

**Her Majesty The Queen** *Applicant*

v.

**Patrick Kelly** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KELLY

Neutral citation: 2001 SCC 25.

File No.: 28007.

2000: October 2; 2001: April 20.

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

MOTION TO QUASH AN APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

*Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Reference to Court of Appeal — Accused applying to Supreme Court for leave to appeal decision of Court of Appeal on reference under s. 690 of Criminal Code — Whether Court of Appeal provided only an opinion under s. 690(c) of Code — Whether Crown's motion to quash application for leave should be granted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 690(b), (c).*

The accused was convicted of first degree murder in 1984. In 1993, he applied to the federal Minister of Justice to have his conviction reviewed on the basis of fresh evidence. By way of reference to the Ontario Court of Appeal pursuant to s. 690 of the *Criminal Code*, the Minister requested an opinion as to whether the fresh evidence would be admissible on appeal; if so, the case would be referred to the Court of Appeal to be determined as if it were an appeal by the accused on the issue of fresh evidence. The majority of the Court of Appeal concluded that the fresh evidence would not be admissible on appeal. The accused sought leave to appeal to this Court but the Crown brought a motion to quash the application for leave to appeal.

*Held* (Arbour J. dissenting): The motion should be granted and the application for leave to appeal quashed.

**Sa Majesté la Reine** *Requérante*

c.

**Patrick Kelly** *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. KELLY

Référence neutre : 2001 CSC 25.

N° du greffe : 28007.

2000 : 2 octobre; 2001 : 20 avril.

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

REQUÊTE EN ANNULATION D'UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

*Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Renvoi devant la Cour d'appel — L'accusé fait une demande d'autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême contre la décision de la Cour d'appel sur le renvoi fait en vertu de l'art. 690 du Code criminel — La Cour d'appel a-t-elle fourni seulement une opinion en vertu de l'art. 690(c) du Code? — La requête en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi présentée par le ministère public doit-elle être accueillie? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 690(b), c).*

L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré en 1984. En 1993, il demande au ministre de la Justice le réexamen de sa condamnation compte tenu des nouveaux éléments de preuve. Par renvoi devant la Cour d'appel de l'Ontario en vertu de l'art. 690 du *Code criminel*, le ministre demande une opinion sur la question de savoir si les nouveaux éléments de preuve seraient admissibles en appel; dans l'affirmative, l'affaire serait renvoyée devant la Cour d'appel pour décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par l'accusé sur la question des nouveaux éléments de preuve. La Cour d'appel conclut à la majorité que les nouveaux éléments de preuve ne seraient pas admissibles en appel. L'accusé sollicite une autorisation de pourvoi auprès de notre Cour, mais le ministère public présente une requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi.

*Arrêt* (le juge Arbour est dissidente) : La requête est accueillie et la demande d'autorisation de pourvoi est annulée.

*Per Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.:* The Court of Appeal was asked to provide only an opinion to assist the Minister of Justice in coming to a final determination. Since an opinion is not a final judgment from a legal proceeding, no appeal to this Court is available. The procedures described in paras. (b) and (c) of s. 690 of the *Code* are separate. Under para. (b), the Minister may refer a matter to a court of appeal for hearing and determination; under para. (c), a question is referred to the court of appeal for its opinion. While the Minister may elect to have a court of appeal act under both paragraphs together, the request in this case did not meld para. (c) with para. (b). It is clear that the court was asked to undertake the para. (b) determination only if it concluded that there was admissible evidence. As the majority of the Court of Appeal concluded that there was no admissible evidence, it did not move to para. (b). That the dissenting judge did go on to consider the para. (b) issue does not change the fact that the court, *per se*, provided only a para. (c) opinion.

*Per Arbour J. (dissenting):* The majority's interpretation of the reference question places undue emphasis on the form of the question rather than giving due consideration to both its form and substance. Since the substance of the reference question involved a consideration at both stages of the admissibility of the fresh evidence and of its effects if admitted, the decision rendered by the Court of Appeal was a decision that either the Crown or the accused may appeal. The Court of Appeal's "opinion" under s. 690(c) on the admissibility of the fresh evidence is inseparable from its determination of the appeal under s. 690(b). Given the conclusion that both paras. (b) and (c) of s. 690 were engaged, it follows that the decision on the reference is a "judgment" within the meaning of the *Supreme Court Act*, from which leave to appeal may be sought. Furthermore, in this case, s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* applies and the appeal to this Court is as of right. The response of the Court of Appeal to both questions was a judgment affirming a conviction with a dissent on a question of law.

### Cases Cited

By Major J.

**Distinguished:** *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209, [1965] 3 C.C.C. 285; *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32.

*Les juges Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie :* On a demandé à la Cour d'appel de fournir seulement une opinion afin d'aider le ministre de la Justice à prendre une décision finale. Étant donné qu'une opinion n'est pas un jugement final portant sur une procédure judiciaire, elle n'est pas susceptible d'appel auprès de notre Cour. Les procédures visées aux al. 690(b) et c) du *Code* sont distinctes. En vertu de l'al. b), le ministre peut renvoyer une cause devant une cour d'appel pour audition et décision; en vertu de l'al. c), il peut renvoyer toute question devant la cour d'appel pour connaître son opinion. Même si le ministre peut décider de demander à la cour d'appel d'agir en vertu des deux alinéas, la demande en l'espèce ne combine pas les al. c) et b). Il est clair qu'on a demandé à la cour de rendre la décision prévue à l'al. b) seulement si elle conclut qu'il y a des éléments de preuve admissibles. Étant donné que la Cour d'appel, à la majorité, a conclu à l'inadmissibilité des éléments de preuve, elle n'a pas abordé l'al. b). Le fait que le juge dissident ait ensuite examiné la question de l'al. b) ne change rien au fait que la cour, en soi, n'a fourni qu'une opinion en vertu de l'al. c).

