

**T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras
and Gregory Thomas Evans** *Appellants*

v.

**Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and
Leonard L. Pace** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec, the
Attorney General of Nova Scotia and Donald
Marshall, Jr.** *Interveners*

and between

Donald Marshall, Jr. *Appellant*

v.

**Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and
Leonard L. Pace** *Respondents*

and

**T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras
and Gregory Thomas Evans** *Respondents*

and

**The Attorney General of Quebec and the
Attorney General of Nova Scotia** *Interveners*

INDEXED AS: MACKEIGAN v. HICKMAN

File Nos.: 21315, 21351.

1989: April 19, 20; 1989: October 5.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé,
Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA
SCOTIA, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Judiciary — Judicial privilege — Inquiry into Reference by Court of Appeal — Commissioners ordering justices sitting on Reference to attend — Questions relating to composition of panel on Reference, materials before the Court on the Reference, and how the Court came to its conclusions — Whether or not justices can be compelled to testify under Public Inquiries Act — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, c. 250, ss. 3, 4.

**T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras
et Gregory Thomas Evans** *Appellants*

c.

^a **Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et
Leonard L. Pace** *Intimés*

et

^b **Le procureur général du Québec, le procureur
général de la Nouvelle-Écosse et Donald
Marshall, fils** *Intervenants*

et entre

^c **Donald Marshall, fils** *Appelant*

c.

^d **Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart,
Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et
Leonard L. Pace** *Intimés*

et

^e **T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras
et Gregory Thomas Evans** *Intimés*

et

^f **Le procureur général du Québec et le
procureur général de la Nouvelle-Écosse**
Intervenants

RÉPERTORIÉ: MACKEIGAN c. HICKMAN

^g Nos du greffe: 21315, 21351.

1989: 19, 20 avril; 1989: 5 octobre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin.

^h EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE, DIVISION D'APPEL

Droit constitutionnel — Pouvoir judiciaire — Privilège judiciaire — Enquête sur un renvoi à la Cour d'appel — Ordonnance de la Commission enjoignant aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître — Questions ayant trait à la composition du banc qui a entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses conclusions — Les juges peuvent-ils être contraints à témoigner en vertu de la Public Inquiries Act? — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, chap. 250, art. 3, 4.

Courts — Judicial privilege — Inquiry into Reference by Court of Appeal — Commissioners ordering justices sitting on Reference to attend — Questions relating to composition of panel on Reference, materials before the Court on the Reference, and how the Court came to its conclusions — Whether or not justices can be compelled to testify under Public Inquiries Act.

Constitutional law — Provincial Royal Commission of Inquiry — Commission investigating matters related to murder and wrongful conviction for murder — Commission about to examine Reference by Court of Appeal which quashed wrongful conviction — Whether or not inquiry into Reference ultra vires the province as a matter of criminal law exclusively within federal competence — Constitution Act, 1867, s. 91(27).

The federal Minister of Justice, on the basis of new information, referred the conviction of Donald Marshall, Jr. to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia pursuant to s. 617(b) of the *Criminal Code* for a redetermination. The panel which heard the matter included a justice who had been Attorney General of Nova Scotia when Marshall was investigated for, charged with and convicted of murder. That court quashed Marshall's conviction but noted at the end of its judgment that Marshall had contributed to his conviction and that any miscarriage of justice was more apparent than real. Marshall eventually received compensation for his lengthy incarceration but the comments of the Court of Appeal had an impact on the *quantum* of that payment.

A Royal Commission was established to inquire into the murder, the charging and prosecution of Marshall, his subsequent conviction and sentencing, and other related matters the Commission considered relevant. The justices who sat on the Reference were asked to attend and Orders to Attend were issued by the Commission when they declined to do so. The justices successfully applied for a declaration that the Commission had no authority to compel their attendance by virtue of judicial immunity and for orders quashing the Orders to Attend and prohibiting the Commission from inquiring into their operations, deliberations, decisions and orders in respect of the Reference. An appeal by the Commis-

Tribunaux — Privilège judiciaire — Enquête sur un renvoi à la Cour d'appel — Ordonnance de la Commission enjoignant aux juges qui ont entendu le renvoi de comparaître — Questions ayant trait à la composition du banc qui a entendu le renvoi, aux documents dont disposait la cour lors du renvoi et à la façon dont la cour est arrivée à ses conclusions — Les juges peuvent-ils être contraints à témoigner en vertu de la Public Inquiries Act?

Droit constitutionnel — Commission royale d'enquête constituée par la province — Commission enquêtant sur des questions relatives à un meurtre et à une déclaration erronée de culpabilité de meurtre — Commission sur le point d'examiner un renvoi à la Cour d'appel qui a annulé la déclaration erronée de culpabilité — L'enquête sur le renvoi excède-t-elle les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel relevant exclusivement de la compétence fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

Sur la foi de nouveaux renseignements, le ministre fédéral de la Justice a renvoyé la déclaration de culpabilité de Donald Marshall, fils, à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, conformément à l'al. 617b) du *Code criminel*, pour qu'elle rende une nouvelle décision. Le banc qui a entendu l'affaire comprenait un juge qui avait été procureur général de la Nouvelle-Écosse à l'époque où Marshall avait fait l'objet d'une enquête et où il avait été accusé et reconnu coupable de meurtre. Cette cour a annulé la déclaration de culpabilité de Marshall, mais a fait observer à la fin de son jugement que Marshall avait contribué à sa propre déclaration de culpabilité et que toute erreur judiciaire était plus apparente que réelle. Marshall a finalement touché une indemnité pour sa longue période d'incarcération, mais les commentaires de la Cour d'appel ont eu des répercussions sur le montant de ce versement.

Une commission royale d'enquête a été établie pour enquêter sur le meurtre, sur l'inculpation de Marshall et les poursuites engagées contre lui, sur sa déclaration subséquente de culpabilité et la sentence qui lui a été imposée, ainsi que sur d'autres questions connexes que la Commission jugerait pertinentes. On a demandé aux juges qui avaient été saisis du renvoi de comparaître et des ordonnances de comparution ont été rendues par la Commission devant leur refus de s'exécuter. Ces juges ont demandé avec succès une déclaration portant que la Commission n'avait pas le pouvoir de les contraindre à comparaître en raison de l'immunité judiciaire, ainsi que des ordonnances annulant les ordonnances de comparu-

sioners to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia was dismissed.

These appeals raised two issues. The first issue was whether ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* could be used to compel superior court judges to testify before the Commission, either with respect to how and why they reached their decision or with respect to the composition of the panel that heard the case. The second issue was whether the direction to the Commission to inquire into a reference by the Minister of Justice was *ultra vires* the Province because it is a matter of criminal law and procedure reserved exclusively to the federal Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

Held (Wilson and Cory JJ. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Sections 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* do not empower the Commission to compel the justices who sat on the Marshall Reference to testify as to the grounds for their decision. Provisions of a statute dealing with the same subject should be read together, where possible, so as to avoid conflict. Accordingly, the Commission is granted power to "summon" any person under s. 3 but it does not have greater powers under s. 4 than those exercisable by a Supreme Court judge sitting on a civil case when enforcing attendance and compelling witnesses to testify against their will.

Judicial independence requires that relations between the judiciary and other branches of government not impinge on the essential "authority and function" of the court. The authorities and the general principles of judicial independence which have been summarized by this Court in *Valente v. The Queen* and *Beauregard v. Canada* clearly establish that a judge of the Supreme Court hearing a civil case would not have the power to compel another judge to testify as to how and why that judge arrived at his or her conclusions. That is a matter of privilege going to judicial impartiality in adjudication and to the role arbiter and protector of the Constitution. Similarly, one judge cannot compel another to testify as to why a particular judge sat on a particular case. That matter goes to the administrative or institutional aspect of judicial independence. The courts must control administrative matters related to adjudication without interference from the Legislature or executive. To allow the executive a role in selecting what judges hear what

tion et interdisant à la Commission d'enquêter sur leurs actes, délibérations, décisions et ordonnances concernant le renvoi. L'appel interjeté par les commissaires devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a été rejeté.

Ces pourvois soulèvent deux questions. La première est de savoir si on peut recourir aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* pour contraindre des juges de cour supérieure à témoigner devant la Commission, soit quant à savoir comment et pourquoi ils sont arrivés à leur décision, soit quant à la composition du banc qui a entendu l'affaire. La seconde question est de savoir si la directive ordonnant à la Commission d'enquêter sur un renvoi adressé par le ministre de la Justice excède les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel et de procédure en matière criminelle que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* réserve exclusivement au Parlement fédéral.

Arrêt (les juges Wilson et Cory sont dissidents en partie): Les pourvois sont rejetés.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Les articles 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* ne donnent pas à la Commission le pouvoir de contraindre les juges qui ont été saisis du renvoi Marshall à témoigner relativement aux motifs de leur décision. Les dispositions d'une loi traitant du même sujet doivent être interprétées ensemble, si cela est possible, de manière à éviter tout conflit. Par conséquent, la Commission a reçu le pouvoir d'«assigner» toute personne en vertu de l'art. 3, mais, en vertu de l'art. 4, elle n'a pas plus de pouvoirs que ceux d'un juge de la Cour suprême siégeant en matière civile quand il s'agit d'assurer la comparution et de contraindre des témoins à déposer contre leur volonté.

