

Dossier n° 37984

COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELANTE
(appelante)

- et -

SIVALOGANATHAN THANABALASINGHAM

INTIMÉ
(intimé)

- et -

M^E LOUIS BELLEAU

AMICUS CURIAE

MÉMOIRE DE L'AMICUS CURIAE

(règles 36 et 39 des Règles de la Cour suprême du Canada)

M^e Louis Belleau, Ad. E.
Louis Belleau Avocat Inc.
Bureau 1400
507, Place d'Armes
Montréal (Québec)
H2Y 2W8

Tél. : 514 940-0334
Télec. : 514 940-0336
belleau@belleuavocat.com

amicus curiae

M^e Christian Jarry
M^e Maude Payette
Directeur des poursuites criminelles et
pénales
Bureau 4.100
1, rue Notre-Dame Est
Montréal (Québec)
H2Y 1B6

Tél. : 514 393-2703, postes 52050 / 52107
Télé. : 514 873-9895
christian.jarry@dpcp.gouv.qc.ca
maude.payette@dpcp.gouv.qc.ca

Procureurs de l'appelante

M^e Emily K. Moreau
Directeur des poursuites criminelles et
pénales
Bureau 1.230
17, rue Laurier
Gatineau (Québec)
J8X 4C1

Tél. : 819 776-8111, poste 60412
Télé. : 819 772-3986
emily-k.moreau@dpcp.gouv.qc.ca

Correspondante de l'appelante

TABLE DES MATIÈRES

	Page
<hr/>	
<u>MÉMOIRE DE L'AMICUS CURIAE</u>	
PARTIE I – EXPOSÉ DE LA POSITION DE L'AMICUS CURIAE ET EXPOSÉ DES FAITS	1
PARTIE II – POSITION DE L'AMICUS CURIAE RELATIVEMENT AUX QUESTIONS SOULEVÉES PAR L'APPELANTE	2
PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS	3
1. LES MOTIFS DE LA MAJORITÉ	3
2. LES MOTIFS DISSIDENTS DE LA JUGE EN CHEF	6
3. LA POSITION DE L'APPELANTE	8
4. LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR CE POURVOI	8
5. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX RÉGISSANT LA QUESTION DU CARACTÈRE THÉORIQUE : L'ARRÊT <i>BOROWSKI</i>	9
6. LE CARACTÈRE THÉORIQUE DANS LE CONTEXTE D'UN PROCÈS CRIMINEL	11
6.1. LA NATURE DU LITIGE PRINCIPAL DANS LE CONTEXTE DU PROCÈS CRIMINEL	12
6.2. LES SOURCES DE L'ARRÊT <i>BOROWSKI</i> CONCERNANT LE LITIGE CRIMINEL	14
7. LA JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE À <i>BOROWSKI</i> EN DROIT CRIMINEL	16
7.1. L'APPLICATION DE L'ARRÊT <i>BOROWSKI</i> AU CAS DE L'ACCUSÉ DÉCÉDÉ	16

TABLE DES MATIÈRES

	Page
7.2. AUTRES CAS D'APPLICATION DE L'ARRÊT <i>BOROWSKI</i> EN DROIT CRIMINEL 18
8. L'INDISPONIBILITÉ DUE À L'EXPULSION DE L'ACCUSÉ ET LE CARACTÈRE THÉORIQUE : ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE 22
9. L'IMPACT DE L'INDISPONIBILITÉ DE L'ACCUSÉ 29
10. L'IMPACT DU RÔLE JOUÉ PAR LE GOUVERNEMENT DANS L'EXPULSION DE L'INTIMÉ 32
11. CONCLUSION 35
PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS 37
PARTIE V – ORDONNANCES DEMANDÉES 38
PARTIE VI – TABLE DES SOURCES 39

MÉMOIRE DE L'AMICUS CURIAE

**PARTIE I – EXPOSÉ DE LA POSITION DE L'AMICUS CURIAE
ET EXPOSÉ DES FAITS**

1. Par ordonnance du juge en chef du 7 janvier 2019, nous avons été désigné pour agir à titre d'*amicus curiae*. Dans une correspondance du 8 janvier 2019, le Registraire a précisé que notre rôle n'est pas de représenter une partie, mais plutôt d'agir en toute indépendance afin d'aider la Cour à analyser les questions juridiques soulevées par le pourvoi. Nous aborderons donc certains enjeux qui nous paraissent pertinents relativement à la question en litige en proposant des observations qui, espérons-nous, seront utiles au débat.
2. Nous aborderons brièvement les motifs exposés en Cour d'appel et la position de l'Appelante devant cette Cour. Nous discuterons ensuite des principes généraux régissant la question du caractère théorique exposés dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*¹. Nous examinerons l'évolution de ces principes relativement au cas de l'appelant décédé dans *R. c. Smith*² et plus généralement leur application dans le contexte du droit criminel. Nous traiterons du problème de l'indisponibilité de l'Intimé et de l'impact de son expulsion par le gouvernement sur le caractère théorique du pourvoi.

¹ *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S 342 [**Borowski**].

² *R. c. Smith*, [2004] 1 R.C.S. 385 [**Smith**].

**PARTIE II – POSITION DE L'AMICUS CURIAE RELATIVEMENT AUX QUESTIONS
SOULEVÉES PAR L'APPELANTE**

3. L'Appelante a formulé comme suit la question en litige devant la Cour :

« L'appel interjeté à la Cour d'appel du Québec à l'encontre de l'ordonnance d'arrêt des procédures était-il devenu théorique vu le renvoi de l'intimé du Canada? »

PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS

1. LES MOTIFS DE LA MAJORITÉ

4. L'Intimé a été accusé du meurtre de sa conjointe. La Cour supérieure a accueilli une requête de type *Jordan* de l'Intimé et a ordonné l'arrêt des procédures. L'Appelante s'est pourvue devant la Cour d'appel. Avant l'audition du pourvoi, l'Intimé a été expulsé du Canada vers le Sri Lanka, pays qui n'a pas de traité d'extradition avec le Canada. La Cour d'appel a conclu que le pourvoi était devenu théorique et a estimé qu'il n'y avait pas lieu de continuer l'appel.
5. Le juge Hilton a rédigé les motifs de la majorité. Après avoir exposé les circonstances qui ont mené à l'expulsion de l'Intimé, le juge Hilton écrit :

« 17 In light of the respondent's removal from Canada, the fact that Canada does not have an extradition treaty with Sri Lanka, and that if the respondent ever sought to enter Canada again he would require prior approval to do so pursuant to s. 52 of the Act, at the close of the hearing of the respondent's appeal, the Court advised counsel for both parties that they would be requested to respond in writing to the following questions:

Had the Crown's appeal seeking an order for a new trial become moot?

In the affirmative:

a) Why should the Court exercise its discretion to adjudicate the appeal as framed?

and,

b) If the Court decides not to exercise its aforesaid discretion, should the Court's formal order: (i) dismiss the appeal, or (ii) adopt some other measure that counsel could propose?

(3) In the negative, why is the appeal not moot? »³

³ Jugement dont appel, au para. 17.

6. En réponse aux questions de la Cour, l'Appelante a fait valoir que le fait que l'Intimé ait été expulsé vers le Sri Lanka ne fait pas en sorte qu'il ne pourrait jamais être contraint de subir son procès. Selon l'Appelante, l'absence d'un traité d'extradition entre le Sri Lanka et le Canada ne signifie pas qu'il est impossible que l'Intimé puisse être assujéti à l'autorité des tribunaux canadiens. L'avocate qui représentait l'Intimé devant la Cour d'appel a indiqué qu'elle estimait que l'affaire n'était pas devenue théorique.

7. Le juge Hilton écrit ceci à propos des explications des parties :

« 26 With respect, in my opinion none of the reasons put forward by counsel justifies the Court adjudicating this appeal on the merits. Rather, a review of the applicable case law in which such issues are considered shows both that the appeal is moot and that there are no valid reasons why the Court should exercise its discretion to adjudicate the appeal. »⁴

(Nous soulignons)

8. Le juge Hilton s'appuie sur l'autorité de l'arrêt *Borowski* pour conclure que le pourvoi est devenu théorique :

« Writing on behalf of the Court, Sopinka, J. noted that there was no longer a "live issue" between the parties inasmuch as the "substratum of Mr. Borowski's appeal has disappeared". He added that a "controversy may disappear rendering an issue moot for a variety of reasons." He then went on to consider the criteria that govern whether the Court should exercise its discretion to hear or not to hear an appeal it considered to be moot. »⁵

9. La discussion qui suit cette conclusion porte sur la deuxième question de l'arrêt *Borowski*, à savoir si les circonstances justifient que la Cour exerce sa discrétion en faveur de la poursuite de l'appel. L'ensemble de la jurisprudence citée par la majorité sert à appuyer sa conclusion à l'effet qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'appel.

10. L'ensemble des motifs du juge Hilton, y compris la formulation de la question posée aux avocats portant sur le caractère théorique, indique que, selon lui, le « litige actuel » a été

⁴ Jugement dont appel, au para. 26.

⁵ Jugement dont appel, au para. 28.

neutralisé par l'expulsion de l'Intimé vers le Sri Lanka, expulsion qui a provoqué son indisponibilité aux fins du nouveau procès que la Cour aurait pu ordonner si elle avait décidé d'entendre le pourvoi. Le juge Hilton estime que, d'un point de vue purement pratique, la situation de l'Intimé est identique à celle d'un appelant décédé :

« In this case, the respondent may not be dead, but for all practical purposes he is just as unavailable to undergo a trial in Montreal as if he were dead. Moreover, if in fact he was dead, there can be no doubt that there would be no purpose to pursuing an appeal. »⁶

11. Dans le cadre de la discussion de la deuxième étape de l'arrêt *Borowski* relative à l'exercice de la discrétion, le juge Hilton formule des observations pertinentes en lien avec la question du caractère théorique. Ces propos confirment la perception selon laquelle la majorité a conclu que l'appel était devenu théorique à cause du fait que l'Intimé n'était plus disponible pour subir son procès :

« As far as the current submissions of Crown counsel relating to the ongoing relevance of the *Extradition Act* are concerned which contradict their earlier submissions, they are more a reflection of wishful thinking and unbridled speculation, much like the situation before the Federal Court of Appeal in *Guzman* that was found to be "too speculative" to warrant consideration on the merits. In reality, the Crown's submissions depend on the occurrence of future hypothetical events that involve, amongst others, the Government of Canada that acted as expeditiously as it did to compel the removal of the respondent from Canada. That government would have to be inclined, at some future, unspecified and unspecifiable time, to initiate extradition proceedings, whether or not Canada at some future point concludes an extradition treaty with Sri Lanka and whether or not the respondent is ever found in a country with which Canada does have an extradition treaty.