*Le juge Arbour (dissidente) :* L'interprétation, par la majorité, de la question du renvoi repose trop sur la forme de la question, au lieu de tenir dûment compte à la fois de la forme et du fond de la question. Vu que, essentiellement, le renvoi demande l'examen, aux deux étapes, de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve et de leur incidence s'ils étaient admis, la décision de la Cour d'appel est une décision dont autant le ministère public que l'accusé peuvent interjeter appel. L'« opinion » fournie par la Cour d'appel en vertu de l'al. 690(c) sur l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve est indissociable de la décision qu'elle rend en vertu de l'al. 690(b). Vu la conclusion que les al. 690(b) et c) sont mis en cause, la décision concernant le renvoi constitue un « jugement » au sens de la *Loi sur la Cour suprême*, à l'égard duquel on peut chercher à obtenir une autorisation de pourvoi. De plus, en l'espèce, l'al. 691(1)a) du *Code criminel* s'applique et l'appel interjeté auprès de notre Cour est un appel de plein droit. La réponse de la Cour d'appel aux deux questions constitue un jugement confirmant une déclaration de culpabilité et comportant une dissidence sur une question de droit.

### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Distinction d'avec les arrêts :** *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209; *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32.

By Arbour J. (dissenting)

*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209; *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32, aff'g (1998), 131 C.C.C. (3d) 72.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 686(1)(b)(iii), 690, 691(1)(a), (b) [rep. & sub. c. 34 (3rd Supp.), s. 10].  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

MOTION to quash an application for leave to appeal from an opinion of the Ontario Court of Appeal (1999), 122 O.A.C. 201, 135 C.C.C. (3d) 449, [1999] O.J. No. 1781 (QL), in the matter of a reference by the Minister of Justice pursuant to s. 690 of the *Criminal Code* concerning the admissibility of new evidence. Motion granted, Arbour J. dissenting.

*Paul S. Lindsay, David Finley and Alexander Alvaro*, for the applicant.

*Delmar Doucette*, for the respondent.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MAJOR J. — This is a motion by the Attorney General for Ontario to quash Patrick Kelly's application for leave to appeal to this Court. In my opinion the Court of Appeal was asked to provide only an opinion, to assist the Minister of Justice in coming to a final determination. The opinion is not a final judgment from a legal proceeding and no appeal to this Court is available.

Kelly was convicted of first degree murder in 1984. In 1993 he learned of a possible recantation by a key witness and of new evidence relating to a re-enactment performed during the trial. He applied to the Minister of Justice to have his conviction reviewed in light of this new evidence. In

Citée par le juge Arbour (dissidente)

*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209; *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32, conf. (1998), 131 C.C.C. (3d) 72.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii), 690, 691(1)(a), b) [abr. & rempl. ch. 34 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 10].  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1), 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].

REQUÊTE en annulation d'une demande d'autorisation de pourvoi contre une opinion de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 122 O.A.C. 201, 135 C.C.C. (3d) 449, [1999] O.J. No. 1781 (QL), dans l'affaire d'un renvoi fait par le ministre de la Justice en vertu de l'art. 690 du *Code criminel* concernant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve. Requête accueillie, le juge Arbour est dissidente.

*Paul S. Lindsay, David Finley et Alexander Alvaro*, pour la requérante.

*Delmar Doucette*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR — Il s'agit d'une requête du procureur général de l'Ontario en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi présentée par Patrick Kelly auprès de notre Cour. Selon moi, on a demandé à la Cour d'appel de fournir seulement une opinion, afin d'aider le ministre de la Justice à prendre une décision finale. L'opinion n'est pas un jugement final portant sur une procédure judiciaire et n'est pas susceptible d'appel auprès de notre Cour.

Kelly a été déclaré coupable de meurtre au premier degré en 1984. En 1993, il apprend qu'un témoin important s'est peut-être rétracté et qu'il y a de nouveaux éléments de preuve relatifs à la reconstitution effectuée lors du procès. Il demande au ministre de la Justice le réexamen de sa déclara-

1996, the Minister of Justice referred the matter to the Court of Appeal for Ontario, requesting an opinion as to whether the new evidence was admissible, and if it was, to then proceed to deal with its effect. A majority (Goudge J.A. dissenting) concluded that the new evidence was not admissible: (1999), 122 O.A.C. 201. Subsequently, the Minister of Justice determined nothing further remained and notified Kelly to that effect. Kelly sought leave to appeal to the Supreme Court of Canada.

3 The applicant Crown brought this motion to quash the application for leave to appeal, claiming that the Court of Appeal issued an advisory opinion only, and that that opinion was not a judicial proceeding.

4 The provision governing the reference to the court of appeal is s. 690 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46:

**690.** The Minister of Justice may, on an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

5 The question is whether the procedures described in paras. (b) and (c) are separate. I will refer to them as the “para. (c) opinion” and the “para. (b) determination”.

tion de culpabilité à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve. En 1996, le ministre de la Justice renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario, pour connaître son opinion sur la question de savoir si les nouveaux éléments de preuve sont admissibles et, dans l'affirmative, lui demander d'en examiner l'effet. La majorité (le juge Goudge étant dissident) conclut à l'inadmissibilité des nouveaux éléments de preuve : (1999), 122 O.A.C. 201. Par la suite, le ministre de la Justice estime qu'il ne reste rien d'autre à faire et en informe Kelly. Ce dernier sollicite une autorisation de pourvoi auprès de la Cour suprême du Canada.