L'indépendance judiciaire exige que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement n'empiètent pas sur les «pouvoirs et fonctions» essentiels du tribunal. La jurisprudence et les principes généraux de l'indépendance judiciaire que cette Cour a résumés dans les arrêts *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada* établissent clairement qu'un juge de la Cour suprême qui entend une affaire civile n'a pas le pouvoir de contraindre un autre juge à témoigner quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à ses conclusions. Il s'agit d'une question de privilège qui touche à l'impartialité judiciaire dans la prise de décisions et au rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'arbitre et protecteur de la Constitution. De même, un juge ne peut pas contraindre un autre juge à témoigner sur les raisons pour lesquelles un juge particulier a siégé dans une affaire donnée. Cette question touche l'aspect administratif ou institutionnel de l'indépendance judiciaire. Les tribunaux doivent contrôler les questions administratives

cases or to inquire after the fact would constitute an unacceptable interference with the independence of the judiciary. The requirements of s. 4 of the *Public Inquiries Act* are not met.

The concepts of judicial independence and the supremacy of Parliament must be balanced. The power in the courts to control their own administration is not absolute. Circumstances can exist where the Legislature or Parliament could enact laws relating to the functioning of the courts or enquire into the conduct of particular judges. Parliament can also impeach a federally appointed judge for dereliction of duty. The fundamental principle of judicial independence, at least to this extent, must leave scope for the principle of Parliamentary supremacy. Yet, Parliament and the Legislatures cannot act so as to trammel the authority and function of the courts.

The language of s. 3, read alone, is not specific enough to override the fundamental principle of judicial immunity from being compelled to testify about the decision-making process or the reasons for the composition of the court in a particular case.

The phrase "administration of justice" in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* should be construed as relating to both civil and criminal justice and encompasses a provincially appointed commission to inquire into a Reference by the federal Minister of Justice under s. 617(b) of the *Criminal Code*. Such an inquiry does not trench on the exclusive federal power over the criminal law. The inquiry, subject to the caveat that no provincially constituted commission of inquiry can inquire into the actual management or operation of the federal activity or entity in question, does not constitute an attempt to interfere with the valid federal interest in the enactment of and provision for a uniform system of procedures and rules governing criminal justice in the country.

Per Lamer J.: What evidence a court relies on for arriving at a given conclusion is an integral part of the adjudicative process. This requires decisions pertaining to the admissibility of evidence, an assessment of the weight to be given to it and a determination of its effect on the outcome of the case. The extent to which a court reveals these matters in a judgment is equally an integral part of the adjudicative process. A court, if it were not to disclose the basis for a decision in a judgment

relatives à la prise de décision sans intervention de la part des organes législatif ou exécutif. Accorder au pouvoir exécutif un rôle quant à savoir quels juges entendent quelles causes ou enquêter après coup constituerait une atteinte inacceptable à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les exigences de l'art. 4 de la *Public Inquiries Act* ne sont pas respectées.

Il doit y avoir un équilibre entre les concepts de l'indépendance judiciaire et de la suprématie du Parlement. Le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration n'est pas absolu. Il peut y avoir des circonstances où les assemblées législatives ou le Parlement pourraient adopter des lois relatives au fonctionnement des tribunaux ou enquêter sur la conduite de certains juges. Le Parlement peut également destituer un juge nommé par le fédéral pour manquement à son devoir. Le principe fondamental de l'indépendance judiciaire doit, dans cette mesure tout au moins, laisser place au principe de la suprématie du Parlement. Pourtant, le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent pas agir de manière à entraver les pouvoirs et fonctions des tribunaux.

Le texte de l'art. 3, pris isolément, n'est pas assez spécifique pour écarter le principe fondamental selon lequel les juges sont exemptés de l'obligation de témoigner relativement au processus décisionnel ou aux motifs de la composition de la cour dans un cas donné.

L'expression «administration de la justice» contenue à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être interprétée comme se rapportant à la fois à la justice civile et criminelle et elle englobe une commission établie par une province pour enquêter sur un renvoi adressé par le ministre fédéral de la Justice en vertu de l'al. 617b) du *Code criminel*. Une telle enquête n'empiète pas sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel. Exception faite de la réserve qu'aucune commission d'enquête constituée par une province ne peut faire enquête sur la gestion ou le fonctionnement de l'activité ou entité fédérale en question, l'enquête ne constitue pas une tentative de porter atteinte à l'intérêt valide qu'a le gouvernement fédéral à ce que soit adopté un système uniforme de procédures et de règles régissant la justice criminelle au Canada.

Le juge Lamer: Les éléments de preuve sur lesquels une cour se fonde pour arriver à une conclusion donnée font partie intégrante du processus décisionnel. Cela nécessite la prise de décisions sur l'admissibilité de la preuve, une appréciation du poids qu'il faut lui accorder et une détermination de son effet sur l'issue de l'affaire. La mesure dans laquelle une cour révèle ces choses dans un jugement fait également partie intégrante du processus décisionnel. Si une cour ne révélait pas le fondement

and, when relevant, the evidence relied on, may well, in some circumstances though surely not in all, have failed in its adjudicative duties but not in any administrative duty, and the executive cannot compel the justices as witnesses to clarify and add to their judgment.

A Chief Justice's reasons for determining who sits on which case is protected by a qualified judicial privilege. This privilege may, but not always, give way to disclosure only when an investigation into the conduct or integrity of the Chief Justice or other justices is being conducted.

The power to investigate into the conduct or integrity of judges lies with the federally created Canadian Judicial Council. The commission accordingly is not empowered to ask any question pertaining to the composition of a particular bench and the reasons for which it was set up in a particular manner.

Per La Forest J.: The Nova Scotia *Public Inquiries Act* was not specific enough to override the fundamental principle of judicial immunity from being compelled to testify about the decision-making process or the reasons for the composition of the court in a particular case.

The Act, even if sufficiently explicit, would appear to fall outside provincial competence to that extent. The constitutional underpinnings for the independence of the judiciary lie in the judicature provisions in Part VII of the *Constitution Act, 1867* and it is significant that all the powers relating to the superior courts are at the federal level. The status, independence and judicial functions of these judges would thereby fall outside provincial competence, though a province may legislate in respect of their purely administrative functions. The federal Parliament is competent to enact legislation necessary to satisfy the need for credible complaint procedures to ensure continued public confidence in the administration of justice.

Apart from the division of powers issue, the institutional structure and modalities of the Commission were not really tailored to the task of inquiring into judicial functions. Consequently, it might otherwise well run afoul of the letter and purpose of the judicature provisions of the Constitution.

de sa décision dans un jugement ni, lorsque cela est pertinent, les éléments de preuve sur lesquels elle s'est fondée, elle pourrait bien, dans certains cas mais sûrement pas dans tous les cas, avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions décisionnelles mais non dans celui de ses fonctions administratives, et le pouvoir exécutif ne pourrait pas contraindre les juges à témoigner pour apporter des clarifications ou ajouter quelque chose à leur jugement.

Les raisons pour lesquelles un juge en chef détermine qui siège dans une affaire donnée sont protégées par un privilège judiciaire restreint. La seule situation où ce privilège peut, sans que ce soit toujours nécessairement le cas, céder le pas à la divulgation est lorsqu'est menée une enquête sur la conduite ou l'intégrité du juge en chef ou d'autres juges.

Le pouvoir d'enquêter sur la conduite ou l'intégrité des juges appartient au Conseil canadien de la magistrature créé par le fédéral. La commission n'est donc pas habilitée à poser des questions concernant la composition d'un banc donné et les raisons justifiant la façon dont il a été constitué.

Le juge La Forest: La *Public Inquiries Act* de la Nouvelle-Écosse n'est pas assez spécifique pour écarter le principe fondamental selon lequel les juges sont exemptés de l'obligation de témoigner relativement au processus décisionnel ou aux motifs de la composition de la cour dans un cas donné.

Même si elle avait été suffisamment explicite, la Loi semblerait échapper dans cette mesure à la compétence de la province. Le fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire réside dans les dispositions relatives au système judiciaire que contient la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et il est révélateur que tous les pouvoirs relatifs aux cours supérieures soient conférés au gouvernement fédéral. Le statut, l'indépendance et les fonctions judiciaires de ces juges échapperaient ainsi à la compétence provinciale, même si une province peut légiférer relativement à leurs fonctions purement administratives. Le Parlement a compétence pour adopter les lois nécessaires pour répondre au besoin de procédures crédibles d'examen des plaintes qui assurent le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice.

Indépendamment de la question du partage des compétences, la structure institutionnelle et les modalités de la Commission ne sont pas réellement façonnées pour enquêter sur des fonctions judiciaires. En conséquence, il se pourrait bien par ailleurs qu'elle aille à l'encontre de la lettre et de l'objet des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire.

Per Wilson J. (dissenting in part): The judiciary enjoys an absolute immunity with respect to its adjudicative function. Its immunity with respect to its administrative function, however, is not absolute and must give way in circumstances where the administration of justice is itself under review by a body with the constitutional authority to undertake such a review. While questions as to the composition of a panel would in normal circumstances be protected by a qualified immunity, to permit them in the exceptional circumstances of this case would not impair the authority of Chief Justices in general to assign judges to particular cases. The question needed to be asked in this case given the *prima facie* case of lack of impartiality, the fact that the judicial system had in some way gone awry, and the public perception that the doctrine of judicial immunity may be being used to protect the judiciary rather than the justice system. While questions as to why the final record ended up as it did go directly to the judiciary's adjudicative function as to which there is an absolute immunity, questions as to what as a factual matter comprised the final record on which justice was administered in the case are permissible.

