3 (C.A.), pose une question de droit qui refait périodiquement surface mais qui, vu la nature de l’instance dans le cadre de laquelle elle est généralement soulevée, échappe d’ordinaire à la révision en appel. En pareil cas, en supposant l’existence d’un débat contradictoire approprié, une cour de justice pourrait juger opportun d’affecter ses ressources au règlement de la question en litige s’il est par ailleurs « dans l’intérêt de la justice » de poursuivre l’instance. Tel était le cas dans *Adams*, précité, où la Cour a entendu l’appel d’une ordonnance qui levait une interdiction de publication tout en sachant fort bien qu’une telle interdiction perd souvent toute utilité avant que les recours en appel n’aient été épuisés. Un appel théorique peut également soulever des questions concernant des défaillances systémiques du système de justice (par exemple, la brutalité policière alléguée dans l’affaire *Jetté*) qui transcendent les intérêts des parties à l’instance et peuvent justifier la poursuite de l’instance s’il existe un débat contradictoire approprié.

48

49

50

In summary, when an appellate court is considering whether to proceed with an appeal rendered moot by the death of the appellant (or, in a Crown appeal, the respondent), the general test is whether there exists special circumstances that make it “in the interests of justice” to proceed. That question may be approached by reference to the following factors, which are intended to be helpful rather than exhaustive. Not all factors will necessarily be present in a particular case, and their strength will vary according to the circumstances:

1. whether the appeal will proceed in a proper adversarial context;
2. the strength of the grounds of the appeal;
3. whether there are special circumstances that transcend the death of the individual appellant/respondent, including:
 - (a) a legal issue of general public importance, particularly if it is otherwise evasive of appellate review;
 - (b) a systemic issue related to the administration of justice;
 - (c) collateral consequences to the family of the deceased or to other interested persons or to the public;
4. whether the nature of the order which could be made by the appellate court justifies the expenditure of limited judicial (or court) resources to resolve a moot appeal;
5. whether continuing the appeal would go beyond the judicial function of resolving concrete disputes and involve the court in free-standing, legislative-type pronouncements more properly left to the legislature itself.

En résumé, lorsqu’une cour d’appel se demande s’il y a lieu de poursuivre une instance devenue théorique par suite du décès de l’appelant (ou de l’intimé, dans le cas d’un appel interjeté par le ministère public), le critère général applicable consiste à se demander si des circonstances spéciales font en sorte qu’il est dans « l’intérêt de la justice » de le faire. Les facteurs suivants, qui se veulent plutôt utiles qu’exhaustifs, peuvent alors être pris en considération. Tous les facteurs ne seront pas nécessairement présents dans une affaire donnée, et le poids qu’il convient de leur attribuer variera selon les circonstances :

1. l’existence d’un débat contradictoire approprié à la poursuite de l’instance en appel;
2. le sérieux des motifs d’appel;
3. l’existence de circonstances spéciales qui transcendent le décès de l’appelant ou de l’intimé, dont :
 - a) une question de droit d’intérêt général, particulièrement s’il s’agit d’une question qui échappe ordinairement à l’examen en appel;
 - b) une question de nature systémique ayant trait à l’administration de la justice;
 - c) les conséquences accessoires pour la famille du défunt, tout autre intéressé ou le public;
4. la question de savoir si la nature de l’ordonnance que pourrait rendre la cour d’appel justifie l’affectation de ses ressources limitées au règlement d’un appel théorique;
5. la question de savoir si, en poursuivant l’instance en appel, la cour n’excède pas la fonction judiciaire, qui est de trancher des différends concrets, et est amenée à se prononcer sur des questions de type législatif autonomes qu’il vaut mieux laisser au législateur.

51

What is necessary is that, at the end of the day, the court weigh up the different factors relevant to a particular appeal, some of which may favour continuation and others not, to determine whether in

Au bout du compte, la cour doit sopeser avec soin les différents facteurs pertinents, dont certains peuvent militer en faveur de la poursuite de l’instance et d’autres non, pour décider si dans l’appel

the particular case, notwithstanding the general rule favouring abatement, it is in the interests of justice to proceed.

E. *Application of This Test to the Facts of the Present Appeal*

I propose to address separately the different considerations mentioned earlier, bearing in mind that no one factor is necessarily dispositive, and all must be weighed together.

1. Adversarial Context

Counsel for the Smith family has amply demonstrated that, if the appeal were allowed to proceed, it would do so in a proper adversarial context. This factor thus supports continuation.

2. Grounds of Appeal

The grounds of appeal are “serious” in the sense that a court could have determined in Smith’s lifetime that a new trial would be the correct result. The grounds, essentially, are that the inculpatory statements were improperly obtained in violation of his *Charter* rights to counsel (s. 10(b)) and to remain silent (s. 7), and ought therefore to have been excluded (s. 24(2)). On this point, reliance is placed on the principles outlined in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38. As to the jail house confession, the argument is that jail house informants are notoriously unreliable, and the evidence here was admitted without proper scrutiny: *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11. In any event, no *Vetrovec* warning was given to the jury about the frailties of alleged jail house confessions: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. It is also contended that the trial judge’s jury instruction in 1985 did not comply with the guidelines set out in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, decided 12 years later.