Le demandeur, le ministère public, présente la requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi au motif que la Cour d'appel a émis une opinion consultative seulement et que l'opinion n'est pas une procédure judiciaire.

La disposition régissant le renvoi devant la Cour d'appel est l'art. 690 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 :

**690.** Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut :

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;

b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;

c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

La question consiste à savoir si les procédures visées aux al. b) et c) sont distinctes. Je les désignerai comme étant « l'opinion prévue à l'al. c) » et « la décision prévue à l'al. b) ».

The *Criminal Code* separates para. (c) and para. (b) and so keeps them distinct. The provision does not provide that the Minister on referral requests the court of appeal to give both its advisory opinion and its determination as if the matter were an appeal. To the contrary, the language of s. 690 indicates that the two procedures are alternatives.

The Minister may elect to have the court of appeal act under paras. (b) and (c), separately or together. What was his request in this case?

The answer lies in the Minister of Justice's letter of November 25, 1996, where he referred the matter under s. 690, with the request that the court review the matter under para. (c), and only if the new evidence was admissible was it to proceed under para. (b). The Minister wrote:

The unique circumstances of this case require me to obtain the opinion of the Court of Appeal for Ontario pursuant to paragraph 690(c) of the *Criminal Code*. . .

If the Court of Appeal for Ontario concludes, in answer to the questions I have referred to the Court, that the new information . . . would be admissible on appeal, I am satisfied that in those circumstances it would be an appropriate exercise of my discretion under paragraph 690(b) of the *Criminal Code* to refer the matter to the Court of Appeal for Ontario for hearing and determination by that Court as if it were an appeal by the Applicant. . .

Accordingly, pursuant to paragraph 690(c) of the *Criminal Code*, I do hereby respectfully refer to the Court of Appeal for Ontario for its opinion . . . [two questions regarding the admissibility of new evidence]. [Emphasis added.]

The request in this case did not meld the para. (c) opinion with the para. (b) determination. It is clear that the court was asked to undertake the para. (b) determination only if it concluded that there was admissible evidence. This was a sequential assignment: the court was asked "look at C, but look at B only if you answer 'yes' to C". As the Court of appeal concluded there was no admissible evidence, it did not move to para. (b). The Minister's request made a distinction between the para. (c) opinion and the para. (b) determination,

Le *Code criminel* sépare les al. c) et b) et en conserve la distinction de cette façon. La disposition ne prévoit pas que le ministre demande par renvoi à la cour d'appel de donner son opinion consultative et de rendre sa décision comme s'il s'agissait d'un appel. Au contraire, la formulation de l'art. 690 indique que les deux procédures constituent des options distinctes.

Le ministre peut décider de demander à la cour d'appel d'agir en vertu des al. b) et c), ou de l'un ou l'autre. Quelle est sa demande en l'espèce?

La réponse se trouve dans la lettre du 25 novembre 1996 du ministre de la Justice, où en vertu de l'art. 690 il renvoie l'affaire devant la cour, lui demandant de l'examiner aux termes de l'al. c) et, seulement si les nouveaux éléments de preuve sont admissibles, de procéder conformément à l'al. b) :

[TRADUCTION] Les circonstances exceptionnelles de la présente affaire exigent que j'obtienne l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario en vertu de l'alinéa 690c) du *Code criminel*. . .

Si la Cour d'appel de l'Ontario conclut, en réponse aux questions que j'ai renvoyées devant la Cour, que les nouveaux renseignements [. . .] seraient admissibles, je suis convaincu que, dans ces circonstances, il serait approprié que j'exerce le pouvoir discrétionnaire qui m'est conféré par l'alinéa 690b) du *Code criminel* pour renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par le demandeur. . .

Par conséquent, en vertu de l'alinéa 690c) du *Code criminel*, je renvoie respectueusement devant la Cour d'appel de l'Ontario, pour connaître son opinion [. . .] [deux questions relatives à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve]. [Je souligne.]

La demande en l'espèce ne combine pas l'opinion prévue à l'al. c) avec la décision prévue à l'al. b). Il est clair qu'on a demandé à la cour de rendre la décision prévue à l'al. b) seulement si elle conclut qu'il y a des éléments de preuve admissibles. Il s'agit d'assignations successives : on dit à la cour : « examinez C, mais examinez B seulement si vous répondez "oui" à C ». Étant donné que la Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait aucun élément de preuve admissible, elle n'a pas abordé l'al. b). La demande du ministre fait une

6

7

8

9

unlike in *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209, [1965] 3 C.C.C. 285, at p. 287 C.C.C., where the reference asked the court of appeal to provide both a “hearing and determination” of the issues.

distinction entre l’opinion prévue à l’al. c) et la décision prévue à l’al. b), contrairement à ce qui se passe dans *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209, p. 211, où la cause est renvoyée devant la Cour d’appel pour « audition et décision ».

10 The respondent Kelly submits that due consideration must be given to both the form and substance of the request. However, under s. 690, the Minister alone can decide the issue. There is no requirement that it be referred to the court of appeal. It was open to the Minister to refer as much or as little as was considered appropriate to the case. The Minister used clear language to emphasize the limited and sequential nature of the mandate. The argument of substance over form invites us to ignore these precise and explicit limitations, and it should be rejected.

