

Leighton Hay *Applicant/Applicant on motion*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent/Respondent on motion*

INDEXED AS: R. v. HAY

2010 SCC 54

File No.: 33536.

2010: November 1; 2010: November 18.

Present: Binnie, Abella and Cromwell JJ.

MOTION FOR AN ORDER TO RELEASE EXHIBITS

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to order release of exhibits for forensic testing on a motion ancillary to an application for leave to appeal — If so, whether it is in interests of justice to make such an order.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 683(1)(a), 694.2(1), (2)(a), 695(1).

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 15(2)(b).

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 2(1) “appeal”.

MOTION for an order to release exhibits. Motion allowed.

James Lockyer and Philip Campbell, for the applicant/applicant on motion.

Susan L. Reid, for the respondent/respondent on motion.

The judgment of the Court was delivered by

[1] CROMWELL J. — The applicant and Gary Eunick were convicted of the first degree murder of Collin Moore and the attempted murder of Roger Moore in a nightclub shooting in the summer of

Leighton Hay *Demandeur/Requérant à la requête*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée/Intimée à la requête*

RÉPERTORIÉ : R. c. HAY

2010 CSC 54

N° du greffe : 33536.

2010 : 1^{er} novembre; 2010 : 18 novembre.

Présents : Les juges Binnie, Abella et Cromwell.

REQUÊTE SOLLICITANT LA PRODUCTION DE PIÈCES

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — La Cour suprême a-t-elle compétence pour ordonner la production de pièces aux fins d’analyses médico-légales à la suite d’une requête en ce sens accompagnant une demande d’autorisation d’appel? — Dans l’affirmative, est-il dans l’intérêt de la justice qu’une telle ordonnance soit rendue?

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 683(1)(a), 694.2(1), (2)(a), 695(1).

Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 15(2)(b).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1) « appel ».

REQUÊTE sollicitant la production de pièces. Requête accordée.

James Lockyer et Philip Campbell, pour le demandeur/requérant à la requête.

Susan L. Reid, pour l’intimée/intimée à la requête.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE CROMWELL — Le demandeur et Gary Eunick ont été reconnus coupables du meurtre au premier degré de Collin Moore et de tentative de meurtre à l’endroit de Roger Moore à la suite

2002. A joint appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed (*R. v. Hay*, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24) and the applicant has applied for leave to appeal to this Court. The applicant wishes to determine whether he should seek to supplement with fresh evidence his pending leave application with respect to his argument that the verdict was unreasonable. For this purpose, he has applied for an order releasing two trial exhibits and their delivery to the Centre of Forensic Sciences for examination. The respondent Crown opposes the application. I agree with the position of counsel for both parties that the Court has jurisdiction to make the order sought. It is also my view that it is in the interests of justice to do so.

[2] Turning first to jurisdiction, I agree with the position of counsel for the respondent that a panel of this Court considering a leave application is authorized by s. 695(1) (read with s. 683(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to make the order the applicant seeks. That section confers authority on the Court in connection with an “appeal under this Part” to make any order that the Court of Appeal might have made. While there may be some question as to whether this authority extends to the Court considering an application for leave to appeal, three factors combine to convince me that it does.

[3] First, the provisions of the *Criminal Code* conferring appellate jurisdiction on this Court, while headed “Appeals to the Supreme Court of Canada”, set out situations in which appeals may be taken here either as of right or by leave. Moreover, for at least some purposes, the application for leave to appeal and the appeal itself in the event of a successful leave application are treated as two stages of an appeal to this Court. For example, s. 694.2(1), the provision granting the right to an appellant who is in custody to be present “at the hearing of the appeal before the Supreme Court of Canada”, is qualified by s. 694.2(2)(a) to make clear that a person in custody who is represented by counsel

d’une fusillade survenue dans une boîte de nuit à l’été 2002. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté leur appel conjoint de ces déclarations de culpabilité (*R. c. Hay*, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24), et le demandeur sollicite l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Il désire déterminer s’il existe de nouveaux éléments de preuve qui pourraient servir à étayer sa demande d’autorisation pendante, relativement à son argument selon lequel le verdict était déraisonnable. À cette fin, il a sollicité une ordonnance visant la production de deux pièces déposées au procès et leur remise pour examen au Centre des sciences judiciaires. Le ministère public intimé s’oppose à cette demande. Je suis d’accord avec les avocats des deux parties pour dire que la Cour a compétence pour rendre l’ordonnance demandée. J’estime également qu’il est dans l’intérêt de la justice qu’une telle ordonnance soit rendue.