The doctrine of judicial immunity was the only constitutional basis for prohibiting the questions in issue from being asked. Part VII of the *Constitution Act, 1867*, while it places the responsibility for certain specific matters within federal jurisdiction, does not prevent provinces from inquiring into aspects of the administration of justice that do not fall squarely within Part VII of the *Constitution Act, 1867*. A distinction must be made between a commission inquiring into the administration of justice in a province (including administrative decisions of the judiciary as one of the participants in the administration of justice) and one looking into the conduct of judges which is clearly a federal matter. Issues that are not specifically related to alleged improprieties on the part of judges and that are related to the administration of justice remain subject to provincial jurisdiction and may properly be considered by bodies like the Commission.

Per Cory J. (dissenting in part): The terms of the appointment of the Commission were broad enough to include the Reference to the Court of Appeal on Marshall's wrongful conviction and the eventual payment of compensation to him.

Le juge Wilson (dissidente en partie): Le pouvoir judiciaire jouit d'une immunité absolue dans l'exercice de sa fonction décisionnelle. L'immunité dont il jouit dans l'exercice de sa fonction administrative n'est cependant pas absolue et elle doit céder le pas lorsque l'administration de la justice fait elle-même l'objet d'un examen par un organisme constitutionnellement habilité à y procéder. Les questions portant sur la composition d'un banc bénéficieraient normalement d'une immunité restreinte, mais permettre qu'elles soient posées dans les circonstances exceptionnelles de la présente affaire ne porterait pas atteinte au pouvoir des juges en chef en général d'assigner des juges à des causes données. Il faut répondre à la question en l'espèce compte tenu de l'existence d'une preuve suffisante à première vue d'un manque d'impartialité, du fait que quelque chose a mal fonctionné dans le système judiciaire et de l'impression du public qu'il est possible d'invoquer l'immunité judiciaire pour protéger le pouvoir judiciaire plutôt que pour protéger le système de justice. Alors que les questions visant à obtenir des explications sur l'état du dossier définitif touchent directement à la fonction décisionnelle du pouvoir judiciaire à l'égard de laquelle il jouit d'une immunité absolue, celles visant à connaître en quoi consistait effectivement le dossier définitif sur lequel on s'est fondé pour rendre justice dans un cas donné sont permises.

Le principe de l'immunité judiciaire constitue le seul fondement constitutionnel qui justifie d'interdire de poser les questions en cause. Bien que la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* fasse relever certaines matières précises de la compétence fédérale, elle n'empêche sûrement pas les provinces d'enquêter sur les aspects de l'administration de la justice qui ne relèvent pas directement de la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut établir une distinction entre une commission chargée d'enquêter sur l'administration de la justice dans une province (y compris sur les décisions administratives du pouvoir judiciaire en sa qualité de participant à l'administration de la justice) et une commission chargée d'enquêter sur la conduite de juges qui constitue nettement un sujet de compétence fédérale. Les questions qui n'ont pas trait spécifiquement à des inconvenances de la part de juges et qui ont trait à l'administration de la justice demeurent assujetties à la compétence des provinces et peuvent être examinées à bon droit par un organisme comme la Commission.

Le juge Cory (dissident en partie): Le mandat de la Commission est suffisamment large pour comprendre le renvoi à la Cour d'appel concernant la déclaration erronée de culpabilité de Marshall et le paiement de l'indemnité qu'il a finalement obtenu.

All privileges of exemption from the duty to testify are exceptional and ought to be discountenanced unless there is good reason plainly shown for their existence. There is, however, for very good reason an absolute privilege accorded to the judiciary exempting them from testifying as to their mental processes in arriving at a judgment or as to how they reached a decision in any case that came before them. It is vital to the preservation of our system of justice that a judge not be required to answer any questions as to how a decision was reached. The reasons and the decisions speak for themselves. As well, a large measure of judicial immunity from testifying in respect of the administration of the work of the courts is an important and necessary factor in the functioning of the judicial system.

An important distinction must be drawn between the two types of judicial immunity. The privilege of the judiciary not to be questioned as to the decisions they have made on cases is of fundamental importance and absolute in nature. The privilege as to the administration of the courts, however, is not of the same fundamental importance and is qualified in nature. It is an adjunct to the adjudicative privilege.

The qualified privilege of judges on administrative matters exists at common law and will clearly apply in most situations. It must give way, however, when it is necessary to reaffirm public confidence in the administration of justice. In exceptional situations, such as those in this case, that qualified privilege should not and cannot prevail. The Commission, pursuant to ss. 3 or 4 of the *Public Inquiries Act*, has jurisdiction to compel attendance in order to pose and receive answers as to the composition of the panel hearing the Reference and as to the record relied upon by the Court of Appeal in reaching its conclusions.

Questions as to what factors constituted a miscarriage at the trial came within the absolute immunity pertaining to judgments and reasons for judgment.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; **considered:** *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; **referred to:** *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230; *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476; *Scott v. Smith* (1931), 4 M.P.R. 23; *Re*

Tous les privilèges et exemptions relatifs à l'obligation de témoigner sont exceptionnels et devraient être restreints à moins que leur existence ne soit justifiée par une bonne raison clairement démontrée. Cependant, il existe pour de très bonnes raisons un privilège absolu accordé aux juges qui les exempte de l'obligation de témoigner quant au processus mental suivi pour rendre un jugement ou quant à savoir comment ils sont arrivés à une décision dans une affaire dont ils étaient saisis. Il est essentiel à la préservation de notre système de justice qu'un juge ne soit pas tenu de répondre à des questions concernant la façon dont il est arrivé à une décision. Les motifs et les décisions parlent d'eux-mêmes. De même, une large exemption de l'obligation de témoigner de la part des juges à l'égard de l'administration des travaux des tribunaux constitue un facteur important et nécessaire dans le fonctionnement du système judiciaire.

Une distinction importante doit être établie entre les deux types d'immunité judiciaire. Le privilège des juges de ne pas être interrogés quant aux décisions qu'ils ont rendues est d'importance fondamentale et de nature absolue. Le privilège relatif à l'administration des tribunaux n'a cependant pas la même importance fondamentale et est de nature restreinte. C'est un auxiliaire du privilège attaché à l'adjudication.

Le privilège restreint des juges relativement aux questions administratives est un privilège de *common law* qui s'applique clairement dans la plupart des cas. Il doit cependant céder le pas lorsqu'il est nécessaire de réaffirmer la confiance du public dans l'administration de la justice. Dans des circonstances exceptionnelles comme celles en l'espèce, ce privilège restreint ne doit ni ne peut tenir. Conformément aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, la Commission a compétence pour exiger la comparaison aux fins d'obtenir des réponses à des questions concernant la composition du banc qui a entendu le renvoi et le dossier sur lequel la Cour d'appel s'est fondée pour arriver à ses conclusions.

Les questions concernant les facteurs qui ont constitué une erreur judiciaire au procès relèvent de l'immunité absolue applicable aux jugements et aux motifs de jugement.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts appliqués: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; **arrêt examiné:** *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; **arrêts mentionnés:** *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230; *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476; *Scott v. Smith*

Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville (1976), 75 D.L.R. (3d) 33; *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137; *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591.

By La Forest J.

Referred to: *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970); *Landreville v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 726; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986).

By Wilson J. (dissenting in part)

Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia, [1982] 2 S.C.R. 307.

By Cory J. (dissenting in part)

R. v. Marshall (1983), 57 N.S.R. (2d) 286; *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986); *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14), 96, 99, 100, 101, 129.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 617(b).
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, Part II.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, c. 250, ss. 3, 4.
Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c. S-19.

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common*

(1931), 4 M.P.R. 23; *Re Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville* (1976), 75 D.L.R. (3d) 33; *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137; *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970); *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986).

Citée par le juge Wilson (dissidente en partie)

Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia, [1982] 2 R.C.S. 307.

Citée par le juge Cory (dissident en partie)

R. v. Marshall (1983), 57 N.S.R. (2d) 286; *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167; *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986); *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 617b).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14), 96, 99, 100, 101, 129.
Loi sur la Cour suprême, S.R.C. 1970, chap. S-19.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), chap. J-1, partie II.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1967, chap. 250, art. 3, 4.

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common*

Law, vol. 8 (McNaughton rev.) Boston: Little, Brown, 1961.

APPEALS from a decision of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1988), 87 N.S.R. (2d) 443, dismissing an appeal from a decision of Glube C.J. (1988), 43 C.C.C. (3d) 287, granting a declaration with respect to judicial immunity and quashing Orders to Attend issued by a provincial royal commission. Appeals dismissed, Wilson and Cory JJ. dissenting in part.

James MacPherson, B. A. Crane, Q.C., and W. Spicer, for T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras and Gregory Thomas Evans.

Clayton Ruby, for Donald Marshall, Jr.

R. J. Downie, Q.C., and F. P. Crooks, for Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and Leonard L. Pace.

Robert Décary, Q.C., and Angéline Thibault, for the Attorney General of Quebec.

Jamie W. S. Saunders and Peter M. Rogers, for the Attorney General of Nova Scotia.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons of my colleagues Justices Wilson, La Forest, Cory and McLachlin. While I agree with the principles set out in my brother Cory's judgment, when applying them to this case, I reach the same conclusion as my colleague McLachlin J. and, accordingly, would dismiss these appeals.