L’intimé Kelly soutient qu’il faut accorder une importance appropriée tant au fond qu’à la forme de la demande. Toutefois, en vertu de l’art. 690, seul le ministre peut décider de la question. Rien n’exige que celle-ci soit renvoyée devant la cour d’appel. Il était loisible au ministre de renvoyer une question aussi large ou aussi restreinte qu’il l’estimait approprié en l’espèce. Le ministre a utilisé un langage clair pour souligner la nature restreinte et successive du mandat. L’argument favorisant le fond par rapport à la forme nous invite à ne pas tenir compte de ces restrictions précises et explicites, et il doit être rejeté.

11 The Court of Appeal’s reasons support the view that it did not undertake a para. (b) determination. At para. 232, the majority explicitly said “it is not necessary to deal with” the s. 690(b) issue. That the dissenting judge did go on to consider that issue does not change the fact that the court, *per se*, provided only a para. (c) opinion.

Les motifs de la Cour d’appel appuient l’opinion qu’elle n’a pas rendu une décision en vertu de l’al. b). Au paragraphe 232, la majorité dit explicitement [TRADUCTION] « [qu’]il n’est pas nécessaire d’examiner » la question de l’al. 690b). Le fait que le juge dissident ait ensuite examiné cette question ne change rien au fait que la cour, en soi, n’a fourni qu’une opinion en vertu de l’al. c).

12 An appeal to this Court requires a statutory right of appeal. There is none here. The Court of Appeal’s opinion was not an affirmation of a conviction, the court did not issue any order, nor did it make any final determination. The Court of Appeal, like any court, speaks through its majority. That is, the decision governs, not the dissent, no matter how eloquent.

Pour qu’un pourvoi puisse être interjeté devant notre Cour, la loi doit prévoir ce droit. Ce droit n’existe pas en l’espèce. L’opinion de la Cour d’appel n’est pas la confirmation d’une déclaration de culpabilité, et la cour n’a ni délivré une ordonnance ni rendu une décision finale. Comme tout autre tribunal, la Cour d’appel s’exprime par la voix de sa majorité. C’est dire que seule la décision s’applique, et non la dissidence, peu importe son éloquence.

13 In *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32, leave to appeal from a s. 690 reference was granted, but there was no challenge on the question of jurisdiction and consequently it is of no guidance or assistance on the issue raised here.

Dans le *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32, l’autorisation de pourvoi contre un renvoi visé par l’art. 690 a été accordée, mais la question de la compétence n’était pas contestée, de sorte que cette affaire ne fournit aucune indication et aucune aide quant à la question soulevée en l’espèce.

The motion is granted, and the application for leave to appeal is quashed.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

#### I. Facts

Patrick Kelly was convicted of the first degree murder of his wife in 1984. Mrs. Kelly died as a result of falling from the balcony of the Kelly's 17th floor apartment in Toronto. At trial, Dawn Taber testified that she had witnessed Mr. Kelly drop his wife over the balcony. Mr. Kelly maintained that his wife fell accidentally over the balcony and that Ms. Taber was not at the apartment on the day in question. Mr. Kelly's appeal to the Court of Appeal was dismissed and his subsequent application for leave to appeal to this Court was denied: [1986] 1 S.C.R. x.

In December 1993, Mr. Kelly applied for a review of his conviction on the basis of a partial recantation by Dawn Taber and new scientific information questioning the validity of the re-enactment evidence presented by the Crown at trial. On November 25, 1996, the then Minister of Justice referred the case to the Ontario Court of Appeal under s. 690 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the following terms:

I HEREBY REFER, pursuant to paragraph 690(c) of the *Criminal Code*, the application of Patrick Kelly to this Honourable Court with directions to the said Court to hear evidence relating to Dawn Taber and new scientific evidence on the following questions:

1. In the circumstances of this case, would the new information from Dawn Taber be admissible on appeal to the Court of Appeal?
2. In the circumstances of this case, would the new information from the scientific experts be admissible on appeal to the Court of Appeal?

If this Honourable Court concludes that the new information from either or both Dawn Taber and the scientific experts would be admissible on appeal, I do hereby

La requête est accueillie et la demande d'autorisation de pourvoi est annulée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

#### I. Les faits

Patrick Kelly a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de sa femme en 1984. Madame Kelly est décédée après être tombée du balcon de l'appartement du couple, situé au 17<sup>e</sup> étage d'un immeuble à Toronto. Au procès, Dawn Taber témoigne qu'elle a vu M. Kelly précipiter sa femme par-dessus le balcon. Monsieur Kelly soutient que la chute est accidentelle et que M<sup>me</sup> Taber ne se trouvait pas à l'appartement ce jour-là. L'appel interjeté par M. Kelly devant la Cour d'appel a été rejeté et sa demande subséquente d'autorisation de pourvoi auprès de notre Cour a été refusée : [1986] 1 R.C.S. x.

En décembre 1993, M. Kelly demande le réexamen de sa condamnation compte tenu de la rétractation partielle de Dawn Taber et des nouveaux renseignements scientifiques mettant en doute la validité de la preuve relative à la reconstitution présentée par le ministère public au procès. Le 25 novembre 1996, le ministre de la Justice de l'époque renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de l'Ontario, en vertu de l'art. 690 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, en ces termes :

[TRADUCTION] JE RENVOIE, en vertu de l'alinéa 690c) du *Code criminel*, la demande de Patrick Kelly devant cette honorable Cour pour qu'elle entende les éléments de preuve relatifs à Dawn Taber ainsi que les nouveaux éléments de preuve scientifique afin de répondre aux questions suivantes :

1. Dans les circonstances de l'espèce, les nouveaux renseignements présentés par Dawn Taber seraient-ils admissibles en appel devant la Cour d'appel?
2. Dans les circonstances de l'espèce, les nouveaux renseignements présentés par les experts scientifiques seraient-ils admissibles en appel devant la Cour d'appel?

