COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

120-10-CA
121-10-CA

RODNEY TINGLEY, ROGER TINGLEY,
MICHAEL TINGLEY and CHRISTOPHER TINGLEY

(Respondents on the Motion) APPELLANTS

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

(Applicant on the Motion) RESPONDENT

Tingley et al. v. R., 2011 NBCA 8

CORAM:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of
the Court of Queen's Bench:
September 9, 2010

History of case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Motion heard :
November 9, 2010

Decision on motion rendered:
January 27, 2011

Counsel at hearing:

For the appellants:
Alison Ménard for Rodney Tingley
Graham Sleeth, Q.C. for Roger Tingley
David LeBlanc for Michael Tingley
Brian Munro for Christopher Tingley

RODNEY TINGLEY, ROGER TINGLEY,
MICHAEL TINGLEY et CHRISTOPHER TINGLEY

(Intimés dans la motion) APPELANTS

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE

(Auteure de la motion) INTIMÉE

Tingley et autres c. R., 2011 NBCA 8

CORAM :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 9 septembre 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Motion entendue :
Le 9 novembre 2010

Décision sur la motion rendue :
Le 27 janvier 2011

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
Alison Ménard, pour Rodney Tingley
Graham J. Sleeth, c.r., pour Roger Tingley
David LeBlanc, pour Michael Tingley
Brian Munro, pour Christopher Tingley

For the respondent:
Kathryn Gregory and Michel Bertrand

Pour l'intimée :
Kathryn Gregory et Michel Bertrand

THE COURT

The appeals are adjourned to a date to be set by the Chief Justice once the trial in the underlying criminal matter has concluded. The transcripts or other documents reproduced for the purposes of an appeal must be sealed and not provided to anyone but the Court of Appeal.

LA COUR

L'audition des appels est reportée à une date qui sera fixée par le juge en chef une fois terminé le procès dans l'affaire criminelle sous-jacente. Les transcriptions ou autres documents reproduits aux fins d'un appel seront scellés et ne seront fournis à personne d'autre qu'à la Cour d'appel.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

[1] There are sound public policy reasons underlying the rule against interlocutory appeals in criminal matters (see *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, [1986] S.C.J. No. 39 (QL)). Nonetheless, s. 37.1(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, C-5, provides a right of appeal if a judge, pursuant to s. 37, either orders the disclosure of certain information or prohibits disclosure on the grounds of a specified public interest. In the case at bar, the accused bring two s. 37.1(1) notices of appeal regarding the oral and written decisions of a judge of the Court of Queen's Bench, who, pursuant to s. 37, prohibited disclosure of information on the grounds of informer privilege. The accused wish their appeals heard before their trial begins. However, the Attorney General, by Notice of Motion, applies for an adjournment of the appeals until the conclusion of the trial. The Attorney General also seeks a direction that any evidence, which the Court of Queen's Bench ordered be sealed, not be disclosed to anyone other than the Court of Appeal.

[2] According to the Attorney General, only in cases where the judge orders disclosure should an appeal under s. 37.1 of the *Canada Evidence Act* be allowed to proceed before trial. The rationale in support of this argument is that, if an interlocutory appeal is not allowed in such a situation, the matter will become moot once the disclosure is actually made. Evidently, no similar jeopardy exists in cases where disclosure is denied.

[3] Several cases are cited in support of the Attorney General's position: *R. v. Archer*, 1989 ABCA 38, [1989] A.J. No. 131 (QL), *R. v. McCullough*, 2000 SKCA 147, [2000] S.J. No. 775 (QL), *Minisini c. R.*, 2008 QCCA 264, [2008] J.Q. No. 785 (QL), and *Canuel c. R.*, 2008 QCCA 1007, [2008] J.Q. No. 4793 (QL).

[4] In all these cases, the Courts opined that the proper procedure under s. 37.1 of the *Canada Evidence Act*, where the appeal is brought against a refusal to make a disclosure order, is that, absent exceptional circumstances, the trial should proceed. If the accused is acquitted, the appeal is moot. If the accused is convicted, the appeal can then be heard.

[5] Only one of the accused challenged the approach of the Alberta, Saskatchewan and Quebec Courts of appeal. All the other accused, in their response to the Attorney General's motion, argued that this case presents exceptional circumstances.

[6] In our view, the approach of the Alberta, Saskatchewan and Quebec Courts of appeal is sound and should be followed. While s. 37.1 of the *Canada Evidence Act* provides for a right of appeal, it does not direct that the appeal should be heard immediately. There are sound public policy reasons underlying the rule against interlocutory appeals in criminal matters and these certainly apply in the present case. Absent exceptional circumstances, the proper procedure, as stated in all the above-mentioned cases, is to wait until the conclusion of the trial to hear the appeal, in case the issue becomes moot.

[7] None of the cases define exceptional circumstances. Courts are generally reluctant to do so because circumstances often vary greatly from case to case. In the present case, the accused argue that exceptional circumstances are found in the fact that the trier of fact has not yet started hearing evidence, that the s. 37 proceeding under the *Canada Evidence Act* involved several days of ex parte hearings, and that a massive amount of information was not disclosed. In our respectful view, none of these facts, taken individually or collectively, negate the public policy rationale that underlies either the approach now taken by four of this country's appellate courts regarding appeals pursuant to s. 37.1, or the general rule that interlocutory appeals in criminal matters are undesirable.

[8] For these reasons, the appeals are adjourned to a date to be set by the Chief Justice once the trial in the underlying criminal matter has concluded. As for the Attorney General's request for a direction that evidence reproduced for appeal purposes not be disclosed to anyone other than the Court of Appeal, the accused voiced no objection. A direction of this type would appear to us to be unnecessary, for it follows that if the Court of Queen's Bench heard evidence ex parte or refused to order the disclosure of certain documents, the transcripts or other documents reproduced for the purposes of an appeal must be sealed and not provided to anyone but the Court of Appeal. To the extent any direction is necessary, we so direct.