Cory J. refers to the "second question" to be put to the justices as relating to "the composition of the record that was in fact before the Court of Appeal on the Reference". I prefer to address the nature of the query to be put to the justices by referring to Mr. Orsborn's letter to the Chief Justice, which reads it as follows:

After our own review, we are unsure of the record relied on by the Court in reaching its conclusions. It is not clear what affidavits were before the Court—reference is made in the reasons to certain affidavits but the transcript suggests that the affidavits were not in fact before the Court. In addition, we would like to understand why the affidavits (and cross-examination) of the

Law, vol. 8 (McNaughton rev.) Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOIS contre un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1988), 87 N.S.R. (2d) 443, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge en chef Glube (1988), 43 C.C.C. (3d) 287, qui avait accordé une déclaration relativement à l'immunité judiciaire et annulé des ordonnances de comparution rendues par une commission royale provinciale. Pourvois rejetés, les juges Wilson et Cory sont dissidents en partie.

James MacPherson, B. A. Crane, c.r., et W. Spicer, pour T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras et Gregory Thomas Evans.

Clayton Ruby, pour Donald Marshall, fils.

R. J. Downie, c.r., et F. P. Crooks, pour Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et Leonard L. Pace.

Robert Décary, c.r., et Angéline Thibault, pour le procureur général du Québec.

Jamie W. S. Saunders et Peter M. Rogers, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Wilson, La Forest, Cory et McLachlin. Je suis d'accord avec les principes énoncés dans les motifs du juge Cory, mais lorsque je les applique à l'espèce, j'arrive à la même conclusion que ma collègue le juge McLachlin et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter ces pourvois.

Le juge Cory affirme que la «seconde question» à poser aux juges a trait au «contenu du dossier dont disposait effectivement la Cour d'appel lors du renvoi». Je préfère aborder la nature de la question à poser aux juges en me référant à la lettre de M^e Orsborn au Juge en chef, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Après avoir effectué notre propre examen, nous ne sommes pas certains du contenu du dossier sur lequel la cour s'est fondée pour arriver à ses conclusions. On ne sait pas exactement quels affidavits étaient devant la cour—les motifs font état de certains affidavits mais les transcriptions laissent entendre qu'en fait la cour ne les avait pas devant elle. En outre, nous

potential police witnesses were not admitted, given the possible importance of these witnesses in determining why 1971 witnesses were now recanting.

McLachlin J., in her reasons, has set out in some detail the events that took place regarding the adduction of fresh evidence. To be noted is the fact that that decision was "reserve[d] . . . on the applications . . . to receive in evidence any of the affidavits tendered". The decision to reserve was made by a different panel than that which heard the oral evidence and decided the reference. When giving judgment on the merits of the reference, the justices gave no indication as to whether any or all of the affidavits tendered were finally admitted by them as part of the record. Another one of the Commission's concerns is the fact that the reasons of the justices refer to certain affidavits while the transcripts seem to indicate that they would appear not to have been before the court. Under these particular circumstances, a query as to "the record relied on by the Court in reaching its conclusions", can mean one of two things. It could mean, what was the record the court retired with when reserving judgment. If that is the case, there surely is no need to call upon the justices. Indeed, the clerk of this court of record can be called upon to file the court's record. But, obvious to me, this is not what is sought, as is apparent when one reads Mr. Orsborn's letter. Mr. Orsborn wants to know which affidavits were admitted and formed therefore part of the record once the evidentiary interlocutory decisions had been made. He also wants to know if the court relied on evidence that it had decided not to receive or on evidence that was not properly before the court for any other reason. Putting the question in other words: how did you rule on the admissibility of the affidavits the previous panel had reserved on, and, did you rely on evidence that was not properly before you?

aimerions comprendre pourquoi les affidavits (et les contre-interrogatoires) d'éventuels témoins policiers n'ont pas été admis, étant donné l'importance que peuvent avoir ces témoins pour déterminer pourquoi des témoins de 1971 reviennent maintenant sur leurs dépositions.

Dans ses motifs, le juge McLachlin a exposé de façon assez détaillée les événements qui ont entouré la présentation de nouveaux éléments de preuve. Il faut souligner le fait qu'«on n'a pas statué sur les demandes d'admission en preuve de l'un ou l'autre des affidavits présentés». La décision de ne pas statuer a été prise par un banc différent de celui qui a entendu les témoignages et qui a rendu une décision sur le renvoi. En statuant sur le fond du renvoi, les juges n'ont pas indiqué s'ils ont finalement admis comme faisant partie du dossier l'un ou l'autre des affidavits ou tous les affidavits présentés. Un autre sujet d'intérêt pour la Commission est le fait que les motifs des juges font état de certains affidavits alors que les transcriptions semblent indiquer que la cour ne les aurait pas eus devant elle. Dans ces circonstances particulières, la question portant sur le [TRADUCTION] «contenu du dossier sur lequel la cour s'est fondée pour arriver à ses conclusions» peut signifier l'une de deux choses. Elle peut signifier quel était le contenu du dossier dont disposait la cour lorsqu'elle s'est retirée sans statuer? Si c'est là la question qu'il faut se poser, il n'est sûrement pas nécessaire de convoquer les juges. En fait, le greffier de cette cour d'archives peut être convoqué pour produire le dossier de la cour. Mais il me paraît évident que ce n'est pas ce qu'on cherche à obtenir, comme cela ressort de la lecture de la lettre de M^e Orsborn. Ce dernier veut savoir quels affidavits ont été admis et faisaient donc partie du dossier lorsque les décisions interlocutoires relatives à la preuve eurent été rendues. Il veut également savoir si la cour s'est fondée sur des éléments de preuve qu'elle avait décidé de ne pas admettre ou sur des éléments de preuve dont elle n'était pas régulièrement saisie pour quelque autre raison. En d'autres termes, quelle a été votre décision sur l'admissibilité des affidavits à l'égard desquels le banc précédent n'avait pas rendu de décision et vous êtes-vous fondés sur des éléments de preuve dont vous n'étiez pas régulièrement saisis?

What evidence a court relies on for arriving at a given conclusion is an integral part of the adjudicative process. This requires decisions pertaining to the admissibility of evidence, and then an assessment of the weight to be given to it and its effect on the outcome of the case applying the rules pertaining to the burden of presentation of proof and that of persuasion. The extent to which a court reveals these matters in a judgment is equally an integral part of the adjudicative process. Of course, courts should normally disclose in their judgment the basis for their decisions and, when relevant, the evidence it has decided to rely upon. However, if a court chooses not to do so, it may well, in some circumstances though surely not in all, have failed in its adjudicative duties but not in any administrative duty, and the justices cannot be compelled by the executive as witnesses to clarify and add to their judgment.

There are procedures through which courts can be invited to do so, such as applications for rehearings where courts are asked to reopen the case and make determinations they have overlooked; there are also the various review and appeal procedures where such *lacunae* can to varying degrees be remedied. To these adjudicative problems there are only judicial remedies, with the exception of disciplinary measures, which of course, are not at issue in this case. But, as regards the justices, they enjoy in that aspect of their functions absolute immunity against being compelled as witnesses before a commission of inquiry such as this one.

The "first question" is that which is intended to be put to the Chief Justice, asking him why Pace J.A. was made part of the panel. A Chief Justice's reasons for determining who sits on which case needs to be protected from inquiries and for that reason, benefits from the judicial privilege. But, as Cory J. states, it is a qualified privilege. In, but only in, exceptional circumstances this privilege will have to give way to disclosure. In my view, the

Les éléments de preuve sur lesquels une cour se fonde pour arriver à une conclusion donnée font partie intégrante du processus décisionnel. Cela nécessite la prise de décisions sur l'admissibilité de la preuve puis une appréciation du poids qu'il faut lui accorder et de son effet sur l'issue de l'affaire en appliquant les règles relatives au fardeau de présentation de la preuve et de persuasion. La mesure dans laquelle une cour révèle ces choses dans un jugement fait également partie intégrante du processus décisionnel. Évidemment les tribunaux devraient normalement révéler dans leur jugement le fondement de leurs décisions et, lorsque cela est pertinent, les éléments de preuve sur lesquels ils ont décidé de se fonder. Cependant, si une cour choisit de ne pas le faire, elle peut bien, dans certains cas mais sûrement pas dans tous les cas, avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions décisionnelles mais non dans celui de ses fonctions administratives et le pouvoir exécutif ne peut pas contraindre les juges à témoigner pour apporter des clarifications ou ajouter quelque chose à leur jugement.

Il existe des procédures par lesquelles les cours peuvent être invitées à le faire, comme des demandes de nouvelles auditions où on leur demande de rouvrir l'affaire et de rendre des décisions qu'elles ont négligé de rendre; il y a également les diverses procédures de révision et d'appel qui permettent de remédier plus ou moins à ces lacunes. À ces problèmes en matière décisionnelle, il n'y a que des remèdes judiciaires, à l'exception de mesures disciplinaires, qui évidemment ne sont pas en cause en l'espèce. Mais, en ce qui concerne les juges, ils jouissent sous cet aspect de leurs fonctions d'une immunité absolue en vertu de laquelle ils ne peuvent être contraints à témoigner devant une commission d'enquête comme celle-ci.

La «première question» est celle qu'on veut poser au Juge en chef, savoir pourquoi le juge Pace a fait partie du banc. Les raisons pour lesquelles un juge en chef détermine qui siège dans une affaire donnée doivent échapper aux enquêtes et, pour cette raison, elles bénéficient de l'immunité judiciaire. Mais comme le dit le juge Cory, il s'agit d'un privilège restreint. Dans des circonstances exceptionnelles, mais seulement dans ces circons-

only situation where this may, but not always, occur, is when an investigation into the conduct or integrity of the Chief Justice or other justices is being conducted.