Si cette honorable Cour décide que les nouveaux renseignements provenant de Dawn Taber et des experts scientifiques, ou de l'un ou l'autre, sont admissibles en

14

15

16

respectfully refer to this Honourable Court, pursuant to paragraph 690(b) of the *Criminal Code*, based on a consideration of the existing record herein, the evidence already heard, and such further evidence as this Honourable Court in its discretion may receive and consider, to determine the case as if it were an appeal by Patrick Kelly on the issue of the fresh evidence.

17 On the reference, the majority of the Court of Appeal concluded that none of the new evidence would be admissible on appeal: (1999), 122 O.A.C. 201. Goudge J.A. agreed with the majority on the issue of the scientific evidence. However, he was of the view that the new information from Dawn Taber was admissible and that a new trial should be ordered. After receiving the Court of Appeal's decision, the Minister of Justice decided not to order any further action under s. 690 of the *Criminal Code* or a reference to this Court.

18 In July of 2000, Mr. Kelly filed an application for leave to appeal to this Court from both the decision of the Court of Appeal and the decision of the Minister of Justice not to order any further action under s. 690 of the *Criminal Code*. The Attorney General for Ontario responded with a motion to quash the leave application on the basis that this Court had no jurisdiction to consider Mr. Kelly's application for leave to appeal.

## II. Relevant Statutory Provisions

19 *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

**690.** The Minister of Justice may, on an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,

(a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;

(b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it

appel, je renvoie respectueusement à cette honorable Cour, en vertu de l'alinéa 690b) du *Code criminel* et sur la foi du dossier dont je dispose, les éléments de preuve qui ont déjà été entendus et tout autre élément de preuve que cette honorable Cour choisira d'admettre et examiner, afin qu'elle statue sur l'affaire comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par Patrick Kelly sur la question des nouveaux éléments de preuve.

Quant au renvoi, la Cour d'appel conclut à la majorité qu'aucun nouvel élément de preuve n'est admissible en appel : (1999), 122 O.A.C. 201. Le juge Goudge est d'accord avec les juges majoritaires pour la question des éléments de preuve scientifique. Cependant, il estime que les nouveaux renseignements présentés par Dawn Taber sont admissibles et qu'une ordonnance de nouveau procès doit être rendue. Après avoir pris connaissance de la décision de la Cour d'appel, le ministre de la Justice décide de n'ordonner aucune autre mesure en vertu de l'art. 690 du *Code criminel* et de ne pas soumettre de renvoi à notre Cour.

En juillet 2000, M. Kelly dépose auprès de notre Cour une demande d'autorisation de pourvoi contre la décision de la Cour d'appel et celle du ministre de la Justice de ne pas ordonner d'autre mesure en vertu de l'art. 690 du *Code criminel*. Le procureur général de l'Ontario réplique avec une requête visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi au motif que notre Cour n'a pas compétence pour connaître de la demande de M. Kelly.

## II. Dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**690.** Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut :

a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;

b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agis-



were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or

(c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

**691.** (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26

**40.** (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

### III. Analysis

This motion raises the issue of whether this Court has jurisdiction to consider an application for leave to appeal the decision of the Court of Appeal on this reference under s. 690 of the *Criminal Code*. Counsel for Mr. Kelly argues that both paras. (b) and (c) of s. 690 were engaged on the reference and that, accordingly, the Court of Appeal's reasons constitute a "judgment" from which leave to appeal may be sought under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. He did not raise in his oral argument his written submission that there is an appeal from the decision of the Minister

sait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;

c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

**691.** (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26

**40.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

### III. Analyse

La présente requête porte sur la question de savoir si notre Cour est habilitée à entendre une demande d'autorisation de pourvoi contre la décision rendue par la Cour d'appel dans ce renvoi en application de l'art. 690 du *Code criminel*. L'avocat de M. Kelly soutient que les al. 690b) et c) sont tous deux mis en cause dans ce renvoi et que les motifs de la Cour d'appel constituent donc un « jugement » à l'égard duquel il est possible de solliciter une autorisation de pourvoi en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Il n'a pas repris dans sa plaidoirie son observation écrite por-

of Justice. Clearly, there is not. Counsel for the Ontario Crown submits that the Court of Appeal only provided an “opinion” under s. 690(c) of the *Code*, which cannot be the subject of a leave application because it is not a “judgment” within the meaning of the *Supreme Court Act*.

21 My colleague, Justice Major, concludes that since the reference was pursuant to s. 690(c) of the *Code*, this Court does not have jurisdiction to consider the application for leave to appeal. In his view, the reasons of the Court of Appeal constitute an “opinion”, pursuant to s. 690(c) of the *Criminal Code*, which is not appealable to this Court. In my view, this interpretation of the reference question places undue emphasis on the form of the question rather than giving due consideration to both the form and substance of the question.

22 The substance of the reference asks the Court of Appeal to decide, just as it would on an ordinary appeal, whether fresh evidence is admissible and, if so, what impact it has on the conviction. The form of the question asks the Court of Appeal to offer only an “opinion” if it concludes the new evidence is inadmissible on appeal, but to provide a decision on the merits of the appeal if the evidence is deemed admissible. The result of the way in which the question is structured is that if the Court of Appeal’s “opinion” is unfavourable to Mr. Kelly, he has no recourse to this Court. However, if the Court of Appeal decides in Mr. Kelly’s favour and finds that the new evidence is admissible and a new trial should be ordered, the Crown may apply for leave to appeal to this Court, or indeed may appeal as of right if there is a dissent, since it constitutes an appeal of a final order. Thus, the Crown may appeal an unfavourable decision, while Mr. Kelly is barred from appealing a decision which is not in his favour.

tant qu’il peut être interjeté appel de la décision du ministre de la Justice. Ce n’est clairement pas le cas. Le substitut du procureur général de l’Ontario fait valoir que la Cour d’appel n’a donné qu’une « opinion » en vertu de l’al. 690c) du *Code*, laquelle ne peut faire l’objet d’une demande d’autorisation de pourvoi puisqu’il ne s’agit pas d’un « jugement » au sens de la *Loi sur la Cour suprême*.