What is more significant, for present purposes, is that the immigration proceedings that led to the removal of the respondent from Canada to Sri Lanka occurred with the full knowledge that the Crown had already appealed the judgment granting the respondent a stay. Thus, the federal immigration authorities chose not to await the outcome of this appeal on the merits, assuming they were legally capable of doing so in light of the limitations on their ability to detain the respondent. That is a much more compelling indicator of the improbability of the federal

⁶ Jugement dont appel, au para. 54.

government initiating extradition proceedings in the scenarios the Crown now suggests, contrary to its earlier submissions when applying for a preferential hearing when it argued that there were no coercive measures that could be envisaged if he was removed to Sri Lanka.

Apart from the foregoing, the Court should be considering the issue on the facts before it, not hypothetical possibilities that depend on facts and conduct that have not occurred (and will not likely ever occur) which require measures to be taken by third parties such as the Government of Canada over which the Crown exercises no control. The undisputable facts are that the respondent has been removed to Sri Lanka at the behest of the Government of Canada, and thus, he is not here to undergo any "new" trial that might be ordered. As matters now stand, the order for a "new" trial that the Crown seeks is simply not susceptible of being executed. There is no factual basis before us to believe that such a trial will or could plausibly ever happen. »⁷

(Nous soulignons).

12. Le fondement de la conclusion de la majorité sur le caractère théorique semble donc tenir dans ces trois dernières lignes. Le pourvoi est devenu théorique parce que l'expulsion de l'Intimé fait en sorte que l'ordonnance de nouveau procès n'est pas susceptible d'exécution et qu'il n'y a pas de fondement factuel qui permet de croire que ce procès pourrait vraisemblablement avoir lieu.

2. LES MOTIFS DISSIDENTS DE LA JUGE EN CHEF

13. La juge en chef indique qu'elle est d'avis que bien que la question soit devenue théorique, la Cour devrait exercer sa discrétion en faveur de la poursuite de l'appel puisqu'elle estime que les critères exposés dans *Smith* sont établis en l'espèce. La juge en chef écrit que la méthode d'analyse proposée par la Cour dans *Smith*⁸, dans les cas où l'accusé meurt pendant les procédures en appel, devrait s'appliquer en l'espèce :

« The prospect of the Respondent's voluntary or forced return to Canada being purely conjectural, that test applies here. Each case ought to be assessed on its merit, and as the decision to hear the appeal or not is

⁷ Jugement dont appel, aux paras. 75-77.

⁸ *Smith*, *supra* note 2.

discretionary, decisions rendered in different circumstances have limited value as binding precedents.

I am, of course, fully cognizant of the fact that equating the fate of Respondent with death is ludicrous. The argument is merely an *a fortiori* one. Indeed, the Respondent is alive and presumably well, freed as he has been from being tried in Court not by death but by governmental action »⁹.

14. À la fin de ses motifs, la juge en chef revient sur le fait que c'est en raison de l'action du gouvernement qui a choisi de l'expulser vers le Sri Lanka que l'Intimé échappera à la justice :

« In short, the course of justice, in this case, was thwarted by the executive branch of the federal government. This fact cannot bar the Court from exercising its discretion to dispose of the appeal if the interest of justice so commands, and it does in this case.

Indeed, it bears repeating that the murder of the accused's wife, Anuja Baskaran, is not a moot issue. It could only be moot if the accused were dead, and even then, as in Smith, the Court may use its discretion to hear the case. One thing is certain: the murder of Anuja Baskaran cannot be rendered moot by an ill-considered bureaucratic move.

For those reasons, I propose to grant the appeal, to annul and rescind the stay of proceedings in the case of the Queen v. the respondent Thanabalasingham, to order the trial to proceed and to return the matter to the Superior Court so that it may be dealt with in accordance with the law should the Respondent find himself again within the jurisdiction of that Court. »¹⁰

15. Ces propos de la juge en chef contiennent deux affirmations qui sont à notre avis importantes aux fins du pourvoi : le meurtre d'Anuja Baskaran n'est pas une question théorique; et l'action mal avisée de la bureaucratie ne peut pas avoir eu pour effet de rendre théorique le meurtre d'Anuja Baskaran. Bien qu'ils figurent dans le contexte d'une discussion du deuxième volet de l'analyse de l'arrêt *Borowski*, qui concerne la discrétion d'entendre le pourvoi, ces propos ont une portée significative sur le premier volet de l'analyse qui concerne le caractère théorique du pourvoi.

⁹ Jugement dont appel, aux paras. 95-96.

¹⁰ Jugement dont appel, aux paras. 114-116.

3. LA POSITION DE L'APPELANTE

16. L'Appelante plaide deux arguments principaux : (1) les juges majoritaires ont commis une erreur en confondant les deux étapes de l'arrêt *Borowski*; et (2) les juges majoritaires ont commis une erreur en concluant au caractère théorique de l'appel en raison du fait qu'il était peu probable que l'Intimé puisse être soumis à une ordonnance de nouveau procès alors que la norme qui aurait dû être appliquée est celle de l'impossibilité de tenir un nouveau procès.
17. L'Appelante fonde son premier argument sur le fait que les décisions invoquées par le juge Hilton ne traitent pas de l'analyse du caractère théorique qui fait l'objet de la première étape de la discussion selon l'arrêt *Borowski*. Selon l'Appelante, les juges de la majorité auraient d'abord dû s'attarder à la question du caractère hypothétique du pourvoi indépendamment des facteurs qui gouvernent l'exercice de la discrétion à la deuxième étape.
18. L'eussent-ils fait, ils auraient été tenus d'appliquer une norme qui les aurait amenés à conclure qu'il n'était pas impossible que l'ordonnance de nouveau procès soit exécutée contre l'Intimé. S'ils avaient appliqué cette norme, les juges majoritaires en seraient nécessairement venus à la conclusion que l'appel n'était pas devenu théorique, et auraient dû entendre l'appel sur le fond. La conclusion de la majorité à l'effet qu'il était hautement improbable que le nouveau procès puisse avoir lieu ne suffisait pas, selon l'Appelante, pour conclure que le pourvoi était devenu théorique. Si la majorité n'avait pas conclu au caractère théorique du pourvoi, l'analyse de la deuxième étape de l'arrêt *Borowski* aurait été inutile, et la Cour d'appel aurait dû statuer sur la validité de l'arrêt des procédures prononcé par la Cour supérieure.

4. LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR CE POURVOI

19. Les motifs de la majorité soulèvent plusieurs questions. La première touche à la méthode qu'il faut appliquer à la première étape de l'analyse du caractère théorique d'un litige dans le contexte d'un appel d'un arrêt des procédures en matière criminelle. Cette question nous oblige à nous interroger sur la qualification du litige dans le contexte d'un procès criminel. Si ce litige porte sur la détermination de la responsabilité de l'Intimé relativement au meurtre

de sa conjointe, se pose la question de savoir si des circonstances autres que le décès de l'Intimé ou l'arrêt des procédures par le poursuivant pouvaient rendre ce litige théorique.

20. Si le litige est toujours actuel ou, dit autrement, si la raison d'être de la poursuite n'a pas disparu, est-ce que le fait que l'Intimé ne soit pas disponible pour subir son procès rend le litige théorique? Enfin, est-ce que le fait que l'indisponibilité de l'Intimé résulte de son expulsion par le gouvernement canadien a un impact sur le caractère actuel du litige?
21. L'analyse de la jurisprudence nous porte à croire que, dans la mesure où le litige porte sur la détermination de la responsabilité criminelle de l'Intimé relativement au meurtre de sa conjointe, ce litige reste actuel nonobstant l'expulsion de l'Intimé vers le Sri Lanka. Il est également raisonnable de croire que le rôle du gouvernement canadien dans l'expulsion de l'Intimé ne devrait pas avoir d'impact sur la détermination du caractère théorique du pourvoi.

5. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX RÉGISSANT LA QUESTION DU CARACTÈRE THÉORIQUE : L'ARRÊT *BOROWSKI*

22. Dans l'arrêt *Borowski*¹¹, cette Cour a proposé une méthode d'application du principe général en vertu duquel un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. La Cour a énoncé le principe général comme suit :

« Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. »¹²

(Nous soulignons)

¹¹ *Borowski*, *supra* note 1.

¹² *Ibid.* à la p. 353.

23. La Cour a proposé une méthode d'analyse en deux étapes :

« 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. »¹³

(Nous soulignons)

« La première étape de l'analyse exige qu'on se demande s'il reste un litige actuel. »¹⁴

(Nous soulignons)

24. La Cour explore brièvement la définition du caractère théorique d'un litige :

« La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot "théorique" (moot) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est "théorique" si elle ne répond pas au critère du "litige actuel" »¹⁵

(Nous soulignons)

25. La Cour ne précise pas davantage les critères qui sont susceptibles de mener à la conclusion qu'une question est devenue théorique, mais la jurisprudence sur laquelle elle s'appuie¹⁶ indique clairement que dans la majorité des cas :

« les circonstances auxquelles les procédures des tribunaux d'instance inférieure se rapportent et sur lesquelles elles sont fondées n'existent plus, le *substratum* du litige a disparu. »¹⁷

26. Appliquant ces principes à l'espèce, la Cour décide que le recours de monsieur Borowski est devenu théorique parce que :

« [...] la *raison d'être* de l'action a disparu. »¹⁸

¹³ *Ibid.* à la p. 353.

¹⁴ *Ibid.* à la p. 354.

¹⁵ *Ibid.* à la p. 353.

¹⁶ *Ibid.* aux pp. 354-356.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 354, le juge Sopinka citant *The King Ex Rel. Tolfree v. Clark*, [1944] S.C.R. 69.

¹⁸ *Borowski*, *supra* note 1 à la p. 357.

27. Si les expressions « litige actuel », « différend concret et tangible » et « le *substratum* du litige » évoquent des notions plutôt abstraites, la formulation employée par la Cour pour conclure au caractère théorique du recours de monsieur Borowski, « la raison d'être de l'action a disparu. », exprime assez clairement le concept du litige théorique.
28. Lorsque le litige est théorique, la deuxième étape de l'analyse selon *Borowski* exige que le tribunal décide s'il y a lieu d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la poursuite de l'appel. La Cour a formulé trois facteurs qui doivent guider le tribunal dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire : (1) l'existence d'un véritable débat contradictoire; (2) l'existence de circonstances particulières justifiant l'affectation de ressources limitées du tribunal au règlement des appels théoriques; et (3) 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 autonomes¹⁹.