Since this commission of inquiry has no power to investigate into the conduct or integrity of judges, a matter that is for the federally created Canadian Judicial Council, the Commission is not empowered to ask any questions pertaining to the composition of a particular bench and the reasons for which it was set up in a particular manner.

I hasten to add that the preceding considerations are in no way intended to indicate my views as to whether there was here any failure as regards adjudicative duties, any improper conduct on the part of the justices, or whether an inquiry into the conduct of the judges should or should not be carried out by the Canadian Judicial Council. They are only in answer to the issues raised by the Commission's attempt to require the justices to answer certain questions that could only, when appropriate, be put to them in that setting and by that body.

In the result, I would dismiss these appeals.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I write in support of the judgment of my colleague, Justice Cory, on these appeals. I agree with him and with my other colleagues, that the judiciary enjoys an absolute immunity with respect to its adjudicative function. I also agree with him that the judiciary's immunity with respect to its administrative function is not absolute and that it must give way in circumstances where the administration of justice is itself under review by a body with the constitutional authority to undertake such a review. It would be anomalous indeed if in a case such as the present all aspects of the justice system leading up to the wrongful conviction of Mr. Marshall, his subsequent release and his receipt of compensation

tances, ce privilège devra céder le pas à la divulgation. À mon avis, la seule situation où cela peut se produire, sans que ce soit toujours nécessairement le cas, est lorsqu'est menée une enquête sur la conduite ou l'intégrité du Juge en chef ou d'autres juges.

Puisque cette commission d'enquête n'a pas le pouvoir d'enquêter sur la conduite ou l'intégrité de juges, un sujet qui est réservé au Conseil canadien de la magistrature créé par le fédéral, celle-ci n'est pas habilitée à poser des questions concernant la composition d'un banc donné et les raisons justifiant la façon dont il a été constitué.

Je m'empresse d'ajouter que les considérations qui précèdent ne visent nullement à faire connaître mon opinion sur la question de savoir si une faute a été commise en l'espèce sur le plan des fonctions décisionnelles, s'il y a eu conduite irrégulière de la part des juges ou si une enquête sur la conduite des juges devrait ou ne devrait pas être effectuée par le Conseil canadien de la magistrature. Elles ne constituent que des réponses aux questions soulevées par la tentative de la Commission de contraindre les juges à répondre à certaines questions qui ne pourraient, s'il y a lieu, leur être posées que dans ce contexte et que par cet organisme.

En définitive, je suis d'avis de rejeter ces pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—Par les présents motifs, je viens appuyer l'opinion exprimée en l'espèce par mon collègue le juge Cory. Je suis d'accord avec lui et avec mes autres collègues pour dire que le pouvoir judiciaire jouit d'une immunité absolue dans l'exercice de sa fonction décisionnelle. Je suis également d'accord avec lui pour dire que l'immunité du pouvoir judiciaire dans l'exercice de sa fonction administrative n'est pas absolue et qu'elle doit céder le pas lorsque l'administration de la justice fait elle-même l'objet d'un examen par un organisme constitutionnellement habilité à y procéder. D'ailleurs, il serait anormal que, dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, la Commission puisse faire enquête sur tous les aspects du système de justice qui ont conduit à la déclaration erronée de culpabilité de M. Marshall, à sa libération subséquente et à son

could be inquired into by the Commission except the administrative decisions made by the judiciary.

I appreciate the concern expressed by my colleague, Justice McLachlin, that it would seriously undermine the independence of the judiciary from the executive branch of government if the executive could control or interfere with the authority of Chief Justices to assign judges to sit on particular cases. But in my view the judiciary's qualified immunity in respect of administrative matters would preclude this. This is not, however, the issue confronting us. What the Commission wishes to do, as I understand it, is inquire into why the former Attorney General was assigned to the panel given the *prima facie* case of lack of impartiality on his part. In other words, we have here a public perception that, in the absence of a satisfactory explanation, this may have been one of the things which went wrong in the Marshall case. I believe that since the very purpose of the Marshall inquiry is to find out what went wrong in the Marshall case, the public interest requires that this question be asked and answered.

I do not share the fear expressed by McLachlin J. that, if the Chief Justice of Nova Scotia is required to answer this question, Chief Justices generally will be impaired in their freedom to assign judges to particular cases. In this connection two important facts must be borne in mind. The first is that the question is sought to be asked in the context of an investigation into the administration of justice triggered by the fact that the system in some way went awry. This does not happen very often but, when it does, it is obviously a matter of great public concern. The second important fact is that we are dealing here with a *prima facie* case of lack of impartiality. If the question is not asked and answered in a satisfactory way the public perception may well be that the composition of the panel was a factor in the reasons for judgment of the Court of Appeal and in the quantum of compensation ultimately awarded to Mr. Marshall. When there is a real risk that judicial immunity may be perceived by the public

indemnisation, sauf sur les décisions administratives prises par le pouvoir judiciaire.

Je suis consciente de la crainte, exprimée par ma collègue le juge McLachlin, que l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport à l'organe exécutif du gouvernement soit minée sérieusement si le pouvoir exécutif peut contrôler ou entraver le pouvoir des juges en chef d'assigner des juges à des causes données. Mais à mon avis, l'immunité restreinte dont jouit le pouvoir judiciaire à l'égard des questions administratives empêcherait que cela se produise. Telle n'est pas cependant la question qui se pose à nous. Ce que la Commission veut faire, si je comprends bien, c'est enquêter sur les raisons pour lesquelles l'ancien procureur général a été désigné pour siéger malgré la preuve suffisante à première vue d'un manque d'impartialité de sa part. En d'autres termes, le public a ici l'impression que, sous réserve d'une explication satisfaisante, cela peut avoir été l'une des choses qui ont mal fonctionné dans l'affaire Marshall. Je crois que puisque l'enquête Marshall a véritablement pour objet de découvrir ce qui a mal fonctionné dans l'affaire Marshall, il y va de l'intérêt public que cette question soit posée et qu'elle reçoive une réponse.

Je ne partage pas la crainte exprimée par le juge McLachlin que si le Juge en chef de la Nouvelle-Écosse est forcé de répondre à cette question, il y ait atteinte à la liberté qu'ont les juges en chef en général d'assigner des juges à des causes données. À cet égard, il faut avoir à l'esprit deux faits importants. Le premier est qu'on cherche à poser la question dans le cadre d'une enquête sur l'administration de la justice qui résulte du fait que quelque chose a mal fonctionné dans le système. Une telle situation n'est pas monnaie courante, mais il va sans dire que si elle se présente, il en résulte de vives inquiétudes chez le public. Le second fait d'importance est que nous avons affaire en l'espèce à une preuve suffisante à première vue d'un manque d'impartialité. Si la question n'est pas posée et ne reçoit pas une réponse satisfaisante, le public pourra bien avoir l'impression que la composition du banc y est pour quelque chose dans les motifs de jugement de la Cour d'appel et dans le montant de l'indemnité que M. Marshall a

as being advanced for the protection of the judiciary rather than for the protection of the justice system, the public interest in my view requires that the question be asked and answered.

I also agree with Cory J. that the Commission cannot determine whether justice was properly administered in the Marshall case if questions cannot be put to the Court of Appeal as to the content of the record on which its decision was reached. I agree with my colleague, Justice Lamer, that the judges cannot be asked why the final record ended up as it did. In other words, the judges cannot be asked why they admitted this and rejected that because this goes directly to their adjudicative function as to which they enjoy an absolute immunity. They can, however, in my view, be asked what as a factual matter comprised the final record for purposes of their decision. The record is, after all, the substratum upon which justice is administered in any case.

I have read with interest the reasons of my colleague, Justice La Forest, expressing concern over what he sees as an additional constitutional issue raised by this case. In my view, a distinction must be made between a Commission created for the purpose of inquiring into the administration of justice in a province and a Commission or other entity created for the purpose of looking into the conduct of judges. In the case of the latter I completely agree with my colleague that we would be clearly in the federal domain. This does not mean, however, that a Commission properly established to conduct an inquiry into the administration of justice in a province must eliminate the administrative decisions made by the judiciary, one of the participants in the administration of justice, from all consideration. To exclude administrative decisions made by the judiciary from the range of issues that such a Commission may consider on the ground that the federal government has already created a body to inquire into complaints against superior court judges would be to construe s. 101 of the *Constitution Act, 1867* and the provisions of the *Judges Act, R.S.C.*,

fini par toucher. Lorsqu'il y a un risque réel que le public ait l'impression que l'immunité judiciaire est invoquée pour protéger le pouvoir judiciaire plutôt que pour protéger le système de justice, ^a l'intérêt public exige à mon avis que la question soit posée et qu'elle reçoive une réponse.

Je conviens également avec le juge Cory que la Commission ne pourra pas déterminer si justice a ^b été rendue régulièrement dans l'affaire Marshall s'il n'est pas permis de poser à la Cour d'appel des questions sur le contenu du dossier sur lequel se fonde sa décision. Je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer pour dire qu'on ne peut demander aux juges des explications sur l'état du dossier ^c définitif. En d'autres termes, on ne peut demander aux juges pourquoi ils ont admis ceci et rejeté cela puisque cela touche directement à leur fonction ^d décisionnelle à l'égard de laquelle ils jouissent d'une immunité absolue. On peut toutefois leur demander en quoi consistait effectivement le dossier définitif pour les fins de leur décision. Le dossier est après tout le substrat sur lequel repose ^e l'administration de la justice dans chaque cas.