[2] Commençons d’abord par la question de la compétence. Je souscris à la thèse de l’avocate de l’intimée selon laquelle le par. 695(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, lu en corrélation avec l’al. 683(1)a) de cette loi, autorise une formation de la Cour saisie d’une demande d’autorisation d’appel à rendre l’ordonnance que sollicite le demandeur. Suivant le par. 695(1), la Cour peut, « sur un appel aux termes de la présente partie », rendre toute ordonnance que la cour d’appel aurait pu rendre. Quoiqu’il soit permis de se demander si ce pouvoir s’étend à la Cour lorsqu’elle examine une demande d’autorisation d’appel, trois facteurs me convainquent que la réponse est oui.

[3] Premièrement, bien qu’elles figurent sous la rubrique « Appels à la Cour suprême du Canada », les dispositions du *Code criminel* conférant à la Cour compétence en matière d’appel prévoient des situations où l’appel est formé soit de plein droit soit sur autorisation. En outre, à certains égards au moins, la demande d’autorisation d’appel et l’appel lui-même (si l’autorisation est accordée) sont considérés comme deux étapes d’un appel à la Cour. Par exemple, l’al. 694.2(2)a) vient préciser le par. 694.2(1) — lequel accorde à l’appelant qui est sous garde le droit d’être présent « à l’audition de l’appel devant la Cour suprême du Canada » — en indiquant clairement qu’une personne qui est sous

is not entitled to be present “on an application for leave to appeal”. This qualification would not be necessary if the right to be present at an appeal set out in s. 694.2(1) did not include the right to be present for an oral hearing of an application for leave to appeal.

[4] Second, while the term “appeal” is not a defined term in the *Criminal Code*, it is defined in the *Supreme Court Act* to include “any proceeding to set aside or vary any judgment of the court appealed from”: *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 2(1). This definition is broad enough to include in this context an application for leave to appeal. As provided in s. 15(2)(b) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, this definition is to be “read and construed . . . as being applicable to all other enactments relating to the same subject-matter unless a contrary intention appears”. The broader definition of “appeal” in the *Supreme Court Act* should therefore be applied to that term as used in the provisions of the *Criminal Code* conferring appellate jurisdiction on this Court absent a contrary intention. I see none.

[5] Finally, as counsel for the respondent pointed out in her oral submissions, a contrary interpretation would leave a potentially significant lacuna in the powers of this Court to fully address leave applications.

[6] I conclude that a panel of the Court considering a leave application has authority to make the order sought. I now turn to why, in my view, it is in the interests of justice that we do so.

[7] There was a significant issue at trial about whether the applicant was the second of two gunmen who participated in the murder. The eyewitness identification at the scene was somewhat equivocal although there was considerable circumstantial evidence tending to link the applicant to

garde et qui est représentée par un avocat n’a pas le droit d’être présente devant la Cour suprême « lors de la demande d’autorisation d’appel ». Cette précision serait inutile si le droit, prévu au par. 694.2(1), d’être présent lors de l’audition d’un appel n’emportait pas celui d’assister à l’audition d’une demande d’autorisation d’appel.

[4] Deuxièmement, le terme « appel » n’est pas défini dans le *Code criminel*, mais il l’est dans la *Loi sur la Cour suprême*, où il s’entend de « toute procédure visant [. . .] l’infirmité ou la rectification d’un jugement d’une juridiction inférieure » : *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, par. 2(1). Cette définition est suffisamment large, dans le contexte qui nous occupe, pour englober une demande d’autorisation d’appel. Aux termes de l’al. 15(2)(b) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, il faut considérer que cette définition « s’appliqu[e], sauf indication contraire, aux autres textes portant sur un domaine identique ». Par conséquent, la définition large d’« appel » qui figure dans la *Loi sur la Cour suprême* doit être appliquée à ce terme lorsqu’il est utilisé dans les dispositions du *Code criminel* conférant à notre Cour sa compétence en matière d’appel, sauf indication à l’effet contraire. Or, je ne peux trouver aucune indication de cette nature.