6. LE CARACTÈRE THÉORIQUE DANS LE CONTEXTE D'UN PROCÈS CRIMINEL

29. Dans l'arrêt de cette Cour du *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, le juge en chef écrivait :

« Le procès criminel consiste principalement à déterminer si la société peut restreindre la liberté et la sécurité d'une personne par suite d'un comportement criminel. La distinction traditionnelle entre les droits et les réparations, qui est faite parfois dans d'autres domaines du droit lorsqu'on effectue une qualification à des fins constitutionnelles comme ce fut le cas dans l'arrêt *Sobeys*, est inapplicable ou, du moins, inopportune en droit criminel. En effet, le droit criminel est principalement la stigmatisation de contrevenants et la restriction de leur liberté. En droit criminel, la détermination de la peine et le prononcé de la sentence sont en réalité plus importants que la nature du comportement y donnant lieu. »²⁰

¹⁹ *Smith*, *supra* note 2 à la p. 402.

²⁰ *Renvoi Relatif à la Loi sur les Jeunes Contrevenants*, [1991] 1 R.C.S. 252, à la p. 267.

30. Les particularités du droit criminel sont telles qu'il y a lieu de s'attarder à la jurisprudence qui lui est consacrée pour saisir la nature véritable du litige qui opposait les parties en l'instance et mesurer l'impact de l'expulsion de l'Intimé sur le caractère actuel du litige au moment de l'audition du pourvoi.

6.1. LA NATURE DU LITIGE PRINCIPAL DANS LE CONTEXTE DU PROCÈS CRIMINEL

31. La majorité de la Cour d'appel a analysé la question du caractère théorique du pourvoi en fonction du résultat recherché par l'Appelante, c'est-à-dire l'ordonnance de nouveau procès. La majorité a estimé que le pourvoi est devenu théorique parce que l'ordonnance de nouveau procès n'est pas susceptible d'exécution et qu'il n'y a pas de fondement factuel qui permet de croire que ce procès pourrait vraisemblablement avoir lieu.
32. On peut se demander si cette approche ne confond pas deux questions différentes. La première question est le sujet de la première étape de l'arrêt *Borowski* : existe-t-il un litige actuel? La deuxième question concerne la possibilité de faire subir un procès à l'Intimé nonobstant son expulsion. Il n'est pas clair que la prévisibilité raisonnable de la tenue du procès de l'Intimé soit un facteur pertinent quant à la première question.
33. Le reproche de l'Appelante voulant que les juges majoritaires aient confondu les deux étapes de l'arrêt *Borowski* n'est pas dépourvu de mérite puisqu'il apparaît que la majorité a accordé une importance considérable à l'indisponibilité de l'Intimé pour conclure au caractère théorique du pourvoi.
34. En fait, la question de l'existence d'un litige actuel ou, en l'instance, la question de savoir si la raison d'être du litige a survécu à l'expulsion de l'Intimé dépend beaucoup moins de la disponibilité de l'Intimé que de la qualification de la nature du litige. Si c'est la question de la culpabilité de l'accusé qui est au cœur du procès criminel, il est difficile de concevoir que ce litige devienne théorique en raison de l'indisponibilité de l'accusé.

35. La question telle que posée dans *Borowski* commande donc une réflexion sur la nature du litige principal entre l'État et le citoyen dans une affaire criminelle. Nous employons l'expression *litige principal* pour distinguer le cas à l'étude des cas de jurisprudence où les tribunaux ont considéré comme théoriques des litiges secondaires ou accessoires par rapport à la question principale de la culpabilité.
36. En l'instance, Anuja Baskaran, la conjointe de l'Intimé, est décédée dans des circonstances qui donnent lieu de croire que l'Intimé pourrait être tenu responsable de son décès. Le *lis inter partes* dans le contexte des procédures criminelles intentées contre l'Intimé porte sur la question de sa culpabilité relativement à la mort de madame Baskaran.
37. L'enjeu du procès criminel n'est pas une affaire privée qui ne concerne que la poursuivante et l'Intimé. La société en général a un intérêt direct dans tous les procès criminels, mais plus particulièrement dans les affaires de meurtre qui touchent au fondement même de la fonction de la protection de la vie humaine du droit criminel.
38. Dans *R. c. Mabior*, la Cour a rappelé ce principe fondamental :
- « L'objet principal du droit criminel est la réprobation publique d'actes fautifs en ce qu'ils portent atteinte à l'ordre public et sont si répréhensibles qu'ils justifient une sanction pénale »²¹
39. Dans *R. c. Askov*, le juge Cory écrivait :
- « ... la société a un intérêt à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi. »²²
40. La Cour a réaffirmé ce principe dans *R. c. Grant* :
- « La société s'attend généralement à ce que les accusations criminelles soient jugées au fond. »²³

²¹ *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, au para. 23.

²² *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, aux pp. 1219-1220.

²³ *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353, au para. 79.

41. Dans *R. c. Seaboyer*, la juge Mc Lachlin, alors juge puinée, écrivait à propos de la fonction du procès criminel :

« ...l'objet du procès criminel est de faire connaître la vérité afin que le coupable soit condamné et l'innocent acquitté »²⁴

42. Le rôle du poursuivant dans la poursuite d'une accusation criminelle a quant à lui été décrit comme suit dans *R. c. Power* :

« [L]e procureur général est un représentant de l'exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de justice de la collectivité. »²⁵

43. C'est la question de la responsabilité de l'Intimé par rapport au meurtre de madame Baskaran qui est l'objet du litige entre l'Appelante et l'Intimé. Ce litige est né lorsque le poursuivant a choisi d'exercer sa discrétion en déposant des accusations contre l'Intimé. La *raison d'être* du litige, selon l'arrêt *Borowski*, repose entièrement sur deux événements : le premier est immuable, il s'agit de la mort violente de la victime; le deuxième est la décision de l'Appelante d'intenter des procédures contre l'Intimé.

6.2. LES SOURCES DE L'ARRÊT *BOROWSKI* CONCERNANT LE LITIGE CRIMINEL

44. Dans l'arrêt *Borowski*, la Cour cite une jurisprudence variée qui se rapporte à des litiges qui, pour la plupart, ne relèvent pas du droit criminel. La Cour cite trois cas tirés de la jurisprudence canadienne qui relèvent du droit criminel ou pénal.
45. Dans la première affaire, *Re Cadeddu and The Queen*²⁶, un prisonnier qui contestait la révocation de sa libération conditionnelle est décédé avant que l'appel ne soit entendu. Dans

²⁴ *R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 605.

²⁵ *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 616.

²⁶ *Re Cadeddu and The Queen*, [1983] 41 O.R. (2d) 481, 146 D.L.R. (3d) 653 (C.A. Ont.).

la deuxième affaire, *R. c. Mercure*²⁷, la Cour avait permis que l'appel se poursuive alors que celui qui contestait une contravention pour excès de vitesse était décédé. Ces deux affaires ont en commun le fait que l'appel est devenu caduc à cause du décès de l'appelant.

46. La Cour cite également *Re Maltby and The Attorney General for Saskatchewan* comme signifiant que l'appel d'une déclaration de culpabilité devient théorique si l'accusé a purgé sa peine au moment de l'audition du pourvoi. Une remarque s'impose à l'égard de cette dernière affaire puisque dans *Re Maltby*, il s'agissait non pas d'un appel d'une déclaration de culpabilité, mais plutôt d'un recours entrepris par des détenus en attente de leur procès qui cherchaient un remède à la violation de leurs droits fondamentaux en raison des conditions particulièrement pénibles de leur détention préventive. Lors de l'audition du pourvoi, leur détention préventive avait cessé et la raison d'être de leur recours avait donc disparu.
47. La Cour cite également l'arrêt *Sibron v. New York*²⁸, où la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a clairement reconnu que le fait qu'un appelant ait purgé sa peine ne rend pas théorique l'appel de la déclaration de culpabilité.
48. Ceci revêt une certaine importance dans la mesure où il paraît discutable que le fait qu'un accusé ait purgé sa peine entraîne la caducité de son appel contre sa déclaration de culpabilité. En effet, la jurisprudence de cette Cour postérieure à l'arrêt *Borowski*, notamment dans les arrêts *R. c. Hinse*²⁹ et *R. c. Smith*³⁰, appuie plutôt la proposition voulant que, même après avoir purgé sa peine, un accusé puisse avoir un intérêt véritable à contester sa déclaration de culpabilité. Le litige portant sur la culpabilité reste donc actuel nonobstant le fait que l'accusé ait purgé sa peine.

²⁷ *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

²⁸ *Re Maltby and The Attorney General for Saskatchewan*, [1984] 10 D.L.R. (4th) 745 (C.A. Sask.), cité dans *Borowski*, *supra* note 1 aux pp. 356 et 359.

²⁹ *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597.

³⁰ *Smith*, *supra* note 2.

49. Il suffit d'imaginer, par exemple, le cas d'un accusé qui aurait été condamné à purger une journée de prison et serait incarcéré le jour même où il aurait été déclaré coupable. Son droit de se pourvoir contre la déclaration de culpabilité devrait logiquement demeurer intact nonobstant le fait qu'il ait purgé sa peine. L'éventail des conséquences néfastes qui peuvent résulter d'une déclaration de culpabilité est tel que les droits de l'accusé continuent d'en être affectés et que la raison d'être de son appel ne cesse pas d'exister du fait que la peine a été purgée³¹.

7. LA JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE À *BOROWSKI* EN DROIT CRIMINEL

7.1. L'APPLICATION DE L'ARRÊT *BOROWSKI* AU CAS DE L'ACCUSÉ DÉCÉDÉ

50. Cette Cour a revisité la question du caractère théorique dans l'arrêt *Smith*³². L'accusé avait été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré en 1985 et avait porté en appel sa déclaration de culpabilité. Le dossier est resté inactif pendant 16 ans. M. Smith est décédé en 1994. En 2001, le poursuivant a demandé le rejet du pourvoi en plaidant que le pourvoi était devenu théorique en raison du décès de M. Smith.
51. La Cour a traité de façon exhaustive, dans le contexte d'un appel d'une déclaration de culpabilité de meurtre, de la question de l'effet du décès de l'appelant sur le pourvoi. La Cour a expliqué que le décès d'un appelant rend le pourvoi théorique. Le juge Binnie écrit :

« 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. »³³

(Nous soulignons)

³¹ *Sibron v. New York*, 392 U.S. 40 (1968) [*Sibron*], **Recueil de sources de l'*amicus curiae* (ci-après « R.S.A.C. »), onglet 1; *United States v. Villamonte-Marquez*, 462 U. S. 579 (1983) [*Villamonte-Marquez*], R.S.A.C., onglet 2.**

³² *Smith*, *supra* note 2.

³³ *Ibid.* au para. 32.