Mon collègue le juge Major conclut qu’étant donné que le renvoi a été soumis en vertu de l’al. 690c) du *Code*, notre Cour n’est pas compétente pour connaître de la demande d’autorisation de pourvoi. Selon lui, les motifs de la Cour d’appel constituent une « opinion », aux termes l’al. 690c) du *Code criminel*, qui ne peut faire l’objet d’un pourvoi devant notre Cour. Je suis d’avis que cette interprétation de la question du renvoi repose trop sur la forme de la question, au lieu de tenir dûment compte à la fois de la forme et du fond de la question.

Essentiellement, le renvoi demande à la Cour d’appel de décider, comme elle le ferait dans n’importe quel pourvoi, si les nouveaux éléments de preuve sont admissibles et, dans l’affirmative, de leur incidence sur la culpabilité. La forme que revêt la question ne sollicite de la Cour d’appel qu’une « opinion » si elle conclut à l’inadmissibilité des nouveaux éléments de preuve en appel, mais on lui demande de rendre une décision quant au fond de l’appel si elle conclut que les éléments de preuve sont admissibles. La façon dont la question est structurée fait que, si l’« opinion » de la Cour d’appel est défavorable à M. Kelly, il ne dispose d’aucun recours devant notre Cour. Cependant, si la Cour d’appel tranche en sa faveur et conclut que les nouveaux éléments de preuve sont admissibles et qu’un nouveau procès doit être tenu, le ministère public peut solliciter une autorisation de pourvoi auprès de notre Cour ou même interjeter appel de plein droit en cas de dissidence, puisqu’il s’agit d’un appel d’une ordonnance définitive. Le ministère public pourrait donc se pourvoir contre une décision défavorable, ce qui n’est pas le cas pour M. Kelly s’il se trouvait dans cette même situation.

In my view, such a formalistic interpretation of the reference question should not be adopted. The division of the issues between the unappealable opinion on the admissibility of the fresh evidence, and the appealable decision on the effect of the evidence if admitted, appears to serve no other purpose than to curtail Mr. Kelly's access to appellate review. No other purpose has been advanced. Moreover, I find it artificial to purport to sever the issue of whether the fresh evidence would be admissible (the s. 690(c) opinion) from the issue of whether a new trial should be ordered solely on the basis of the fresh evidence (the s. 690(b) appeal). Since the substance of the reference question involved a consideration at both stages of the admissibility of the fresh evidence and of its effects if admitted, it is my view that the decision rendered by the Court of Appeal was a decision that either the Crown or Mr. Kelly may appeal to this Court. To hold otherwise would result in the untenable conclusion that the portion of the Court of Appeal judgment written by Goudge J.A., had it been expressed by the majority, would have been a final decision and therefore appealable, while the majority reasons constitute only an "opinion" that may not be appealed. It cannot be that the legal significance of the reference question depends upon the answer to the question.

The test for the admissibility of fresh evidence set out by this Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, supports the view that the fresh evidence issue is inseparable from the appeal itself. As part of the *Palmer* test, the court of appeal is required to consider, in part, whether the fresh evidence, if believed and taken together with the other evidence adduced at trial, is likely to have affected the outcome. Once the court of appeal has decided whether or not the fresh evidence could reasonably have affected the result of the trial, the appeal follows suit. Thus, in an appeal solely on the issue of fresh evidence, the court's

À mon sens, une telle interprétation formaliste de la question du renvoi ne devrait pas être adoptée. Il semble que la séparation des questions entre, d'une part, l'opinion non susceptible d'appel quant à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve et, d'autre part, la décision pouvant faire l'objet d'un appel quant à l'incidence de la preuve si celle-ci était admise ne vise qu'à empêcher M. Kelly de se prévaloir d'une révision en appel. On ne nous a soumis aucun autre objectif. En outre, j'estime qu'il est artificiel de prétendre séparer la question de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve (l'opinion visée à l'al. 690c)) et celle de la justification de la tenue d'un nouveau procès uniquement sur le fondement des nouveaux éléments de preuve (l'appel visé à l'al. 690b)). Vu que le fond de la question du renvoi nécessite, dans les deux cas, l'examen de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve et des incidences qu'ils auraient s'ils étaient admis, je suis d'avis que la décision rendue par la Cour d'appel est une décision dont autant le ministère public que M. Kelly peuvent interjeter appel auprès de notre Cour. Une interprétation différente donnerait lieu à la conclusion insoutenable que la partie du jugement de la Cour d'appel rédigée par le juge Goudge, si elle avait été exprimée par la majorité, aurait constitué une décision finale et aurait donc été susceptible d'appel, alors que les motifs de la majorité ne constitueraient qu'une « opinion » non susceptible d'appel. On ne peut prétendre que la nature juridique de la question du renvoi dépend de la manière d'y répondre.