The submissions made on behalf of the Smith family can be put no higher than some good

en question il est dans l’intérêt de la justice de poursuivre l’instance même si la règle générale est en faveur de son arrêt.

E. *Application de ce critère aux faits de l’espèce*

Je propose d’aborder séparément les différents facteurs mentionnés plus haut, gardant présent à l’esprit qu’aucun facteur, à lui seul, n’est nécessairement déterminant et qu’il faut les soupeser ensemble.

1. Débat contradictoire

L’avocat de la famille Smith a largement établi que, si l’appel suivait son cours, ce serait dans le contexte d’un débat contradictoire approprié. Ce facteur appuie la poursuite de l’instance.

2. Motifs d’appel

Les motifs d’appel sont « sérieux » en ce sens qu’un tribunal aurait pu conclure, du vivant de M. Smith, que la tenue d’un nouveau procès s’imposait. Les motifs invoqués sont essentiellement que les déclarations inculpatives ont été obtenues au mépris des droits garantis à l’accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés* d’avoir recours à l’assistance d’un avocat (al. 10b)) et de garder le silence (art. 7), et auraient donc dû être écartées (par. 24(2)). On s’appuie à cet égard sur les principes dégagés dans *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38. En ce qui concerne l’aveu fait en prison, l’avocat soutient que les témoignages des indicateurs sont généralement peu dignes de foi et que, en l’espèce, le témoignage a été admis en preuve sans faire l’objet d’un examen approprié : *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11. Quoi qu’il en soit, aucune mise en garde de type *Vetrovec* n’a été faite au jury au sujet de la fragilité des aveux faits en prison : *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. On soutient également que les directives que le juge du procès a données au jury en 1985 ne sont pas conformes aux lignes directrices établies dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, arrêt rendu 12 ans plus tard.

Les arguments présentés au nom de la famille Smith sont constitués au mieux de thèses

52

53

54

55

arguable points. Unlike *Jetté*, there is no application to adduce fresh evidence. The most defence counsel can say is that if he were now given access to the police records, he *might* discover evidence helpful to the defence.

3. Special Circumstances

56 On first impression (as the merits were not argued before us), it is not at all obvious that this appeal reveals a miscarriage of justice. The special circumstance urged by counsel for the Smith family is the failure of the legal system to respond adequately and in a timely manner to the attempt of the deceased appellant “to clear his name” in his lifetime. There is no proper explanation on the record of the failure of those responsible to have the appeal heard in the nine years between his conviction in February 1985 and his death in February 1994. The written correspondence between the appellant and his various lawyers, reviewed in the careful judgment of Wells C.J.N.L., demonstrates that Smith did everything in his power to move his appeal ahead. Brian Joseph Smith undoubtedly deserved his day in the Court of Appeal, and the denial of that opportunity, plus the possibility that he could in the end have cleared his name, properly grieves his family. However, as Wells C.J.N.L. pointed out, it would not be within the mandate of an appellate court hearing the merits of this appeal to get to the bottom of the causes of the procedural delays in getting on with the appeal. It is not alleged that there is systemic delay in the hearing of appeals in Newfoundland and Labrador.

57 At the core of the appeal lie the *Charter* arguments concerning the admissibility of Smith’s out-of-court statements to the police. There is nothing exceptional about the “consequences” to the Smith family that would flow from resolution of these legal points.

58 There are no other issues of broader public importance or other collateral consequences of the verdict to justify the hearing of this appeal.

défendables. Contrairement à l’affaire *Jetté*, l’autorisation de présenter une preuve nouvelle n’est pas demandée. L’avocat de la défense peut prétendre, tout au plus, que s’il avait maintenant accès aux dossiers de la police, il pourrait *peut-être* découvrir une preuve utile à la défense.

3. Circonstances spéciales

De prime abord (le fond n’ayant pas été débattu devant la Cour), il n’est pas du tout évident qu’une erreur judiciaire a été commise en l’espèce. La circonstance spéciale invoquée par l’avocat de la famille Smith est que le système de justice n’a pas donné suite convenablement et dans un délai raisonnable à la démarche entreprise par le défunt appellant « pour laver sa réputation » de son vivant. Aucun élément du dossier n’explique que l’appel n’ait pas été entendu au cours des neuf années qui se sont écoulées entre la déclaration de culpabilité en février 1985 et le décès en février 1994. Il ressort de la correspondance entre l’appellant et ses différents avocats, que le juge en chef Wells a examinée attentivement dans ses motifs, que M. Smith a fait tout ce qu’il pouvait pour faire progresser l’instance. Nul doute que Brian Joseph Smith méritait d’être entendu en Cour d’appel, et cette occasion ratée, de même que l’impossibilité de laver sa réputation, désolent sa famille à juste titre. Cependant, comme le juge en chef Wells l’a signalé, il n’appartient pas à une cour d’appel d’entendre ce pourvoi sur le fond pour déterminer ce qui a bien pu ralentir la procédure d’appel en l’espèce. On n’a pas allégué l’existence d’un retard systémique en ce qui a trait à l’audition des appels à Terre-Neuve-et-Labrador.