52. La raison pour laquelle le litige est éteint tient au fait que le droit d'appel est un droit personnel de l'accusé. Lorsque l'Appelant décède, il cesse d'exister en tant que sujet du droit pénal. Il est évidemment indisponible physiquement, mais ce n'est pas son absence qui rend le pourvoi théorique. L'Appelant décédé, n'étant plus un sujet du droit criminel, devient juridiquement indisponible, car il est impossible de l'assujettir à l'autorité des tribunaux. Le décès de l'accusé rend donc immédiatement le litige théorique et il n'y a pas lieu de se pencher sur la première étape de l'arrêt *Borowski*.
53. La Cour a cependant retenu que le décès d'un appelant produit une double conséquence. Indépendamment de la question du caractère théorique, le décès de l'Appelant a d'abord un impact sur la compétence du tribunal d'appel. Étant donné que le tribunal d'appel tire sa compétence du dépôt de l'avis d'appel par l'accusé – qui exerce alors un droit personnel – la compétence du tribunal est atteinte par le décès de l'appelant. Pour que la compétence du tribunal d'appel soit maintenue, une personne vivante doit intervenir pour demander que l'appel soit continué³⁴. Si le pourvoi est repris par un ayant droit, le litige sera d'emblée considéré comme théorique et la continuation de l'appel sera sujette à l'exercice de la discrétion suivant les paramètres établis dans l'arrêt *Borowski*.
54. La Cour a donc précisé dans *Smith* les modalités d'application des principes énoncés dans *Borowski* dans les cas où se pose la question de l'impact du décès d'un appelant avant la décision de l'appel de sa déclaration de culpabilité³⁵. La Cour a défini comme suit le critère général :

« 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. »³⁶

³⁴ *Ibid.* au para. 29. Voir aussi : *R. v. MacLellan*, 2019 NSCA 2 [*MacLellan*], aux paras. 36 et 56; *R. c. Beausoleil*, 2016 QCCA 1046 [*Beausoleil*]; *R. v. Lewis*, 2007 BCCA 539, aux paras. 5-6; *R. v. Jetté* [1999] 141 C.C.C. (3d) 52 (C.A. Qué.) [*Jetté*].

³⁵ *Smith*, *supra* note 2 au para. 50.

³⁶ *Ibid.* au para. 50.

55. La Cour énonce ensuite les facteurs qui peuvent être pris en considération³⁷. Certains de ces facteurs prennent en compte le caractère unique de la situation de l'accusé décédé et ne sont pas transposables dans les cas où la question du caractère théorique est soulevée à l'égard d'un accusé qui n'est pas décédé.
56. Or, le cas à l'étude se distingue du cas de l'arrêt *Smith* par le fait que l'Intimé n'est pas décédé. Dans le présent cas, la question du caractère théorique n'est pas automatiquement déterminée par l'indisponibilité de l'Intimé. Cette question doit être tranchée en suivant les principes énoncés au stade de la première étape dans l'arrêt *Borowski*.

7.2. AUTRES CAS D'APPLICATION DE L'ARRÊT *BOROWSKI* EN DROIT CRIMINEL

57. Les cas où la question du caractère théorique est liée à l'indisponibilité de l'accusé due à son renvoi du Canada sont très rares. Outre ces quelques cas, sur lesquels nous reviendrons plus bas (cf. Section 8), la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Borowski* traite de plusieurs situations que l'on peut regrouper sommairement en trois catégories.
58. La **première catégorie** comprend les pourvois qui sont devenus théoriques en raison du décès de l'appelant (ou de l'intimé dans les cas où l'appel est interjeté par le poursuivant)³⁸. Ces affaires portent généralement sur la question de fond du procès, celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. En revanche, étant donné que le caractère théorique du pourvoi est acquis lorsque l'appelant est décédé, cette jurisprudence traite essentiellement de la deuxième étape de l'arrêt *Borowski*, c'est-à-dire l'exercice de la discrétion relativement

³⁷ *Ibid.* aux paras. 50-51.

³⁸ *Smith*, *supra* note 2; *MacLellan*, *supra* note 34; *R. v. Beaton*, 2018 ONCA 924; *R. v. Lillie*, 2018 ONCA 133; *Beausoleil*, *supra* note 34; *R. v. Lessard*, 2016 ONCA 596; *R. v. Hicks*, 2016 ONCA 291; *R. v. Ragnanan*, 2014 MBCA 1; *R. v. J.E.T.*, 2013 ONCA 492; *R. v. Allen*, 2012 BCCA 377; *R. v. Lewis*, 2007 BCCA 539; *Jetté*, *supra* note 34; *R. v. Lewis*, [1997] 153 D.L.R. (4th) 184 (C.A.B.-C.); *R. v. McLean Hay*, [1994] O.J. No. 2598 (C.A. Ont.); *Re Collins v. The Queen*, [1973] 3 O.R. 672 (C.A. Ont.).

à la poursuite de l'appel. Ces décisions sont donc peu utiles à la résolution de la question soulevée par ce pourvoi.

59. La **seconde catégorie** est composée de pourvois portant sur un litige accessoire au procès criminel alors que le litige principal, à savoir la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, a été résolu avant la détermination du pourvoi. Lorsque soit l'accusé a été acquitté, soit il a été déclaré coupable ou soit un arrêt des procédures a été ordonné, la raison d'être du procès criminel a disparu et la question accessoire portée en appel devient théorique.
60. Par exemple, dans *R. v. Rao*, l'accusé a contesté par voie de *certiorari* sa citation à procès à l'issue de son enquête préliminaire. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté le recours extraordinaire de M. Rao, qui s'est pourvu en appel. En parallèle, la poursuite a décidé d'arrêter les procédures dans le dossier à l'égard duquel Rao avait subi son enquête préliminaire et a déposé un acte d'accusation direct portant les mêmes accusations. Rao a subi son procès et a été trouvé coupable de l'ensemble de ces chefs d'accusation avant que le pourvoi contre le rejet du recours en *certiorari* ne soit tranché par la Cour d'appel. Estimant que l'appel était devenu théorique, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est passée à la deuxième étape du test établi dans *Borowski* et a décidé d'user de son pouvoir discrétionnaire pour entendre l'appel malgré son caractère théorique. Le litige relatif à la citation à procès avait perdu sa raison d'être une fois que l'accusé a été déclaré coupable, puisque le litige principal était résolu³⁹.
61. Dans cette deuxième catégorie des litiges théoriques en droit criminel, on retrouve également les situations suivantes :
- l'appel portant sur une requête préliminaire après que la poursuite ait arrêté les procédures⁴⁰, que l'accusé ait été acquitté⁴¹ ou qu'il ait plaidé coupable⁴²;

³⁹ *R. v. Rao*, 2012 BCCA 275. Voir au même effet: *R. v. McGrath*, 2008 NSCA 32.

⁴⁰ *Small c. R.*, 2007 QCCA 1417.

⁴¹ *R. v. McBride*, 2008 BCCA 440.

⁴² *Ontario (Provincial Police) v. Mosher*, 2015 ONCA 722.

- la contestation d'une ordonnance de blocage que l'arrêt des procédures a rendue caduque⁴³;
 - l'appel à l'encontre d'une ordonnance de non-publication après la fin du procès⁴⁴; et
 - le pourvoi contre une ordonnance enjoignant le procureur général à déboursier certains honoraires d'avocats pour la défense de l'accusé alors qu'il a été disposé du dossier en première instance⁴⁵.
62. La **troisième catégorie** concerne les pourvois portant sur un litige accessoire au procès criminel alors que la raison d'être de ce litige accessoire a disparu au moment de l'appel. À titre d'exemple, les affaires où sont soulevées des questions relatives à la mise en liberté provisoire⁴⁶, ou aux conditions de la détention préventive⁴⁷ sont fondées sur des situations de fait qui peuvent disparaître avant l'audition des pourvois. La question de la mise en liberté provisoire n'a plus d'objet lorsque la personne contestant sa détention est remise en liberté ou si les conditions de détention attaquées sont modifiées. Le caractère théorique de tels pourvois n'est pas lié à la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence qui peut demeurer actuelle nonobstant la caducité du litige secondaire. Le récent arrêt *Oland*⁴⁸ de cette Cour offre une illustration éloquente de ce type de situation.
63. Entrent également dans cette troisième catégorie les cas portant sur la peine ou l'administration de celle-ci. Plusieurs pourvois portent sur des appels contre le quantum de peines déjà purgées. Bien que le fait que l'accusé ait purgé sa peine ne rende pas théorique son droit d'en appeler

⁴³ *R. v. Trang*, 2004 ABCA 246.

⁴⁴ *Southam Inc. v. Canada*, [1990] 55 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.).

⁴⁵ *Québec (Procureur général) c. B.S.*, 2007 QCCA 1756; *R. v. L.S.*, [2006] O.J. No. 4808 (C.A. Ont.).

⁴⁶ *R. c. Oland*, [2017] 1 R.C.S. 250 [*Oland*].

⁴⁷ *R. v. Ross*, 2011 SKCA 62.

⁴⁸ *Oland*, *supra* note 46.

de sa déclaration de culpabilité⁴⁹, il semble généralement acquis que l'appel d'un accusé portant sur le quantum d'une peine qu'il a purgée au complet serait théorique⁵⁰.

64. De même, un appel visant à faire annuler en tout ou en partie, une ordonnance, prononcée en vertu de l'article 810 du *Code criminel* devient théorique si l'ordonnance a pris fin⁵¹. Il n'y a plus de raison de réviser l'ordonnance puisque la personne visée n'est plus requise de s'y conformer. Il faut également observer que dans ces cas particuliers, la personne visée par l'ordonnance n'est pas une personne accusée et le litige ne porte pas sur la question de la culpabilité ou de l'innocence.
65. La jurisprudence comporte d'autres exemples de pourvois théoriques entrant dans cette troisième catégorie :
- l'appel par un tiers d'une décision interdisant la publication alors qu'une nouvelle ordonnance interdisant la publication des mêmes renseignements a été rendue sans être contestée⁵²;
 - l'appel d'une ordonnance de divulgation d'un document qui fut finalement divulgué ou rendu public⁵³;
 - l'appel d'une ordonnance enjoignant au procureur général de payer pour un rapport alors que le rapport a été rédigé et que le procureur général a effectivement payé pour ledit rapport⁵⁴;

⁴⁹ *Sibron*, supra note 31, **R.S.A.C., onglet 1**.

⁵⁰ *R. c. B.W.P.*; *R. c. B.V.N.*, [2006] 1 R.C.S. 941; *R. v. Duguay*, 2019 BCCA 53; *R. v. Janvier*, 2018 ABCA 343; *R. v. Shaw*, 2015 ABCA 300; *R. v. Abdelhamid (W.A.)*, 2015 MBCA 35; *R. v. K.G.S.*, 2011 NUCA 1; *Hébert c. R.*, 2010 QCCA 2210; *R. v. A.D.*, 2008 NSCA 75; *R. v. C. (W. J.)*, 2008 MBCA 11.