J'ai lu avec intérêt les motifs de mon collègue le juge La Forest qui s'inquiète de ce qu'il perçoit comme une autre question constitutionnelle soulevée par le présent pourvoi. À mon avis, il faut établir une distinction entre une commission créée pour enquêter sur l'administration de la justice dans une province et une commission ou autre entité créée pour enquêter sur la conduite de juges. ^g Dans ce dernier cas, je suis entièrement d'accord avec mon collègue pour dire que nous nous trouvons nettement en domaine fédéral. Cela ne signifie pas cependant qu'une commission régulièrement constituée pour enquêter sur l'administration ^h de la justice dans une province doit s'abstenir d'examiner les décisions administratives du pouvoir judiciaire qui est l'un des participants à l'administration de la justice. Exclure les décisions administratives du pouvoir judiciaire du nombre des questions qu'une telle commission peut examiner, pour le motif que le gouvernement fédéral a déjà créé un organisme chargé d'enquêter sur les plaintes portées contre des juges de cours supérieures, reviendrait à attribuer à l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et aux dispositions de la

1985, c. J-1, Part II, in an unusually broad manner that is inconsistent with the purpose and history of s. 92(14) and Part VII of the *Constitution Act, 1867*.

partie II de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), chap. J-1, un sens exceptionnellement général qui est incompatible avec l'objet et l'historique du par. 92(14) et la partie VII de la *Loi constitutionnelle* de 1867.

This Court has previously commented on the special status of superior courts, noting that "They cross the dividing line, as it were, in the federal-provincial scheme of division of jurisdiction . . ." (Justice Estey in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 327). Moreover, Professor Hogg has noted that prior to Confederation each of the uniting provinces had its own system of courts, that "All these courts were expressly continued after confederation by s. 129 of the *Constitution Act, 1867*, and their organization and jurisdiction remained the responsibility of the provinces by virtue of s. 92(14)": see *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1983), at p. 134. Thus, provincial governments have always had a significant and legitimate interest in the role of superior courts in the administration of justice. While Part VII of the *Constitution Act, 1867* places the responsibility for certain specific matters (such as the appointment of superior court judges) within federal jurisdiction, it certainly does not prevent provinces from inquiring into aspects of the administration of justice that do not fall squarely within Part VII of the *Constitution Act, 1867*. Admittedly, s. 101 of the *Constitution Act, 1867* provides the federal government with power to create courts that are exceptions to the otherwise unitary character of the system governing the administration of justice in Canada and the Canadian Judicial Council is an example of an exceptional body created to deal with complaints regarding the conduct of judges. But issues that are not specifically related to alleged improprieties on the part of judges and that are related to the administration of justice remain, in my view, subject to provincial jurisdiction and may properly be considered by bodies like the Commission.

Notre Cour a déjà commenté le statut spécial dont jouissent les cours supérieures, soulignant qu'elles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale . . . » (le juge Estey dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, à la p. 327). En outre, le professeur Hogg a fait observer que chacune des provinces qui se sont unies possédait, avant la Confédération, son propre système de tribunaux et que [TRADUCTION] « L'existence de tous ces tribunaux a été expressément maintenue après la Confédération par l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle* de 1867, leur organisation et leur compétence demeurant sous la responsabilité des provinces en vertu du par. 92(14) »: voir *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1983), à la p. 134. Les gouvernements provinciaux ont donc toujours eu un intérêt majeur et légitime dans le rôle joué par les cours supérieures dans l'administration de la justice. Bien que la partie VII de la *Loi constitutionnelle* de 1867 fasse relever certaines matières précises (comme la nomination des juges des cours supérieures) de la compétence fédérale, elle n'empêche sûrement pas les provinces d'enquêter sur les aspects de l'administration de la justice qui ne relèvent pas directement de la partie VII de la *Loi constitutionnelle* de 1867. Certes, l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle* de 1867 investit le gouvernement fédéral du pouvoir de créer des tribunaux qui constituent des exceptions au caractère par ailleurs unitaire du système qui régit l'administration de la justice au Canada et le Conseil canadien de la magistrature est un exemple d'organisme exceptionnel créé pour connaître des plaintes concernant la conduite des juges. Cependant, les questions qui n'ont pas trait spécifiquement à des inconvenances de la part de juges et qui ont trait à l'administration de la justice demeurent, selon moi, assujetties à la compétence des provinces et peuvent être examinées à bon droit par un organisme comme la Commission.

This commission is not conducting an inquiry into the conduct of the judges. The questions sought to be asked of them as to the composition of the panel and the content of the record are being raised solely for the purpose of determining where the administration of justice went awry. We cannot pre-judge the answers which might be given if the questions were permitted to be asked. It is in my view totally inappropriate, therefore, to treat this inquiry as if it were an investigation into allegations of impropriety against federally appointed judges. In my view, the only constitutional basis for prohibiting the questions in issue from being asked would be the doctrine of judicial immunity and, for the reasons given, I do not think that in the administrative area the doctrine can prevail over the greater public interest in disclosure in the rather special circumstances of this case.

I accordingly agree with the disposition of these appeals proposed by my colleague, Cory J.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, Cory and McLachlin JJ. With respect, I agree with McLachlin J. that the Nova Scotia *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, is not specific enough to override the fundamental principle of judicial immunity from being compelled to testify about the decision-making process or the reasons for the composition of the court in a particular case.

Though the point was not argued, were the Act sufficiently explicit, I would tend to the view that it was, to that extent, beyond the legislative capacity of the province. The judicature provisions in Part VII of the *Constitution Act, 1867* provide the constitutional underpinnings for the independence of the judiciary; the classic discussion of these provisions is of course that of Professor W. R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139. These provisions comprise a virtual code governing the constitutional status of the superior courts, and it

Cette commission ne procède pas à une enquête sur la conduite des juges. Les questions qu'on veut leur poser au sujet de la composition du banc et du contenu du dossier ne visent qu'à déterminer à quel moment l'administration de la justice a fait défaut. Nous ne saurions préjuger les réponses qui pourraient être données si on permettait que les questions soient posées. Donc, il ne convient absolument pas, à mon avis, de traiter cette enquête comme si elle portait sur des allégations d'inconvenance de la part de juges nommés par le fédéral. À mon avis, le seul fondement constitutionnel qui justifierait d'interdire de poser les questions en cause serait le principe de l'immunité judiciaire et, pour les motifs que j'ai exposés, je ne crois pas que sur le plan administratif ce principe puisse l'emporter sur l'intérêt supérieur qu'a le public à ce qu'il y ait divulgation dans les circonstances plutôt particulières de l'espèce.

En conséquence, je suis d'accord avec la façon dont mon collègue le juge Cory propose de trancher ces pourvois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Cory et McLachlin. En toute déférence, je suis d'accord avec le juge McLachlin pour dire que la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, de la Nouvelle-Écosse n'est pas assez spécifique pour écarter le principe fondamental selon lequel les juges sont exemptés de l'obligation de témoigner relativement au processus décisionnel ou aux motifs de la composition de la cour dans un cas donné.

Bien que ce point n'ait pas été débattu, si la Loi avait été suffisamment explicite, j'aurais été porté à croire que, dans cette mesure, elle excédait la compétence législative de la province. Les dispositions relatives au système judiciaire que contient la partie VII de la *Loi constitutionnelle de 1867* établissent le fondement constitutionnel de l'indépendance du pouvoir judiciaire; l'analyse classique de ces dispositions est évidemment celle que fait le professeur W. R. Lederman dans son article intitulé, «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139. Ces dispositions

is significant that all the powers relating to them are at the federal level, whether it be appointment (s. 96), tenure during good behaviour until 75 with the power of removal provided at the highest level (s. 99), and the fixing of salaries, allowances and pensions by Parliament (s. 100). In my view, the status and independence, and judicial functions of these judges thereby fall outside provincial competence, though a province may, of course, legislate in respect of their purely administrative functions under its power to legislate respecting the administration of justice (s. 92(14), *Constitution Act, 1867*).

In speaking of the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867* as a code, I do not mean to suggest that there is no constitutional room for mechanisms for dealing with inquiries or complaints relating to the performance of judicial functions that are either not sufficiently serious as to warrant proceedings for removal, or which may precede or assist the conduct but not constitute an impediment to the proper functioning of such proceedings, or effectively amount to a substitute for them. The size and complexity of the judicial system have now become too substantial to consider each judge to be completely independent or "sovereign" in Douglas J.'s phrase (dissenting in *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970), at p. 136). Sole reliance on the power of removal to deal with such issues is no longer realistic. Though I take Douglas J.'s point that every judge must work in an institutional setting that supports judicial independence even from other judges, I agree with Cory J. that there is need for credible complaint procedures to ensure continued public confidence in the administration of justice. In my view, since this matter appears, as I noted, to fall outside provincial competence so far as it affects the status, independence and judicial functions of superior court judges, the federal Parliament may, under its general power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, legislate in this area; see *Landreville v. The Queen*, [1977] 2 F.C. 726 (T.D.), per

renferment un véritable code régissant le statut constitutionnel des cours supérieures et il est révélateur que tous les pouvoirs y relatifs soient conférés au gouvernement fédéral, qu'il s'agisse de la nomination (art. 96), de la durée des fonctions à titre inamovible jusqu'à l'âge de 75 ans, assortie du pouvoir de révocation accordé au plus haut niveau gouvernemental (art. 99), et de l'établissement des traitements, allocations et pensions (art. 100). À mon avis, le statut, l'indépendance et les fonctions judiciaires de ces juges échappent ainsi à la compétence provinciale, même si une province peut évidemment légiférer relativement à leurs fonctions purement administratives en vertu de sa compétence législative en matière d'administration de la justice (par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*).