Au cœur du pourvoi se trouvent les arguments fondés sur la *Charte* concernant l’admissibilité des déclarations faites hors cour par M. Smith à la police. Les « conséquences » pour la famille Smith qui découleraient du règlement des questions de droit n’ont rien d’exceptionnel.

Aucune autre question de plus grande importance pour le public ni aucune autre conséquence accessoire du verdict ne justifient l’audition de l’appel.

4. Investment of Judicial (Court) Resources

In my view, the fact that, even if successful, the outcome of the appeal would be inconclusive is a factor that militates against its continuation. Defence counsel concedes that, on the record, the proper order would be a new trial, not an acquittal. Smith cannot be fully vindicated because the issue of guilt or innocence can never be retried. The stigma may be reduced if the conviction were set aside, which would be of some comfort to his family, but the late Brian Joseph Smith's name cannot now be fully cleared in a judicial process because his name would remain subject to the charges against him.

5. Judicial Role

There is no concern that continuation of this appeal would invade the law-making function of the legislature.

In summary, the insurmountable problem for members of the Smith family is not that continuation of the appeal would run afoul of some positive limitation on the court's jurisdiction or discretion, but that not enough can be said to differentiate this appeal from the general run of cases where an appellant has died to justify the exercise of the court's discretion in their favour. Weighing all of the factors together, some of which militate in favour of continuation of the appeal but most of which do not, the Court of Appeal properly concluded that this is not one of those "exceptional" cases in which its discretion should be exercised in favour of a continuation.

I should add a final observation. This appeal did not proceed before the Newfoundland and Labrador Court of Appeal until nine years after Smith's death. One reason for this delay, counsel explained, is that until *Jetté* was decided, he had little case law to support his argument for a continuation of the appeal. However, the same jurisprudential dilemma confronted counsel in *Jetté*, who moved expeditiously notwithstanding the mootness obstacle, and won.

4. Affectation des ressources du tribunal

Selon moi, le fait que l'issue du pourvoi, même s'il est accueilli, n'est pas concluant est un facteur qui milite contre la poursuite de l'instance. L'avocat de la défense reconnaît que, au vu du dossier, l'ordonnance qui s'imposerait est la tenue d'un nouveau procès, et non l'acquittal. M. Smith ne peut être entièrement blanchi, car la question de sa culpabilité ou de son innocence ne pourra jamais faire l'objet d'un nouveau procès. Le stigmate serait moindre si la condamnation était écartée, ce qui pourrait apporter un certain réconfort à sa famille, mais feu Brian Joseph Smith ne pourra plus laver entièrement son nom dans le cadre d'une procédure judiciaire, car son nom serait toujours lié aux accusations portées contre lui.

5. Fonction judiciaire

Il n'est pas à craindre que la poursuite de l'instance en appel empiète sur la fonction législative.

En résumé, les membres de la famille Smith sont aux prises avec une difficulté insurmontable, non pas parce que la poursuite de l'instance en appel irait à l'encontre d'une véritable restriction de la compétence ou du pouvoir discrétionnaire de la cour, mais bien parce que les faits de l'espèce ne se démarquent pas suffisamment des affaires similaires pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour en leur faveur. Soupesant ensemble tous ces facteurs, dont certains militent en faveur de la poursuite de l'instance en appel, mais dont la plupart vont dans le sens contraire, la Cour d'appel a conclu à bon droit qu'il ne s'agit pas d'un de ces cas « exceptionnels » où il faut exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel.

Je me permets une dernière observation. La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador n'a entendu l'appel que neuf ans après le décès de M. Smith. Selon l'avocat, l'une des raisons de ce retard est qu'avant l'arrêt *Jetté*, il était difficile d'étayer la thèse favorable à la poursuite de l'instance en appel. Cependant, le même dilemme jurisprudential s'impose à l'avocat dans l'affaire *Jetté*, qui a agi avec diligence malgré l'obstacle que présente le caractère

59

60

61

62

The law seeks to promote finality. Appeals pending at an appellant's death should be proceeded with promptly. Failure to do so for an extended period (as here) could be a factor against the exercise of the court's discretion.

III. Disposition

63 There is no reason in this case to interfere with the discretion exercised by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal. In my view, accordingly, the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Simmonds, Kennedy, St. John's, Nfld.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, St. John's, Nfld.

Solicitor for the intervener: Ministry of the Attorney General, Toronto.

théorique, et a gagné. Le droit tend à promouvoir le principe du caractère définitif. Il faut régler sans délai l'appel en instance lors du décès de l'appelant. L'omission d'agir avec célérité, comme c'est le cas ici, pourrait militer contre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour.

III. Dispositif

En l'espèce, aucun motif ne justifie l'intervention de la Cour à l'encontre du pouvoir discrétionnaire exercé par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Simmonds, Kennedy, St. John's, T.-N.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, St. John's, T.-N.

Procureur de l'intervenant : Ministère du Procureur général, Toronto.