Le critère de l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve, énoncé par notre Cour dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, démontre que la question des nouveaux éléments de preuve est indissociable de l'appel à proprement parler. Selon l'un des critères de l'arrêt *Palmer*, la cour d'appel est tenue d'examiner si les nouveaux éléments de preuve sont susceptibles d'influencer l'issue du procès, à supposer qu'ils soient dignes de foi et évalués par rapport à l'ensemble de la preuve offerte. Une fois que la cour d'appel a décidé si les nouveaux éléments de preuve peuvent raisonnablement influencer l'issue du procès, l'appel est tran-

decision on the admissibility of the fresh evidence will be determinative of the appeal itself.

25 I find support for this view in the reasons of the Court of Appeal on the reference. It is clear from the majority reasons that the consideration of the admissibility of evidence under s. 690(c) was inseparable from the issue of whether a new trial should be ordered under s. 690(b). At para. 171 of the reasons, Finlayson and Osborne J.J.A., speaking as the majority, state that “[i]n carrying out the directions of the Minister, we are bound to treat this application as we would any application to admit fresh evidence in a criminal appeal under s. 683(1)(d) of the Code, and the case law flowing therefrom”. Further, at para. 186, they say:

We reject the suggestion that we should simply report back to the Minister of Justice that after all this extended effort we are not in a position to determine the narrow questions that have been referred to us. The answer to the s. 690(b) reference being in the negative, the fresh evidence of Ms. Taber’s recantation having been found inadmissible, we are bound to dispose of the s. 690(c) matter by upholding the trial result. [Emphasis added.] [It appears that the Court of Appeal may have inadvertently reversed the paragraph numbers in this passage.]

In my view, these passages from the majority reasons illustrate the fact that the Court of Appeal’s “opinion” under s. 690(c) is inseparable from its determination of the appeal under s. 690(b).

26 The dissenting opinion of Goudge J.A. is also instructive. Being of the opinion that the fresh evidence would be admissible, he proceeds to deal with the appeal. He says at para. 322: “[t]o complete the determination of this case as if it were an appeal by Mr. Kelly on the issue of the fresh evi-

ché. En conséquence, lorsque nous sommes en présence d’un appel fondé uniquement sur des nouveaux éléments de preuve, la décision de la cour sur leur admissibilité déterminera l’issue même de l’appel.

Ce point de vue est étayé par les motifs exposés par la Cour d’appel sur la question du renvoi. Il ressort clairement des motifs de la majorité que l’examen de l’admissibilité des éléments de preuve en vertu de l’al. 690c) est indissociable de la question de savoir si une ordonnance de nouveau procès devrait être rendue en vertu de l’al. 690b). Au paragraphe 171 des motifs, les juges Finlayson et Osborne, s’exprimant au nom de la majorité, énoncent que [TRADUCTION] « [d]onnant suite aux instructions du ministre, nous sommes tenus de traiter cette demande de la même façon que nous le ferions pour toute demande relative à l’admission de nouveaux éléments de preuve, dans le cadre d’un appel en matière criminelle en vertu de l’al. 683(1)d) du Code et de la jurisprudence qui en découle ». Plus loin, au par. 186, ils déclarent :

[TRADUCTION] Nous rejetons la proposition selon laquelle nous devrions simplement informer le ministre de la Justice qu’après tous les efforts que nous avons déployés, nous ne sommes pas en mesure de trancher les questions précises qui nous ont été soumises. Comme la réponse au renvoi visé à l’al. 690b) est négative et que les nouveaux éléments de preuve relatifs à la rétractation de M<sup>me</sup> Taber ont été jugés inadmissibles, nous sommes tenus de trancher la question de l’al. 690c) en confirmant la décision rendue par le juge du procès. [Je souligne.] [Il semblerait que la Cour d’appel ait, par inadvertance, inversé l’identification des alinéas dans cet extrait.]

À mon avis, ces extraits des motifs de la majorité démontrent que l’« opinion » rendue par la Cour d’appel en vertu de l’al. 690c) est indissociable de l’issue de l’appel visé à l’al. 690b).

L’opinion dissidente du juge Goudge est également révélatrice. Étant d’avis que les nouveaux éléments de preuve sont admissibles, il a procédé à l’examen de l’appel. Il dit au par. 322 : [TRADUCTION] « [p]our disposer de la présente affaire comme s’il s’agissait d’un appel interjeté par

dence, as the Minister asks, I would direct a new trial". Since the reference stipulated that the appeal should be "on the issue of the fresh evidence", little more needed to be considered on the appeal. The sole remaining issue would be whether the fresh evidence was such that a jury was bound to acquit, in which case an acquittal would be entered: see *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (Ont. C.A.). Otherwise, the matter would be sent back for a new trial. There could be no recourse to s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* where evidence meeting the *Palmer* test had not been considered by the trier of fact. This illustrates, in my view, that there is little left of the appeal ordered in the reference after the opinion to admit the fresh evidence is expressed. All that remains is for the court to make an order. This illustrates how completely artificial the breakdown of these issues is in the terms of reference.

In my view, the response of the Court of Appeal to both questions posed in this reference was a judgment affirming a conviction. I think that was also the understanding of the Court of Appeal. It is undisputed that this Court has jurisdiction to hear an appeal from a decision of a court of appeal made under s. 690(b) of the *Criminal Code*: *Marcotte v. The Queen*, [1965] S.C.R. 209. Given my conclusion that both paras. (b) and (c) of s. 690 were engaged on the reference, it follows that the decision of the Court of Appeal on the reference is a "judgment" within the meaning of the *Supreme Court Act*, from which leave to appeal may be sought: *Supreme Court Act*, ss. 2(1) and 40(1).