Quand je qualifie de code les dispositions relatives au système judiciaire que contient la *Loi constitutionnelle de 1867*, je ne veux pas dire qu'il ne peut y avoir, sur le plan constitutionnel, des mécanismes permettant de traiter d'enquêtes ou de plaintes relatives à l'exercice de fonctions judiciaires qui ne sont pas assez sérieuses pour justifier des procédures de révocation, ou pouvant précéder ou faciliter la conduite de ces procédures sans toutefois empêcher leur bon fonctionnement ou les remplacer en réalité. La taille et la complexité du système judiciaire sont maintenant devenues trop importantes pour considérer que chaque juge est complètement indépendant ou «souverain» pour reprendre l'expression du juge Douglas (dissident dans l'arrêt *Chandler, U.S. District Judge v. Judicial Council of the 10th Circuit*, 398 U.S. 74 (1970), à la p. 136). Le seul recours au pouvoir de révocation pour régler ces questions litigieuses n'est plus réaliste. Tout en acceptant l'opinion du juge Douglas que chaque juge doit travailler dans un cadre institutionnel qui appuie l'indépendance judiciaire même par rapport à d'autres juges, je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que l'existence de procédures crédibles d'examen des plaintes est nécessaire pour assurer le maintien de la confiance du public dans l'administration de la justice. À mon avis, puisque, comme je l'ai noté, ce sujet paraît échapper à la compétence provinciale dans la mesure où il touche le statut, l'indépendance et les fonctions judiciaires des juges des

Collier J., at p. 746. (I say nothing, however, about whether the Commission considered there met other constitutional requirements.) For certain matters, at least, it may also be necessary or desirable to enlist in aid Parliament's power under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* to create an additional court for the better administration of the laws of Canada. That is what was done when the Canadian Judicial Council (the duties of which include the investigation of complaints and allegations against federally appointed judges) was established in 1971: see *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, Part II.

To conclude, bodies which are set up or which in the course of their duties are required to undertake an examination of the conduct of a superior court judge in the exercise of judicial functions must be so constructed as to respect the letter and the underlying purpose of the judicature provisions of the Constitution. Nor can investigatory bodies act in a manner that might materially impair the protection accorded by s. 99 or the independence and impartiality of the judiciary. Many of the points to bear in mind in structuring such bodies are sensitively described in a case cited by Cory J.: *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986). Though the relevant United States constitutional provisions vary to a degree from our own, much of what is said there is equally applicable in this country. While the Commission under consideration is undeniably manned by very able and experienced jurists, they are, of course, not acting in that capacity here, and the institutional structure and modalities of the Commission are not really tailored to the task of inquiring into judicial functions such as those in question in the present case. As a result, quite apart from the division of powers question, such a commission

cours supérieures, le Parlement peut, en vertu du pouvoir général que lui confère l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, légiférer dans ce domaine; voir *Landreville c. La Reine*, [1977] 2 C.F. 726 (D.P.I.), le juge Collier, à la p. 746. (Je ne dis cependant rien au sujet de la question de savoir si la Commission en cause dans cette affaire respectait d'autres exigences constitutionnelles.) En ce qui concerne certaines matières tout au moins, il peut également être nécessaire ou souhaitable de recourir au pouvoir qu'a le Parlement en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* de constituer une autre cour pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada. C'est ce qui a été fait quand le Conseil canadien de la magistrature (qui a pour fonction notamment d'enquêter sur les plaintes et les allégations visant des juges nommés par le fédéral) a été constitué en 1971; voir la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), chap. J-1, partie II.

Pour conclure, les organismes qui, dans le cours de leurs fonctions, sont appelés à examiner la conduite adoptée par un juge de cour supérieure dans l'exercice de fonctions judiciaires, de même que ceux créés à cette fin, doivent être constitués de manière à respecter la lettre et l'objet fondamental des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire. Les organismes d'enquête ne peuvent pas non plus agir d'une manière susceptible de diminuer sensiblement la protection accordée par l'art. 99 ou l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire. Un bon nombre des points qu'il faut garder à l'esprit en structurant ces organismes sont décrits avec perspicacité dans un arrêt cité par le juge Cory: *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986). Bien que les dispositions constitutionnelles américaines diffèrent des nôtres jusqu'à un certain point, une bonne partie de ce qu'on y dit est également applicable ici. Bien que la Commission en cause soit indéniablement composée de juristes très compétents et très expérimentés, ceux-ci n'agissent évidemment pas alors en cette qualité, et la structure institutionnelle et les modalités de la Commission ne sont pas réellement façonnées pour enquê-

may well run afoul of the judicature provisions of the Constitution.

I should add that I also agree with McLachlin J.'s views that the Commission's mandate does not trench on the criminal law power.

I would dismiss the appeals.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—These appeals raise the question of whether an investigative commission of inquiry can compel judges involved in the matters being investigated to testify as to the reasons for their judicial decision and the composition of the panel that heard the case.

Background

The Actors Involved

It will be useful to first identify the various actors involved in these appeals. On November 5, 1971, Donald Marshall, Jr., a 17-year-old native adolescent boy around whom most of these appeals turn, was convicted of the murder of Sandford William Seale, who had died from knife wounds inflicted on May 28-29, 1971. Marshall consistently maintained his innocence from the day he was first arrested, throughout his trial and subsequent imprisonment, to the date of his eventual release in May of 1983. He was released after favourable resolution of a reference made by the federal Minister of Justice to the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, pursuant to s. 617(b) (now s. 690(b)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He had been in prison some 11 years before his claim of innocence was finally upheld. The failure of the Nova Scotian justice system in Donald Marshall, Jr.'s case led the Attorney General of Nova Scotia in October 1986 to establish a Royal Commission pursuant to the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, with a mandate to inquire into the prosecution of, and

ter sur des fonctions judiciaires comme celles dont il est question en l'espèce. En conséquence, tout a fait indépendamment de la question du partage des compétences, il se peut bien qu'une commission a aille à l'encontre des dispositions de la Constitution relatives au système judiciaire.

J'ajouterais que je souscris également à l'opinion du juge McLachlin que le mandat de la Commission n'empiète pas sur la compétence en matière de droit criminel.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Ces pourvois soulèvent la question de savoir si une commission d'enquête peut contraindre des juges qui ont joué un rôle d dans les affaires faisant l'objet de l'enquête à témoigner concernant les raisons de leurs décisions et concernant la composition du banc qui a entendu l'affaire.

e Historique

Les participants

Commençons par décrire les différentes personnes dont il est question dans les présents pourvois. Le 5 novembre 1971, Donald Marshall, fils, un autochtone de 17 ans, qui est visé par la plupart de ces pourvois, a été déclaré coupable du meurtre de Sandford William Seale, décédé après avoir été poignardé à plusieurs reprises dans la nuit du 28 au 29 mai 1971. Depuis le moment de son arrestation, au cours de son procès, pendant son incarcération jusqu'à son élargissement en mai 1983, Marshall a toujours protesté de son innocence. Il a été mis en liberté à la suite d'une décision favorable rendue au sujet d'un renvoi adressé par le ministre fédéral de la Justice à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, conformément à l'al. 617b) (maintenant l'al. 690b)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Il avait purgé quelque 11 années de sa peine d'emprisonnement avant que son innocence soit finalement reconnue. Devant la défaillance du système de justice de la Nouvelle-Écosse dans le cas de Donald Marshall, fils, le procureur général de ladite province a établi en octobre 1986, conformé-

subsequent handling of, Donald Marshall, Jr.'s case.

T. Alexander Hickman (Chief Justice of the Trial Division, Supreme Court of Newfoundland), Lawrence A. Poitras (Associate Chief Justice of the Superior Court of Québec) and Gregory Thomas Evans (Justice of the High Court of Ontario) are the Commissioners appointed by the Attorney General of Nova Scotia under the *Public Inquiries Act* to inquire into the prosecution of Donald Marshall, Jr.

Ian M. MacKeigan (Chief Justice of Nova Scotia (as he then was)), Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and Leonard Pace are the five judges who heard and determined the Reference of Donald Marshall, Jr.'s conviction. It should be noted that Pace J.A. was the Attorney General of Nova Scotia at the time that Marshall was convicted.

The Attorney General is the last actor involved in these proceedings. He appears before this Court as the representative of Her Majesty's Government for the province of Nova Scotia.

The Trial of Donald Marshall, Jr. and the Immediately Ensuing Events

As I have already mentioned, Donald Marshall, Jr. was wrongly convicted of a murder he did not commit. During his trial, two "eye witnesses", Maynard Chant and John Pratico, testified that they saw Marshall stab Seale. Another witness, Patricia Harriss, testified that she had seen Seale and Marshall together in the area where the stabbing of Seale occurred just prior to the time of that incident. Marshall testified in his own defence that he and Seale had a conversation with two people who were dressed like priests and that one of these people had stabbed Seale.

Ten days after Marshall's conviction, James MacNeil went to the Sydney police and advised that on the night of the stabbing, he and Roy

ment à la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, une commission royale chargée d'enquêter sur la façon dont les poursuites contre Donald Marshall, fils, ont été menées et dont son dossier a été traité par la suite.

T. Alexander Hickman (Juge en chef de la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve), Lawrence A. Poitras (Juge en chef adjoint de la Cour supérieure du Québec) et Gregory Thomas Evans (juge de la Haute Cour de l'Ontario) sont les commissaires que le procureur général de la Nouvelle-Écosse a nommés, en vertu de la *Public Inquiries Act*, pour enquêter sur les poursuites intentées contre Donald Marshall, fils.