⁵¹ *R. v. Louis*, 2014 BCCA 436; *R. v. Watson*, [1998] B.C.J. No. 2606 (C.A. B.-C.); *R. v. Lagace*, [2006] O.J. No. 37 (Ont. S.C.).

⁵² *R. v. Ahmad [Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada]*, 2009 ONCA 59.

⁵³ *R. v. Jackson*, 2015 ONCA 832; *R. v. Boyko*, [1999] M.J. No. 534 (Man. Q.B.).

⁵⁴ *R. v. Bill*, 2014 BCCA 60.

- l'appel d'une décision sur une requête *Robowtham* ordonnant que l'état paye les frais d'avocat de l'accusé alors que le procureur général avait conclu une entente de rémunération avec l'avocat concerné⁵⁵.

66. Somme toute, sauf les cas où l'appelant est décédé, aucun des cas susmentionnés ne traite de la caducité du litige principal concernant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé et il est difficile d'en tirer des lignes directrices qui s'appliqueraient à l'accusé qui est toujours vivant mais qui, pour une raison ou pour une autre, n'est pas disponible pour subir son procès.

8. L'INDISPONIBILITÉ DUE À L'EXPULSION DE L'ACCUSÉ ET LE CARACTÈRE THÉORIQUE : ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

67. La jurisprudence donne peu d'indications sur les critères en vertu desquels l'indisponibilité d'un appelant peut rendre un litige criminel théorique.

68. Dans *R. v. Ho*⁵⁶, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné l'arrêt des procédures contre l'accusé qui faisait face à des accusations de complot et de trafic d'héroïne en raison du fait que le procureur général refusait de défrayer les honoraires de l'avocat de son choix. Quelque temps après l'arrêt des procédures M. Ho a été déporté vers la Chine, pays avec lequel le Canada n'a pas de traité d'extradition.

69. Dans une décision préliminaire, la Cour d'appel a décidé que la question du caractère théorique et la question de fond devraient être débattues ensemble⁵⁷. La Cour a tenu compte du fait que le régime d'aide juridique de la province était disposé à financer le pourvoi jusqu'à la décision du caractère théorique, même si les deux questions devaient être débattues ensemble. L'analyse de la question du caractère théorique du pourvoi tient dans ces trois paragraphes :

« 14 It is not probable, even if the Crown succeeds, that the respondent will voluntarily return to Canada, although if he does I suppose he might claim refugee status.

⁵⁵ *R. v. Crichton*, 2015 BCCA 138.

⁵⁶ *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663.

⁵⁷ *R. v. Ho*, 2002 BCCA 672.

15 As Canada has no extradition treaty with the People's Republic of China, his return could not be demanded. In an unusual twist, the respondent, after the stay was entered, gave on commission evidence later put before the jury describing himself as the kingpin of the conspiracy and exculpating some one or more of the other accused. His having testified, however, would not prevent him returning to Canada as, by virtue of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, his evidence, if he did return and if he were tried again, could not be used against him.

16 But because, on balance, it seems highly improbable that the respondent will return to Canada, counsel appearing for him put forward the argument that this Court should consider this appeal to be academic. The Court, however, concluded that even if, as between the respondent and the Crown, the issue is academic, it is right that the Court should consider it because the foundation for the stay was the learned judge's view of the breadth of an asserted right to counsel at the public expense. »⁵⁸

70. La Cour d'appel n'aborde pas autrement la question du caractère théorique de telle sorte que l'impression qui se dégage de l'arrêt est que c'est parce qu'il est improbable que M. Ho revienne au Canada que le litige entre le ministère public et l'intimé Ho pouvait être considéré comme théorique. Cette façon de concevoir le caractère théorique du pourvoi est similaire à l'opinion de la majorité de la Cour d'appel en l'espèce.
71. La Cour d'appel de la Colombie britannique ne formule pas de commentaire concernant le rôle du gouvernement dans la déportation de M. Ho, de telle sorte qu'il n'est pas possible de déterminer si ce facteur a eu une incidence sur la décision de la Cour concernant le caractère théorique. En fait, la Cour d'appel semblait avoir estimé d'emblée que l'importance de la question de droit soulevée par le pourvoi justifiait que l'appel soit continué. La question fondamentale de l'impact de l'expulsion de l'intimé sur la *raison d'être* des accusations de trafic d'héroïne portées contre lui n'est pas discutée.

⁵⁸ R. v. Ho, 2003 BCCA 663, aux paras 14-16.

72. Le dispositif du jugement conclut à l'annulation de l'arrêt des procédures, mais ne comporte pas d'ordonnance de nouveau procès ou de renvoi du dossier devant le juge de première instance pour qu'il soit continué.
73. Plus récemment, dans *R. v. Dauti*⁵⁹, la Cour d'appel de l'Alberta a refusé d'entendre l'appel de l'accusé-appelant à l'encontre de sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Dauti était retourné chez lui au Kosovo en raison de problèmes de santé et d'immigration après sa déclaration de culpabilité, mais avant la détermination de sa peine, qui fut imposée *in absentia*. Dans un premier temps, la poursuite a demandé le rejet de son appel en invoquant le fait que Dauti devait être considéré comme un fugitif qui ne pouvait réclamer l'aide des tribunaux s'il n'acceptait pas de se soumettre à leur autorité⁶⁰.
74. Dauti a alors soutenu qu'il n'avait pas pu rentrer au Canada en raison de l'existence d'un ordre d'expulsion prononcé contre lui. La Cour, n'étant pas convaincue que Dauti était un fugitif, n'a pas rejeté son pourvoi, mais a exigé qu'il fasse la démonstration des efforts qu'il a faits pour se rendre au Canada et faire face à la justice. Dans un deuxième temps, la Cour a fixé une échéance pour le retour au Canada de l'appelant Dauti⁶¹. Plus tard, lorsque Dauti a demandé une ordonnance pour forcer l'Intimée à produire son *factum*, la Cour a rejeté sa demande et invité le poursuivant à demander le rejet de l'appel.
75. La Cour ne réfère ni à *Borowski* ni à la doctrine du caractère théorique. Elle estime plutôt que Dauti doit être considéré comme un appelant qui refuse de se soumettre à l'autorité du tribunal⁶². Toutefois, dans une note de bas de page, la Cour exprime l'opinion que la déportation sans perspective réaliste de retour rend le pourvoi théorique :

« As a general rule an appeal court should be reluctant to expend its own resources and require additional public and private resources to be devoted to an appeal that will have no consequences whatsoever for the appellant. This will most certainly be the case if the appellant is dead

⁵⁹ *R. v. Dauti*, 2019 ABCA 59.

⁶⁰ *R. v. Dauti*, 2017 ABCA 26.

⁶¹ *R. v. Dauti*, 2018 ABCA 72.

⁶² *R. v. Dauti*, 2019 ABCA 59, au para. 17. Voir *R. v. Ethier*, 2010 BCCA 422; *R. v. Dzambas*, [1973] O.J. No. 871 (C.A. Ont.).

and usually if the appellant has been deported with no realistic prospects of setting aside the deportation order. See *The Queen v. Lewis*, 1997 CanLII 3584 (BC CA), 153 D.L.R. 4th 184, 186 (B.C.C.A. 1997) (“criminal proceedings abate when the accused dies”); *The Queen v. Cole*, 1980 CanLII 2611 (MB CA), 57 C.C.C. 2d 150, 152 (Man. C.A. 1980) (“Since the special inquiry has been completed and an order of deportation made, it is evident that whether Cole is entitled to remain mute and whether he was entitled to refuse to give his name and to answer questions put to him is now purely academic.”)⁶³

(Nous soulignons)

76. L’arrêt *R. v. Cole*⁶⁴, que cite la Cour d’appel de l’Alberta dans *Dauti*, est une décision antérieure à l’arrêt *Borowski*, où la majorité de la Cour d’appel du Manitoba a refusé d’entendre l’appel du poursuivant contre l’acquittement de M. Cole d’une accusation d’avoir fait une fausse déclaration en vertu de la *Loi sur l’immigration*. Avant la conclusion du pourvoi, un ordre de déportation avait été donné contre Cole, mais n’avait pas encore été exécuté. L’accusé avait fait la fausse déclaration dans le cadre de l’enquête qui a mené à sa déportation et la question en litige en appel concernait son droit au silence dans le cadre des procédures de renvoi.
77. La majorité de la Cour était d’avis que cette question devenait académique puisque l’ordre de renvoi avait été donné de toute façon :
- «Since the special inquiry has been completed and an order of deportation made, it is evident that whether Cole is entitled to remain mute and whether he was entitled to refuse to give his name and to answer questions put to him, is now purely academic.»⁶⁵
78. Le juge Huband, dissident, estimait toutefois que la détermination de la culpabilité de M. Cole et sa déportation étaient des enjeux distincts et qu’en raison des conséquences potentielles d’une déclaration de culpabilité pour celui-ci, il fallait entendre l’appel. Il s’en exprime comme suit :

⁶³ *R. v. Dauti*, 2019 ABCA 59, au para. 20 (note de bas de page 12).

⁶⁴ *R. v. Cole*, [1980] M.J. No. 40 (C.A. Man.).

⁶⁵ *Ibid.* au para. 4.

« The fact that a deportation order has been made against the respondent, Cole though not yet put into effect, has nothing to do with the charge against him under s. 95(g) of the *Immigration Act*. There is still a live issue as to whether he is in violation of s. 95(g) of the *Act*, and thus liable to the penalties under s. 95(o). The potential penalties, - a fine not exceeding \$1,000.00 or imprisonment for a term not exceeding six months or both, - are totally different from deportation itself. Since it is a separate dispute from the question of deportation. »⁶⁶

79. Selon le juge Huband, l'enjeu du procès criminel n'est pas affecté par l'ordonnance d'expulsion, et ce litige est toujours actuel.
80. La décision de la majorité dans *Cole* doit cependant être lue à la lumière de la jurisprudence plus récente en matière d'immigration. Cette jurisprudence enseigne que dans les cas où des procédures judiciaires se poursuivent alors qu'une partie est expulsée ou menacée d'expulsion du Canada, il est important de bien qualifier la nature du litige afin d'évaluer le caractère théorique d'un pourvoi. L'expulsion d'une partie au litige ne rendra le pourvoi théorique que si l'issue du pourvoi n'est pas susceptible d'affecter les droits des parties. Deux exemples de recours prévus par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)* illustrent cette distinction⁶⁷.
81. Lorsqu'il est question de réviser le refus d'octroyer le statut de réfugié en vertu des articles 96 et 97 *LIPR* ou d'autrement statuer sur les droits fondamentaux protégés par la *LIPR*, le renvoi d'une personne dans son pays d'origine n'éteint pas le litige. Au contraire, l'issue d'un tel pourvoi a un impact direct sur la situation juridique de la personne expulsée et est notamment susceptible d'affecter, positivement ou négativement, ses chances de retour au Canada. Si l'expulsion devait rendre le litige théorique, le gouvernement pourrait, en mettant à exécution

⁶⁶ *Ibid.* au para. 10.