[5] Enfin, comme l’a souligné l’avocate de l’intimée dans sa plaidoirie, une interprétation contraire risquerait de limiter considérablement le pouvoir de la Cour d’examiner à fond les demandes d’autorisation d’appel.

[6] J’en viens à la conclusion qu’une formation de la Cour saisie d’une demande d’autorisation est compétente pour rendre l’ordonnance sollicitée en l’espèce. Je vais maintenant examiner les raisons pour lesquelles il est dans l’intérêt de la justice, à mon avis, que nous rendions une telle ordonnance.

[7] La question de savoir si le demandeur était le deuxième des deux hommes armés ayant participé au meurtre a été vigoureusement débattue au procès. L’identification faite par les témoins oculaires sur les lieux était quelque peu équivoque, mais il existait une abondante preuve circonstancielle

the shooting. The Crown at trial argued to the jury that the post-offence conduct of the applicant supported an inference of guilt. It was contended that shortly after the killing he went to his home with the co-accused and changed his appearance by shaving his head. The Crown relied, among other evidence, on hair clippings found wrapped in a newspaper which were found in a garbage can of a washroom adjacent to the applicant's bedroom and in a hair clipper or razor found in the drawer of a nightstand in the applicant's bedroom. In its judgment, the Court of Appeal concluded that these clippings, combined with other evidence concerning the applicant's appearance before the shooting, provided "a powerful inference" that the applicant had shaved his head after the murder to disguise his appearance (para. 36). The Court of Appeal found that this "powerful inference", coupled with other evidence was enough to put the case over "the unreasonable verdict threshold" (para. 36).

[8] The applicant seeks to have the clippings released for forensic examination to determine whether the hair is facial or scalp hair. The evidence before us on the application is that the Centre of Forensic Sciences has the expertise required to conduct this type of examination and that it can be completed within three weeks of receipt of the items to be tested. This sort of forensic testing was not conducted by the Crown in preparation for trial and was not requested on behalf of the defence until several months after the appeal to the Court of Appeal had been dismissed. Defence counsel at trial indicates in his affidavit that he was unaware that forensic analysis could distinguish between scalp and facial hairs. There is a letter in the record indicating that the applicant's counsel on the appeal to the Court of Appeal was similarly unaware of the feasibility of such testing. There is no evidence that the Crown was aware of this possibility. Given that it appears that no one requested such testing and the potential importance of the result which might be obtained, I would infer that it simply did

tendant à démontrer que le demandeur avait pris part à la fusillade. Au procès, le ministère public a dit au jury que la manière dont s'était comporté le demandeur après l'infraction étayait une inférence de culpabilité. On a soutenu que, peu de temps après le meurtre, le demandeur s'est rendu chez lui avec le coaccusé et a changé son apparence en se rasant la tête. Le ministère public a notamment déposé en preuve des bouts de cheveux emballés dans du papier journal qui avaient été découverts dans la poubelle des toilettes adjacentes à la chambre à coucher du demandeur, ainsi qu'une tondeuse ou un rasoir à cheveux trouvé dans le tiroir d'une table de nuit dans la chambre à coucher. Dans sa décision, la Cour d'appel a conclu que, conjugués à d'autres éléments de preuve relatifs à l'apparence du demandeur avant la fusillade, ces bouts de cheveux permettaient de tirer [TRADUCTION] « une solide inférence » que ce dernier s'était rasé la tête après le meurtre pour changer d'apparence (par. 36). La Cour d'appel a conclu que cette « solide inférence », ajoutée à ces autres éléments de preuve, suffisait pour élever le verdict au-dessus du [TRADUCTION] « seuil sous lequel un verdict est déraisonnable » (par. 36).