Version française de la décision rendue par

LA COUR

[1] Il existe des motifs d'intérêt public valables qui sous-tendent la règle allant à l'encontre des appels interlocutoires dans les affaires criminelles (voir *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, [1986] A.C.S. n° 39 (QL)). Quoi qu'il en soit, le par. 37.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, prévoit le droit d'interjeter appel si un juge, conformément à l'art. 37, soit ordonne, soit interdit la divulgation de certains renseignements en citant un motif précis d'intérêt public. En l'espèce, les accusés ont déposé deux avis d'appel, fondés sur le par. 37.1(1), s'opposant aux décisions orales et écrites d'un juge de la Cour du Banc de la Reine qui, conformément à l'art. 37, avait interdit la divulgation de certains renseignements pour des motifs de protection d'un informateur. Les accusés veulent faire entendre leurs appels avant que ne commence leur procès. Toutefois, le procureur général, par avis de motion, demande que l'audition des appels soit reportée à une date ultérieure à la conclusion du procès. Le procureur général demande également que tout élément de preuve qui devait être scellé par suite d'une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine ne soit divulgué à personne, sauf à la Cour d'appel.

[2] Selon le procureur général, ce n'est que lorsque le juge ordonne la divulgation qu'un appel interjeté en vertu de l'art. 37.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* devrait être entendu avant la conclusion du procès dans l'affaire. Cet argument est fondé sur le raisonnement suivant : si la demande d'appel interlocutoire n'est pas accueillie en pareille situation, une fois que la divulgation aura effectivement eu lieu, la question deviendra purement théorique. Évidemment, aucun danger semblable n'existe lorsque la divulgation est refusée.

[3] De nombreuses affaires ont été citées à l'appui de la thèse du procureur général : *R. c. Archer*, 1989 ABCA 38, [1989] A.J. No. 131 (QL); *R. c. McCullough*, 2000 SKCA 147, [2000] S.J. No. 775 (QL); *Minisini c. R.*, 2008 QCCA 264, [2008] J.Q. n° 785 (QL); et *Canuel c. R.*, 2008 QCCA 1007, [2008] J.Q. n° 4793 (QL).

[4] Dans toutes ces affaires, les tribunaux ont conclu que la procédure appropriée à suivre sous le régime de l'art. 37.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsqu'un appel est interjeté du refus de rendre une ordonnance de divulgation, veut que le procès ait lieu d'abord, à moins qu'il n'existe des circonstances exceptionnelles. Si l'accusé est acquitté, l'appel est une question théorique. Si l'accusé est condamné, l'appel peut alors être entendu.

[5] Un seul des accusés a contesté la démarche adoptée par les cours d'appel de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Québec. Tous les autres accusés, dans leur réponse à la motion déposée par le procureur général, ont fait valoir que la présente affaire fait état de circonstances exceptionnelles.

[6] La démarche adoptée par la Cour d'appel dans les provinces de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Québec est raisonnable et devrait être suivie, à notre avis. Bien que l'art. 37.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoie le droit d'interjeter appel, il ne précise pas que l'appel devrait être entendu immédiatement. Il y a des motifs d'intérêt public valables qui sous-tendent la règle allant à l'encontre de l'audition des appels interlocutoires dans les affaires criminelles et ces motifs s'appliquent certainement en l'espèce. À moins qu'il n'existe des circonstances exceptionnelles, la démarche appropriée à suivre, comme il a été indiqué dans toutes les affaires susmentionnées, est d'attendre la fin du procès avant d'entendre l'appel, pour le cas où la question deviendrait purement théorique.

[7] Aucune des affaires ne définit ce qu'on entend par circonstances exceptionnelles. Les tribunaux se sont généralement montrés réticents à définir cette expression parce que les circonstances varient beaucoup d'une cause à l'autre. En l'espèce, les accusés font valoir qu'il existe des circonstances exceptionnelles parce que le juge des faits n'a pas encore commencé à entendre la preuve, du fait aussi que la procédure engagée sous le régime de l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* a nécessité plusieurs jours d'audiences *ex parte*, et enfin, du fait qu'une partie considérable de l'information n'a pas été divulguée. En toute déférence, nous sommes d'avis qu'aucun

des faits soulignés, pris séparément ou avec les autres, ne permet de réfuter l'argument d'intérêt public qui sous-tend à la fois la démarche qu'ont déjà adoptée quatre tribunaux d'appel de notre pays en matière d'appels interjetés sous le régime de l'art. 37.1, et la règle générale voulant qu'il ne soit pas souhaitable d'entendre des appels interlocutoires dans le cadre d'affaires criminelles.

[8] Pour ces motifs, l'audition des appels est reportée à une date que fixera le juge en chef une fois terminé le procès dans l'affaire criminelle sous-jacente. Pour ce qui est de la demande du procureur général visant à ce que la Cour rende une ordonnance interdisant la reproduction de la preuve déposée aux fins de l'appel et sa divulgation à qui que ce soit, sauf la Cour d'appel, les accusés n'ont formulé aucune objection. Pareille directive nous semble inutile, parce que si la Cour du Banc de la Reine a tenu une audition *ex parte* de la preuve ou a refusé d'ordonner la divulgation de certains documents, les transcriptions ou les autres documents reproduits pour des fins d'appel doivent être scellés et ne peuvent être fournis à qui que ce soit, sauf la Cour d'appel. Si pareille directive s'avère nécessaire, nous donnons donc la directive de garder ces documents scellés.