⁶⁷ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

un ordre de renvoi, éteindre les droits des individus qui s'adressent aux tribunaux afin de faire réviser les décisions rendues par les agents du ministère de l'Immigration⁶⁸.

82. En revanche, lorsqu'un appel ou une demande de révision judiciaire porte sur une question accessoire au processus d'immigration ou sur un litige devant autrement être déterminé avant l'expulsion d'un intéressé, le renvoi du Canada peut avoir pour effet de rendre théorique le litige accessoire. C'est le cas de l'examen des risques avant renvoi prévu à l'article 112 de la *LIPR*. Le but de cette procédure est de s'assurer qu'une personne ne court pas de risque pour sa personne dans son pays d'origine, analyse qui, pour avoir un sens, doit évidemment avoir lieu avant qu'elle ne soit expulsée du Canada. Par conséquent, on a considéré que le renvoi de l'intéressé annihile la raison d'être de l'examen des risques avant renvoi⁶⁹. Selon nous, l'arrêt de la Cour fédérale dans *Velasquez-Guzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*⁷⁰, que cite la majorité, entre dans cette catégorie.
83. En somme, par analogie avec le sort du litige principal en droit criminel, lorsqu'un pourvoi a pour objet l'octroi du statut de réfugié, ce litige principal ne devient pas théorique en raison du renvoi du demandeur d'asile du Canada. Cependant, des litiges accessoires, à l'instar des exemples susmentionnés en droit criminel, peuvent quant à eux devenir théoriques si leur raison d'être a disparu. Tout dépend de la nature du litige.

⁶⁸ *Lovera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2016] F.C.J. No. 878 [**Lovera**]; *Mrda c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2016] F.C.J. No. 37; *Magyar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] F.C.J. No. 1108; *Molnar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] 4 R.C.F. 679; *Rosa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] 4 R.C.F. 199; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2010] F.C.J. No. 418; *Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 CF 432; *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370.

⁶⁹ *Solis Perez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2009] F.C.J. No. 691 (C.A. Fed.); *Boakye c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 831; *Lovera, supra* note 68; *Rana c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2010] F.C.J. No. 331; *Nalliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] F.C.J. No. 956; *Thamotharampillai c. Canada (Solliciteur Général)*, [2005] F.C.J. No. 953; *Figurado c. Canada (Solliciteur général)*, [2005] 4 R.C.F. 387.

⁷⁰ *Velasquez Guzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 358.

84. Sous cet angle, on pourrait soutenir que le litige principal, dans *Cole*, concernait la culpabilité ou l'innocence de l'accusé de l'accusation qui lui était reprochée et qu'il est difficile de saisir en quoi la déportation peut avoir pour effet d'en supprimer la raison d'être.
85. Dans *R. v. Apaya and Gunn*⁷¹, également rendu avant *Borowski*, la Cour d'appel du Manitoba a fait face à une situation similaire au présent pourvoi. M. Apaya et ses coaccusés ont été acquittés d'accusations de complot en vue de se livrer au trafic d'armes. Alors que la poursuite porte cet acquittement en appel, M. Apaya est expulsé du pays par le ministère de l'Immigration. Constatant l'incohérence de l'action des différentes branches de l'État, incohérence d'autant plus étonnante dans ce cas que le poursuivant et le procureur général du gouvernement fédéral sont en cause, la Cour décide tout de même d'entendre l'appel :

« One arm of the federal Government wished to appeal the acquittal, while the other arm was making certain that the accused would not be present at the hearing. There is a gross inconsistency on the part of the federal Government, but of such stuff arguments are made. Because of the complexity of the issue, we adjourned Mr. Prober's motion to dismiss the appeal against this client and decided to have the benefit of his argument on the merits of the case. For the reasons previously given, the acquittal of Dr. Apaya is also quashed. The Crown will not be able to proceed against him, since he is out of the country, and will probably have to stay all matters pertaining to him. The decision, therefore, in so far as Dr. Apaya is concerned, is academic. The federal Government put itself in that predicament — amongst others — and it will have to find a way out without any assistance from this Court. »⁷²

(Nous soulignons)

86. La Cour ne se livre pas à une analyse détaillée du caractère théorique, mais distingue clairement la détermination du pourvoi sur le fond, d'une part, et la possibilité que l'ordonnance de nouveau procès puisse être exécutée et la façon dont elle le sera, d'autre part. Elle ajoute que, comme la poursuite des procédures contre M. Apaya relève de

⁷¹ *R. v. Apaya and Gunn* [1980] 54 C.C.C (2d) 163 (C.A. Man.).

⁷² *Ibid.* à la p. 169.

l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, il reviendra à l'exécutif de décider ce qu'il adviendra de la poursuite contre l'accusé expulsé.

87. Enfin, du côté américain, l'approche de la Cour suprême des États-Unis en la matière, et sur laquelle s'appuie l'Appelante, est pertinente. Dans *United States v. Villamonte-Marquez*, deux personnes accusées ont été trouvées coupables de complot en vue d'importer du cannabis aux États-Unis en première instance, puis acquittées en appel. La poursuite s'est pourvue devant la Cour suprême, mais entretemps, les accusés ont été expulsés des États-Unis. La Cour a rejeté l'argument des accusés à l'effet que le pourvoi était devenu théorique puisqu'il demeurerait possible qu'ils soient extradés et emprisonnés si la Cour suprême devait infirmer la décision de la Cour d'appel. À cela s'ajoutait la pléthore de conséquences juridiques collatérales découlant d'une déclaration de culpabilité :

« That respondents have been deported likewise does not remove the controversy involved. Following a reversal of the Court of Appeals, there would be a possibility that respondents could be extradited and imprisoned for their crimes, or if respondents manage to re-enter this country on their own they would be subject to arrest and imprisonment for these convictions. See *United States v. Campos-Serrano*, 404 U. S. 293, 294, n. 2 (1971). In addition, as a collateral consequence of the convictions, the Government could bar any attempt by respondents to voluntarily re-enter this country. 8 U. S. C. § 1182(a)(9). See *Pennsylvania v. Mimms*, 434 U. S. 106, 108, n. 3 (1977) (per curiam); *Sibron v. New York*, 392 U. S. 40, 53-57 (1968) »⁷³

88. Dans le cas *Villamonte-Marquez*, le procès était terminé et la peine avait été prononcée de telle sorte que l'on doit comprendre que c'est plutôt en raison des effets possibles sur les accusés que la Cour a rejeté l'argument du caractère théorique.

9. L'IMPACT DE L'INDISPONIBILITÉ DE L'ACCUSÉ

89. Considérant les préoccupations exprimées par la Cour d'appel, la question fondamentale à la première étape de l'analyse de l'arrêt *Borowski* était la suivante : est-ce que l'expulsion de l'Intimé a fait en sorte que la raison d'être du litige a disparu? On peut se demander si

⁷³ *Villamonte-Marquez*, *supra* note 31, **R.S.A.C.**, onglet 2.

cette question fondamentale n'a pas été occultée par le problème secondaire que posait l'expulsion de l'Intimé, c'est-à-dire la difficulté de mettre en œuvre l'ordonnance de nouveau procès.

90. En principe, le fait que l'accusé ne soit pas physiquement sous l'autorité du tribunal ne fait pas en sorte que les procédures criminelles dirigées contre lui peuvent être considérées comme théoriques. Le *Code criminel* ne contient aucune règle à cet effet. Au contraire, le *Code criminel* et la législation relative à l'extradition militent fortement à l'encontre une telle proposition.
91. Le *Code criminel* traite de façon distincte de la procédure relative au lancement de la procédure par le dépôt de la dénonciation et des différentes manières d'assurer la comparution de l'inculpé⁷⁴. Le litige qui fait l'objet du procès criminel naît au moment du dépôt de la dénonciation. Par la suite, le mode de comparution le moins contraignant doit être appliqué, mais le tribunal saisi de la dénonciation a le pouvoir d'ordonner l'arrestation du prévenu et de décerner un mandat pour le forcer à comparaître pour qu'il puisse exercer sur lui sa compétence⁷⁵.
92. Tout au long du processus, si l'accusé fait défaut de comparaître, le tribunal conserve le pouvoir d'ordonner son arrestation préservant ainsi sa compétence à l'égard de l'accusé⁷⁶. Il est d'ailleurs expressément prévu qu'un mandat d'arrestation peut être décerné lorsqu'une cour d'appel ordonne un nouveau procès⁷⁷. Ce pouvoir n'est pas assujéti à la condition qu'il soit probable ni même possible que le mandat puisse être un jour exécuté. Le mandat enjoint aux agents de la paix de procéder à l'arrestation du prévenu. Il appartient à l'exécutif de voir

⁷⁴ La partie XVI du *Code criminel* traite entre autres des moyens à la disposition du tribunal pour forcer la comparution d'un individu. La partie XIV, quant à elle, porte sur la juridiction du tribunal.

⁷⁵ Article 507 du *Code criminel*.

⁷⁶ Articles 512(2) et 597 du *Code criminel*.

⁷⁷ Article 507(8) du *Code criminel*.

à ce que le mandat soit exécuté et que l'accusé soit amené devant le tribunal pour qu'il soit traité selon la loi⁷⁸.