Given my conclusion that this reference engages both s. 690(b) and (c) of the *Code*, the question arises whether leave to appeal to this Court is required or whether the appeal is as of right under s. 691(1)(a) of the *Code*. While Mr. Kelly has applied for leave to appeal to this Court, his counsel now submits that the appeal should be as of

M. Kelly sur la question des nouveaux éléments de preuve, tel que l'a demandé le ministre, je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès ». Puisque le renvoi stipulait que l'appel devait porter « sur la question des nouveaux éléments de preuve », l'examen de l'appel était alors complet. La seule question qu'il restait à trancher consistait à savoir si les nouveaux éléments de preuve étaient tels qu'un jury serait tenu d'acquitter l'accusé, auquel cas un verdict d'acquiescement aurait été inscrit : voir *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395 (C.A. Ont.). Autrement, l'affaire devait être renvoyée pour la tenue d'un nouveau procès. Aucun recours n'est prévu à l'égard du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* si le juge des faits n'a pas tenu compte des éléments de preuve visant à satisfaire au critère de l'arrêt *Palmer*. Cela illustre à mon avis qu'il ne reste que peu de choses de l'appel soumis par renvoi une fois qu'on a conclu à l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve. La cour n'a plus qu'à rendre une ordonnance. Cela démontre à quel point la séparation des questions dans le cadre du renvoi est artificielle.

À mon sens, la réponse fournie par la Cour d'appel aux deux questions posées dans ce renvoi constitue un jugement confirmant une déclaration de culpabilité. J'estime que c'était également l'avis de la Cour d'appel. Il n'est pas contesté que notre Cour a compétence pour entendre un appel d'une décision rendue par une cour d'appel en application de l'al. 690(b) du *Code criminel* : *Marcotte c. La Reine*, [1965] R.C.S. 209. Vu ma conclusion que les al. 690(b) et c) sont mis en cause dans ce renvoi, il s'ensuit que la décision de la Cour d'appel quant au renvoi constitue un « jugement » au sens de la *Loi sur la Cour suprême*, à l'égard duquel on peut chercher à obtenir une autorisation de pourvoi : *Loi sur la Cour suprême*, par. 2(1) et 40(1).

Vu ma conclusion que ce renvoi met en cause à la fois les al. 690(b) et c) du *Code*, la question se pose à savoir si l'autorisation de pourvoi auprès de notre Cour est requise ou s'il s'agit plutôt d'un appel de plein droit en vertu de l'al. 691(1)(a) du *Code*. Bien que M. Kelly ait déposé une demande d'autorisation de pourvoi, son avocat fait mainte-

27

28

right pursuant to *Marcotte, supra*. In my view, the case of *Marcotte, supra*, is not decisive on this issue as it concerned a provision conferring an appeal as of right for capital offences. Nor is this Court's decision in *Reference re Gruenke*, [2000] 1 S.C.R. 836, 2000 SCC 32, determinative of the issue. In that case, the decision of the Manitoba Court of Appeal was unanimous, therefore leave to appeal to this Court was required and granted pursuant to s. 691(1)(b) of the *Criminal Code*: see *Reference re: Gruenke* (1998), 131 C.C.C. (3d) 72. (No objection was raised about this Court's jurisdiction in *Gruenke*, and therefore the case cannot be used as a precedent affirming this Court's jurisdiction in the present case.)

nant valoir que l'appel aurait dû être entendu de plein droit conformément à *Marcotte*, précité. J'estime pour ma part que l'arrêt *Marcotte*, précité, n'est pas déterminant quant à cette question, étant donné qu'il porte sur une disposition accordant un appel de plein droit en matière d'infractions punissables de la peine de mort. La décision que notre Cour a rendue dans *Renvoi relatif à Gruenke*, [2000] 1 R.C.S. 836, 2000 CSC 32, n'est pas non plus déterminante à cet égard. Dans cet arrêt, la décision de la Cour d'appel du Manitoba étant unanime, l'autorisation de pourvoi auprès de notre Cour était exigée et elle a été accordée en vertu de l'al. 691(1)(b) du *Code criminel* : voir *Reference re: Gruenke* (1998), 131 C.C.C. (3d) 72. (Aucune objection n'a été soulevée quant à la compétence de notre Cour dans *Gruenke* et, par conséquent, cet arrêt ne peut servir de précédent pour confirmer la compétence de notre Cour en l'espèce.)

29 Section 690(b) of the *Code* provides that the Court of Appeal is to hear the reference "as if it were an appeal by the convicted person". Section 691(1)(a) of the *Code* provides that a person convicted of an indictable offence whose conviction is affirmed by the Court of Appeal may appeal as of right to the Supreme Court of Canada on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents. Given my view that the Court of Appeal rendered a decision affirming the conviction of Mr. Kelly, it is also my view that s. 691(1)(a) applies and that the appeal to this Court is as of right.

L'alinéa 690b) du *Code* prévoit que la Cour d'appel doit être saisie du renvoi « comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ». L'alinéa 691(1)a) du *Code* dispose qu'une personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la Cour d'appel peut interjeter appel de plein droit à la Cour suprême du Canada sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident. Étant donné que je suis d'avis que la Cour d'appel a rendu une décision confirmant la déclaration de culpabilité de M. Kelly, je suis également d'avis que l'al. 691(1)a) s'applique et que l'appel interjeté auprès de notre Cour est un appel de plein droit.

30 For these reasons, I would dismiss the motion to quash the application for leave to appeal.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la requête visant l'annulation de la demande d'autorisation de pourvoi.

*Motion granted, ARBOUR J. dissenting.*

*Requête accueillie, le juge ARBOUR est dissidente.*

*Solicitor for the applicant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Procureur de la requérante : Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Ruby & Edwardh, Toronto.*