[8] Le demandeur sollicite la production des bouts de cheveux pour que l'on détermine, par analyse scientifique, s'il s'agit de poils faciaux ou de cheveux. D'après la preuve dont nous disposons dans le cadre de la demande, le Centre des sciences judiciaires possède l'expertise requise pour effectuer une telle analyse et que celle-ci peut être réalisée dans un délai de trois semaines après avoir reçu les objets en question. Aucune analyse de ce genre n'a été effectuée par le ministère public en vue du procès et on n'en a demandé une, pour le compte de la défense, que plusieurs mois après le rejet de l'appel par la Cour d'appel. Dans son affidavit, l'avocat qui a occupé pour la défense au procès dit qu'il ne savait pas que des analyses scientifiques permettaient de distinguer les cheveux des poils faciaux. Une lettre au dossier indique que l'avocat ayant représenté le demandeur devant la Cour d'appel n'était pas non plus au courant de la possibilité de telles analyses. Rien ne prouve que le ministère public était au fait de cette possibilité. Puisqu'il semble que personne n'a demandé pareille analyse et, vu l'importance

not occur to any of the experienced criminal lawyers involved that this testing was available.

[9] Given the importance attached to the head shaving evidence by Crown counsel at trial and the significance of the inference of guilt which the head shaving evidence appears to have had in the Court of Appeal's conclusion that the verdict of guilty was not unreasonable, it is in my view in the interests of justice that the applicant have access to this information in formulating his application for leave to appeal to this Court. Of course, we are not at the stage of considering an application to adduce fresh evidence which would have to be addressed if and when advanced. At this stage, the applicant wishes simply to explore a possible source of expert evidence that may or may not produce evidence that is capable of laying the basis for such an application.

[10] The motion is allowed and counsel are directed to submit to the Court in draft a supplementary order addressing the precise arrangements to be made for release, transport, testing and return of the exhibits. If counsel cannot agree on a joint draft within 14 days hereof then each party is to submit a proposed draft order within 21 days of the date of this order for the Court's consideration.

Motion allowed.

Solicitors for the applicant/applicant on motion: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitor for the respondent/respondent on motion: Attorney General of Ontario, Toronto.

que pourraient avoir les résultats susceptibles d'être obtenus grâce à celle-ci, j'en déduis qu'il n'est tout simplement pas venu à l'esprit de l'un ou l'autre des criminalistes d'expérience concernés que pareilles analyses existaient.

[9] En raison de l'importance qu'a accordée l'avocat du ministère public, au procès, à la preuve selon laquelle le demandeur s'était rasé la tête, et du poids que l'inférence de culpabilité tirée de cette preuve semble avoir eu dans la conclusion de la Cour d'appel que le verdict de culpabilité n'était pas déraisonnable, il est selon moi dans l'intérêt de la justice que le demandeur dispose de l'information pertinente pour préparer sa demande d'autorisation d'appel à notre Cour. Bien entendu, nous n'en sommes pas à l'examen d'une demande sollicitant l'autorisation de produire de nouveaux éléments de preuve, demande qui serait examinée lors de sa présentation, si effectivement une telle demande est présentée. Pour l'instant, le demandeur désire simplement recourir à une mesure d'expertise qui pourrait ou non produire des éléments de preuve susceptibles d'étayer la présentation d'une demande de ce genre.

[10] Il est fait droit à la demande et ordonné aux avocats de soumettre à la Cour un projet d'ordonnance supplémentaire précisant les arrangements devant être pris en vue de la production, du transport et de l'analyse des pièces en question, ainsi que de leur remise après les analyses. Si les avocats ne parviennent pas à s'entendre sur ce projet d'ordonnance commune dans un délai de 14 jours suivant la date de la présente ordonnance, chaque partie doit alors présenter un projet d'ordonnance à la Cour, pour examen, dans les 21 jours qui suivent la date de la présente décision.

Requête accordée.

Procureurs du demandeur/requérant à la requête : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureur de l'intimée/intimée à la requête : Procureur général de l'Ontario, Toronto.