93. Bien entendu, lorsqu'il comparait pour répondre à l'accusation, l'accusé a le droit d'être présent à toutes les phases de son procès, mais même cette règle connaît ses exceptions. Si l'accusé s'esquive pendant son enquête préliminaire ou son procès, le tribunal peut continuer les procédures en son absence, inscrire contre lui une déclaration de culpabilité et prononcer la peine⁷⁹. Ce pouvoir peut être exercé du moment qu'il est établi que l'accusé s'est esquivé. La compétence du tribunal n'est alors aucunement assujettie à l'existence d'une possibilité raisonnable que la peine puisse être appliquée un jour. Où que se trouve l'accusé, que ce soit au Canada ou ailleurs, qu'il soit ou non susceptible de faire l'objet d'une demande d'extradition, lorsqu'il est établi qu'il s'est esquivé, son procès peut être mené à terme en son absence.
94. Le processus d'extradition est, en réalité, un prolongement, à l'échelle internationale, des moyens à la disposition de l'exécutif pour donner effet aux ordonnances d'un tribunal canadien. Comme cette Cour l'a déjà souligné, l'objectif de l'extradition est d'assurer « la citation en justice des fugitifs afin de déterminer régulièrement leur culpabilité ou leur innocence »⁸⁰.
95. Pour s'assurer qu'un accusé se trouvant à l'extérieur du pays ne puisse échapper à la justice, il revient à l'exécutif de mettre en œuvre les moyens qui sont à sa disposition, y compris la procédure d'extradition, en vue d'assujettir l'accusé à la compétence du tribunal. Qu'une demande d'extradition soit adressée à un partenaire d'extradition ou à un État qui n'en est pas un, cette initiative demeure à l'entière discrétion de l'exécutif⁸¹.
96. L'ensemble des mesures de contrainte que le législateur met à la disposition du tribunal de juridiction criminelle démontre que l'intention du législateur est de faire en sorte que tant qu'il est vivant, et tant que le poursuivant ne met pas fin aux procédures intentées contre lui,

⁷⁸ *Code criminel*, Formule 7.

⁷⁹ Articles 544 et 475 du *Code criminel* respectivement.

⁸⁰ *États-Unis c. Cotroni*; *États-Unis c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1487.

⁸¹ *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, au para 27; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 514.

l'accusé demeure soumis au pouvoir du tribunal de juger la question de sa responsabilité par rapport au crime dont il est accusé. Cette intention est également appuyée par le caractère imprescriptible, au Canada, des poursuites par voie d'acte criminel.

97. Il est donc difficile de soutenir que l'indisponibilité d'un accusé pour subir son procès devrait emporter la caducité des procédures intentées contre lui.
98. L'Appelante souligne dans son mémoire les effets négatifs de la décision de la majorité sur la capacité des autorités de traduire en justice les fugitifs. Si le fait qu'il est improbable qu'un accusé puisse être amené à comparaître devant le tribunal entraîne la caducité du litige, ne faudrait-il pas exiger, à tout stade des procédures, la preuve d'une probabilité réaliste de l'appréhension de l'accusé pour justifier l'émission d'un mandat d'arrestation contre lui? Une telle proposition paraît peu souhaitable puisqu'elle aurait comme conséquence de récompenser le fugitif en le mettant à l'abri de la justice.

10. L'IMPACT DU RÔLE JOUÉ PAR LE GOUVERNEMENT DANS L'EXPULSION DE L'INTIMÉ

99. L'Intimé n'est pas disponible pour subir son procès parce qu'il a été renvoyé par le gouvernement canadien dans un pays qui rend difficile l'exercice de la compétence des autorités provinciales sur sa personne. Cette situation pose deux questions.
100. La première dépend de la qualification du litige. Si le litige qui est au cœur du procès criminel de l'Intimé concerne la question de sa responsabilité relativement au meurtre de sa conjointe, le fait qu'il ne soit pas disponible pour subir son procès n'est pas, à première vue, une circonstance qui modifie la situation juridique des parties par rapport à l'objet du litige. La *raison d'être* du litige existe toujours.
101. Peu importe où se trouve l'Intimé, tant qu'il sera vivant, et tant que le poursuivant maintiendra sa décision de poursuivre, la question de la responsabilité de l'Intimé relativement au meurtre de sa conjointe restera actuelle. Il en sera ainsi tant que la question fondamentale du procès n'aura pas été tranchée au fond, soit par une décision judiciaire

finale confirmant l'arrêt des procédures, soit par un verdict du tribunal à l'issue d'un procès. Pour reprendre les termes de cette Cour dans *R. c. Finlay*, l'accusé « continue d'être en danger »⁸².

102. La deuxième question consiste à se demander si le fait que l'indisponibilité de l'Intimé soit le résultat de l'action du gouvernement canadien contribue de façon significative à l'analyse du caractère théorique. En substance, il faut se demander si l'action du gouvernement canadien peut avoir pour effet de disqualifier l'Appelante de continuer les procédures contre l'Intimé. Plusieurs arguments paraissent faire obstacle à une telle conclusion.
103. D'abord, deux ordres de gouvernement sont en jeu en l'espèce. Il serait injuste d'opposer à l'Appelante les mesures légitimement prises par le procureur général fédéral dans l'exercice de ses compétences alors que les deux ordres de gouvernement ont des compétences distinctes qu'ils exercent indépendamment l'un de l'autre.
104. À supposer qu'un comportement fautif relativement à l'expulsion de l'Intimé puisse être imputé aux autorités fédérales – qui n'ont aucun rôle dans la poursuite intentée par l'Appelante contre l'Intimé – on voit mal comment cette faute pourrait être imputée à l'Appelante.
105. Par ailleurs, une fois que l'arrêt des procédures a été prononcé par la Cour supérieure en faveur de l'Intimé, ce dernier devait être considéré comme un homme libre et la capacité du gouvernement canadien de le maintenir en détention en vertu des règles du droit de l'immigration était limitée⁸³. Le gouvernement fédéral ne pouvait pas utiliser le régime de la *LIPR* pour détenir préventivement l'Intimé aux fins d'un éventuel procès de meurtre. Il est, en conséquence difficile de reprocher au gouvernement fédéral une faute dans la mise en œuvre du processus de renvoi visant l'Intimé.

⁸² *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, au para. 112 [*Finlay*].

⁸³ *Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700.

106. Quant à l'observation des juges de la majorité selon laquelle l'extradition de l'Intimé est un évènement aléatoire sujet au bon vouloir du gouvernement canadien⁸⁴, la *Loi sur l'Extradition* prévoit qu'il revient au ministre de la Justice fédéral de formuler des demandes d'extradition, à la demande de l'autorité compétente responsable de la poursuite, l'Appelante en l'espèce⁸⁵. Il n'y a, en principe, aucune raison de penser que le ministre de la Justice refuserait de donner suite à une demande d'extradition de l'Appelante visant l'Intimé.
107. De plus, il ne paraît pas exister d'obstacle juridique à ce que le Canada demande l'extradition de l'Intimé nonobstant le fait qu'il a été expulsé par le Canada. Les tribunaux canadiens ont généralement reconnu qu'un ressortissant canadien expulsé d'un pays étranger pouvait, sans problème, être par la suite extradé du Canada vers ce même pays à la demande des autorités de cet État⁸⁶. Ce constat est valable même si le pays étranger en question a renvoyé le ressortissant canadien alors que des procédures criminelles pendantes avaient cours contre lui dans sa propre juridiction au moment de l'expulsion⁸⁷. On devrait pouvoir s'attendre à ce que la réciprocité soit vraie et que les tribunaux canadiens reconnaissent que le Canada peut demander l'extradition de l'Intimé même après l'avoir expulsé.
108. L'expulsion de l'Intimé nuit sans contredit à la capacité de l'Appelante de faire progresser le dossier, mais il n'y a pas de raison d'en déduire que l'Appelante est disqualifiée de continuer les procédures contre l'Intimé.
109. Par conséquent, il est permis d'avancer que l'expulsion de l'Intimé n'affecte en rien la *raison d'être* du litige qu'est le procès criminel de l'Intimé. Ni l'expulsion en soi ni l'attribution de la responsabilité de l'expulsion au gouvernement canadien ne permettent de conclure que le

⁸⁴ Jugement dont appel, au para. 77.

⁸⁵ Article 78 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18.

⁸⁶ *United States of America v. Johnstone*, 2013 BCCA 2, aux paras. 34 à 38 [**Johnstone**]; *United States of America v. Gillingham*, 2004 BCCA 226, aux paras. 252-253, permission d'appeler à la C.S.C. refusée, [2004] 3 S.C.R. viii; *Ecrement v. Séguin*, [1921] 33 Que. K.B. 302, 39 C.C.C. 113, aux pp. 118 et 126.

⁸⁷ *Johnstone*, *supra* note 86 aux paras. 37 à 38.

litige principal en l'espèce, à savoir la détermination de la responsabilité de l'Intimé par rapport au meurtre de sa conjointe, a perdu sa raison d'être.

11. CONCLUSION

110. L'une des façons d'apprécier le caractère actuel d'un litige est de se demander si les droits d'une des parties seront affectés si les procédures sont menées à terme⁸⁸.
111. La majorité en Cour d'appel a estimé que l'expulsion de l'Intimé avait eu comme conséquence de rendre improbable la mise en œuvre d'une ordonnance de nouveau procès et que cela avait pour effet d'entraîner la caducité de l'appel. On peut en déduire que, selon la majorité, si l'ordonnance de nouveau procès ne pouvait être mise en œuvre dans un avenir prévisible, alors l'issue du pourvoi ne pouvait pas affecter les droits des parties.
112. Vu sous un autre angle, cependant, dans la mesure où l'on convient de la fonction sociale du droit criminel et de la responsabilité de l'Appelante de voir à ce que les poursuites criminelles soient menées à terme, on peut se demander si le maintien de la décision de la majorité n'a pas pour effet d'entraver l'exercice des responsabilités du poursuivant et d'enrayer, par le fait même, la fonction sociale du droit criminel. En ce sens, l'issue du pourvoi devant cette Cour risque d'avoir un impact sur la situation juridique de l'Intimé et de l'Appelante.
113. Il y a également lieu de se demander si la poursuite de l'appel, et dans l'hypothèse la plus favorable à l'Appelante, l'annulation de l'arrêt des procédures et une ordonnance de nouveau procès pourraient affecter les droits de l'Intimé. L'ordonnance de nouveau procès aurait pour effet d'exposer l'Intimé au risque qu'il soit tenu responsable du meurtre de sa conjointe et qu'il subisse les sanctions applicables advenant qu'il soit éventuellement déclaré coupable⁸⁹. Ce risque ferait peser sur lui la crainte d'une peine d'emprisonnement à perpétuité et limiterait sans doute sa liberté de mouvement en l'obligeant à se réfugier dans un pays qui n'est pas susceptible de répondre favorablement à une demande d'extradition du

⁸⁸ *Borowski*, *supra* note 1 à la p. 353.

⁸⁹ *Villamonte-Marquez*, *supra* note 31, **R.S.A.C., onglet 2**.

gouvernement du Canada. Ainsi, le pourvoi de l'Appelante fait en sorte que l'Intimé continue d'être en danger⁹⁰.

114. Sur le plan pratique, une ordonnance de nouveau procès donnerait lieu au renvoi du dossier devant la Cour supérieure qui devrait décerner un mandat d'arrestation en vue de forcer sa comparution devant la Cour supérieure⁹¹. Tant que l'Intimé n'aura pas comparu, le dossier restera inactif à un coût pratiquement nul pour l'administration de la justice.
115. L'Intimé a manifestement intérêt à ce que la Cour rejette ce pourvoi. En effet, si la décision de la Cour d'appel est maintenue, l'Intimé sera mis à l'abri de façon définitive et irréversible de toute forme de sanction pénale pouvant résulter de sa responsabilité par rapport au meurtre de sa conjointe. Il sera dorénavant libre de circuler où bon lui semblera, y compris de revenir au Canada, légalement ou non, sans craindre d'être importuné par les autorités pour sa participation au meurtre de sa conjointe. La question de sa responsabilité n'aura jamais été résolue, mais il échappera à toutes les conséquences qui pourraient, légalement, en découler si la justice devait suivre son cours.
116. Il apparaît donc en l'instance que le fait que la Cour d'appel ait refusé d'entendre le pourvoi de l'Appelante pourrait avoir des conséquences favorables importantes, et permanentes, sur les droits de l'Intimé avant même que l'arrêt des procédures prononcé en sa faveur par la Cour supérieure ait été confirmé par un jugement final sur le fond.
117. En conséquence, il nous apparaît raisonnable de soutenir que le litige qui faisait l'objet du pourvoi devant la Cour d'appel n'est pas devenu théorique du fait de l'expulsion de l'Intimé par le gouvernement.

⁹⁰ *Finlay, supra* note 82 au para. 112.

⁹¹ Article 507(8) du *Code criminel*.

PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS

118. Cette partie ne s'applique pas.

PARTIE V – ORDONNANCES DEMANDÉES

119. Vu la nature du mandat confié à l'*amicus curiae*, cette partie ne s'applique pas.

Montréal, 21 mars 2019

M^e Louis Belleau, Ad. E.
Louis Belleau Avocat Inc.
amicus curiae

PARTIE VI – TABLE DES SOURCES

Législation

Paragraphe(s)

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-4664,90,91,92,93,114
(Français) arts [475](#), [507](#), [512](#), [544](#), [597](#), [Formule 7](#)
(English) arts [475](#), [507](#), [512](#), [544](#), [597](#), [Form 7](#)

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18106
(Français) art. [78](#)
(English) art. [78](#)

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés,
L.C. 2001, c. 2776,80
(Français) arts [96-97](#), [112](#)
(English) arts [96-97](#), [112](#)

Jurisprudence canadienne

Boakye c. Canada (Citoyenneté et Immigration),
[2018 CF 831](#)82

Borowski c. Canada (Procureur général), [\[1989\] 1 R.C.S. 342](#)
.....2,8,9,11,15,16,17,18,22,
.....23,24,25,26,28,32,33,35,
.....43,44,47,48,52,53,54,56,
.....57,58,60,75,76,85,89,110

Canada c. Schmidt, [\[1987\] 1 R.C.S. 500](#)95

*Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency
Preparedness)*, [2015 ONCA 700](#)105

Ecrement v. Séguin, [\[1921\] 33 Que. K.B. 302](#),
[39 C.C.C. 113](#)107

États-Unis c. Cotroni; États-Unis c. El Zein,
[\[1989\] 1 R.C.S. 1469](#)94

États-Unis d'Amérique c. Kwok, [\[2001\] 1 R.C.S. 532](#)95

Figurado c. Canada (Solliciteur général), [\[2005\] 4 R.C.F. 387](#)
.....82

*Freitas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de
l'Immigration)*, [\[1999\] 2 CF 432](#)81

Hébert c. R., [2010 QCCA 2210](#)63

<u>Jurisprudence canadienne</u> (<i>suite</i>)	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Lovera c. Canada</i> (Citoyenneté et Immigration), [2016] F.C.J. No. 87881,82
<i>Magyar c. Canada</i> (Citoyenneté et Immigration), [2015] F.C.J. No. 110881
<i>Molnar c. Canada</i> (Citoyenneté et Immigration), [2015] 4 R.C.F. 67981
<i>Mrda c. Canada</i> (Citoyenneté et Immigration), [2016] F.C.J. No. 3781
<i>Nalliah c. Canada</i> (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] F.C.J. No. 95682
<i>Ontario (Provincial Police) v. Mosher</i> , 2015 ONCA 72261
<i>Québec (Procureur général) c. B.S.</i> , 2007 QCCA 175661
<i>R. c. Askov</i> , [1990] 2 R.C.S. 119939
<i>R. c. B.W.P.</i> ; <i>R. c. B.V.N.</i> , [2006] 1 R.C.S. 94163
<i>R. c. Beausoleil</i> , 2016 QCCA 104653,58
<i>R. c. Finlay</i> , [1993] 3 R.C.S. 103101,113
<i>R. c. Grant</i> , [2009] 2 R.C.S. 35340
<i>R. c. Hinse</i> , [1995] 4 R.C.S. 59748
<i>R. c. Mabior</i> , [2012] 2 R.C.S. 58438
<i>R. c. Mercure</i> , [1988] 1 R.C.S. 23445
<i>R. c. Oland</i> , [2017] 1 R.C.S. 25062
<i>R. c. Power</i> , [1994] 1 R.C.S. 60142
<i>R. c. Seaboyer</i> ; <i>R. c. Gayme</i> , [1991] 2 R.C.S. 57741
<i>R. c. Smith</i> , [2004] 1 R.C.S. 385	2,13,28,48,50,51,53,54,55,56,58
<i>R. v. A.D.</i> , 2008 NSCA 7563

<u>Jurisprudence canadienne</u> (<i>suite</i>)	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>R. v. Abdelhamid</i> (W.A.), 2015 MBCA 3563
<i>R. v. Ahmad</i> [<i>Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada</i>], 2009 ONCA 5965
<i>R. v. Allen</i> , 2012 BCCA 37758
<i>R. v. Apaya and Gunn</i> , [1980] 54 C.C.C (2d) 163 (C.A. Man.)85
<i>R. v. Beaton</i> , 2018 ONCA 92458
<i>R. v. Bill</i> , 2014 BCCA 6065
<i>R. v. Boyko</i> , [1999] M.J. No. 534 (Man. Q.B.)65
<i>R. v. C. (W. J.)</i> , 2008 MBCA 1163
<i>R. v. Cole</i> , [1980] M.J. No. 40 (C.A. Man.)76,77,78,80,84
<i>R. v. Crichton</i> , 2015 BCCA 13865
<i>R. v. Dauti</i> , 2017 ABCA 2673
<i>R. v. Dauti</i> , 2018 ABCA 7274
<i>R. v. Dauti</i> , 2019 ABCA 5973,75
<i>R. v. Duguay</i> , 2019 BCCA 5363
<i>R. v. Dzambas</i> , [1973] O.J. No. 871 (C.A. Ont.)75
<i>R. v. Ethier</i> , 2010 BCCA 42275
<i>R. v. Hicks</i> , 2016 ONCA 29158
<i>R. v. Ho</i> , 2002 BCCA 67269
<i>R. v. Ho</i> , 2003 BCCA 66368,69
<i>R. v. J.E.T.</i> , 2013 ONCA 49258
<i>R. v. Jackson</i> , 2015 ONCA 83265
<i>R. v. Janvier</i> , 2018 ABCA 34363

<u>Jurisprudence canadienne</u> (<i>suite</i>)	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>R. c. Jetté</i> , [1999] 141 C.C.C. (3d) 52 (C.A. Qué.)53,58
<i>R. v. K.G.S.</i> , 2011 NUCA 163
<i>R. v. L.S.</i> , [2006] O.J. No. 4808 (C.A. Ont.)61
<i>R. v. Lagace</i> , [2006] O.J. No. 37 (Ont. S.C.)64
<i>R. v. Lessard</i> , 2016 ONCA 59658
<i>R. v. Lewis</i> , [1997] 153 D.L.R. (4th) 184 (C.A.B.-C.)58
<i>R. v. Lewis</i> , 2007 BCCA 53953,58
<i>R. v. Lillie</i> , 2018 ONCA 13358
<i>R. v. Louis</i> , 2014 BCCA 43664
<i>R. v. MacLellan</i> , 2019 NSCA 253,58
<i>R. v. McBride</i> , 2008 BCCA 44061
<i>R. v. McGrath</i> , 2008 NSCA 3260
<i>R. v. McLean Hay</i> , [1994] O.J. No. 2598 (C.A. Ont.)58
<i>R. v. Ragnanan</i> , 2014 MBCA 158
<i>R. v. Rao</i> , 2012 BCCA 27560
<i>R. v. Ross</i> , 2011 SKCA 6262
<i>R. v. Shaw</i> , 2015 ABCA 30063
<i>R. v. Trang</i> , 2004 ABCA 24661
<i>R. v. Watson</i> , [1998] B.C.J. No. 2606 (C.A. B.-C.)64
<i>Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1993] 3 C.F. 37081
<i>Rana c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , [2010] F.C.J. No. 33182

<u>Jurisprudence canadienne</u> (<i>suite</i>)	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Re Cadeddu and The Queen</i> , [1983] 41 O.R. (2d) 481, 146 D.L.R. (3d) 653 (C.A. Ont.)45
<i>Re Collins v. The Queen</i> , [1973] 3 O.R. 672 (C.A. Ont.)58
<i>Re Maltby and The Attorney General of Saskatchewan</i> , [1984] 10 D.L.R. (4th) 745 (C.A. Sask.)46,47
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants</i> (Î.-P.-É.), [1991] 1 R.C.S. 25229
<i>Shpati c. Canada</i> (<i>Sécurité publique et Protection civile</i>), [2010] F.C.J. No. 41881
<i>Rosa c. Canada</i> (<i>Citoyenneté et Immigration</i>), [2015] 4 R.C.F. 19981
<i>Small c. R.</i> , 2007 QCCA 141761
<i>Solis Perez c. Canada</i> (<i>Citoyenneté et Immigration</i>), [2009] F.C.J. No. 691 (C.A. Fed.)82
<i>Southam Inc. v. Canada</i> , [1990] 55 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.)61
<i>Thamotharampillai c. Canada</i> (<i>Solliciteur Général</i>), [2005] F.C.J. No. 95382
<i>The King Ex Rel. Tolfree v. Clark</i> , [1944] S.C.R. 6925
<i>United States of America v. Johnstone</i> , 2013 BCCA 2107
<i>United States of America v. Gillingham</i> , 2004 BCCA 226 , permission d'appeler à la C.S.C. refusée, [2004] 3 S.C.R. viii107
<i>Velasquez Guzman c. Canada</i> (<i>Citoyenneté et Immigration</i>), 2007 CAF 35882
<u>Jurisprudence états-unienne</u>	
<i>Sibron v. New York</i> , 392 U.S. 40 (1968)47,49,63
<i>United States v. Villamonte-Marquez</i> , 462 U. S. 579 (1983)49,87,88,113