Ian M. MacKeigan (alors Juge en chef de la Nouvelle-Écosse), Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et Leonard Pace sont les cinq juges qui ont entendu et tranché le renvoi relatif au verdict de culpabilité prononcé contre Donald Marshall, fils. Il convient de noter que le juge Pace était procureur général de la Nouvelle-Écosse à l'époque où Marshall a été déclaré coupable.

Finalement, il y a le procureur général. Celui-ci comparaît devant notre Cour en qualité de représentant du gouvernement de Sa Majesté pour la province de la Nouvelle-Écosse.

Le procès de Donald Marshall, fils, et les événements qui ont suivi immédiatement

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, Donald Marshall, fils, a été erronément déclaré coupable d'un meurtre qu'il n'a pas commis. Au cours de son procès, deux «témoins oculaires», Maynard Chant et John Pratico, ont affirmé avoir vu Marshall poignarder Seale. Un autre témoin, Patricia Harriss, a déclaré avoir vu Seale et Marshall ensemble dans le secteur où Seale a été poignardé, et ce, juste avant l'incident. Marshall a témoigné pour sa propre défense que Seale et lui-même avaient eu une conversation avec deux personnes vêtues comme des prêtres et qu'une de celles-ci avait poignardé Seale.

Dix jours après la déclaration de culpabilité de Marshall, James MacNeil s'est présenté à la police de Sydney et a affirmé que, le soir du meurtre,

Ebsary were attacked by Seale and Marshall and that Seale had been stabbed by Ebsary during the robbery attempt. MacNeil and Ebsary were the two individuals who matched the description given at trial by Marshall and given to the Sydney police by Marshall the day following the stabbing. Neither MacNeil nor Ebsary had been located during the investigation or prior to the trial.

On the same day that MacNeil made these admissions to the Sydney police, the police located and interviewed Ebsary and some of his relatives. They reported to the Crown Prosecutor who, in turn, reported to his superiors in the Attorney General's office in Halifax. The Attorney General at this time was the Honourable Leonard Pace. The investigation was turned over to the R.C.M.P.

The R.C.M.P. conducted polygraph tests of MacNeil and Ebsary and concluded that Ebsary was telling the truth when he said that he had not stabbed Seale and that MacNeil's evidence was inconclusive. The results of these tests were relayed to the Crown Prosecutor and, according to evidence now before the Commission, from the Crown Prosecutor to the Attorney General's office, possibly to Attorney General Pace himself. The Crown Prosecutor is now dead and, therefore, unavailable to testify as to this possible conversation with Attorney General Pace.

The Re-investigations and the Reference to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia

In 1982, Marshall's lawyer provided the Sydney police with new information. They asked the R.C.M.P. and Crown Prosecutor of Cape Breton to carry out a second investigation of the Marshall affair. During this investigation, former witnesses Chant, Pratico and Harriss all recanted their evidence at trial and stated that they had been under pressure by certain members of the Sydney Police Department to tell the stories they had told at trial. On the basis of this fresh evidence, the federal Minister of Justice, the Honourable Jean Chrétien, referred the conviction to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia,

Roy Ebsary et lui-même avaient été attaqués par Seale et Marshall et qu'Ebsary avait poignardé Seale pendant la tentative de vol. MacNeil et Ebsary étaient les deux individus qui répondaient à la description que Marshall avait donnée au procès et qu'il avait également donnée à la police de Sydney le lendemain du meurtre. Ni MacNeil ni Ebsary n'avaient été retracés au cours de l'enquête ni avant le procès.

Le jour même où MacNeil a fait ses aveux à la police de Sydney, la police a retracé et interrogé Ebsary et certains membres de sa parenté. Elle a fait rapport au substitut du procureur général qui, à son tour, a fait rapport à ses supérieurs au bureau du procureur général à Halifax. À l'époque, le procureur général était l'honorable Leonard Pace. L'enquête a été confiée à la GRC.

La GRC a fait subir des tests polygraphiques à MacNeil et à Ebsary et a conclu qu'Ebsary disait la vérité quand il affirmait ne pas avoir poignardé Seale et que le témoignage de MacNeil n'était pas concluant. Les résultats de ces tests ont été remis au substitut du procureur général qui, suivant la preuve maintenant devant la Commission, les a remis au bureau du procureur général, peut-être au procureur général Pace lui-même. Étant maintenant décédé, le substitut du procureur général n'est donc plus là pour témoigner quant à la conversation qu'il a pu avoir avec le procureur général Pace.

Les nouvelles enquêtes et le renvoi à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse

En 1982, l'avocat de Marshall a fourni de nouveaux renseignements à la police de Sydney. Celle-ci a demandé à la GRC et au substitut du procureur général du Cap Breton d'ouvrir une seconde enquête sur l'affaire Marshall. Au cours de cette enquête, les témoins Chant, Pratico et Harriss sont tous revenus sur le témoignage qu'ils avaient donné au procès et ont affirmé qu'ils avaient subi des pressions de la part de certains membres du service de police de Sydney pour qu'ils fassent les récits qu'ils avaient faits au procès. Sur la foi de ces nouveaux éléments de preuve, le ministre fédéral de la Justice, l'honora-

pursuant to s. 617(b) of the *Criminal Code*, for a redetermination.

Both Marshall and the Crown applied for leave to introduce fresh evidence. Affidavits in support of the applications were filed from Chant, Pratico and Harriss, John F. MacIntyre and William Urquhart (Sydney Police Officers in charge of the Marshall investigation), Stephen Aronson, Dr. M. A. Mian, Terence Patrick Gushue, Barbara Mary Floyd, Sandra V. Cotie, James William MacNeil, Gregory Allan Ebsary, Mary P. Ebsary, Wayne Robert Magee, Donna Elaine Ebsary, Adolphus James Evers, Keith Beaver, George William MacNeil, Simon J. Khattar, C. M. Rosenblum, Harry F. Wheaton and Donald Marshall, Jr. The applications were heard by a bench consisting of the Chief Justice and Hart, Jones, Morrison and Macdonald J.J.A. The applications were allowed in respect of certain witnesses, namely Marshall himself, Chant, Harriss, James MacNeil, Donna Ebsary, Gregory Ebsary and Adolphus Evers. In respect of the other applications to introduce fresh evidence, both oral or by way of affidavits, the Court said:

We reserve decision on the applications made today for the examination of persons other than those named above. We also reserve decision on the applications to receive in evidence any of the affidavits tendered.

The Court then heard evidence on December 1 and 2, 1982. The Bench consisted of the Chief Justice and Hart, Jones, Macdonald and Pace J.J.A.

On May 10, 1983, the Court of Appeal rendered its judgment. It quashed Marshall's conviction and directed an acquittal. At the end of its judgment, the Court makes the following comments ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286, at pp. 321-22):

Donald Marshall, Jr. was convicted of murder and served a lengthy period of incarceration. That conviction is now to be set aside. Any miscarriage of justice is, however, more apparent than real.

ble Jean Chrétien, a renvoyé la déclaration de culpabilité à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, conformément à l'al. 617b) du *Code criminel*, pour qu'elle rende une nouvelle décision.

Marshall et le ministère public ont demandé l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve. Des affidavits à l'appui de ces demandes ont été produits par Chant, Pratico et Harriss, John F. MacIntyre et William Urquhart (les agents de la police de Sydney chargés de l'enquête Marshall), Stephen Aronson, le Dr M. A. Mian, Terence Patrick Gushue, Barbara Mary Floyd, Sandra V. Cotie, James William MacNeil, Gregory Allan Ebsary, Mary P. Ebsary, Wayne Robert Magee, Donna Elaine Ebsary, Adolphus James Evers, Keith Beaver, George William MacNeil, Simon J. Khattar, C. M. Rosenblum, Harry F. Wheaton et Donald Marshall, fils. Le Juge en chef et les juges Hart, Jones, Morrison et Macdonald ont procédé à l'audition des demandes qui ont été accueillies à l'égard de certains témoins, savoir Marshall lui-même, Chant, Harriss, James MacNeil, Donna Ebsary, Gregory Ebsary et Adolphus Evers. Quant aux autres demandes d'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve, oralement ou par voie d'affidavits, la cour a dit:

[TRADUCTION] Nous ne rendons pas de décision sur les demandes présentées aujourd'hui en vue d'obtenir l'autorisation d'interroger des personnes autres que celles susnommées. Nous ne statuons pas non plus sur les demandes d'admission en preuve de l'un ou l'autre des affidavits présentés.

La cour a alors entendu les témoignages les 1^{er} et 2 décembre 1982. Elle était composée du Juge en chef et des juges Hart, Jones, Macdonald et Pace.

La Cour d'appel a rendu son jugement le 10 mai 1983. Elle a annulé la déclaration de culpabilité de Marshall et ordonné un acquittement. À la fin de son jugement, la cour fait les commentaires suivants ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286, aux pp. 321 et 322):

[TRADUCTION] Donald Marshall, fils, a été déclaré coupable de meurtre et a purgé une longue période d'incarcération. Cette déclaration de culpabilité est maintenant annulée. Toute erreur judiciaire est cependant plus apparente que réelle.

In attempting to defend himself against the charge of murder Mr. Marshall admittedly committed perjury for which he still could be charged.

By lying he helped secure his own conviction. He misled his lawyers and presented to the jury a version of the facts he now says is false, a version that was so far-fetched as to be incapable of belief.

By planning a robbery with the aid of Mr. Seale he triggered a series of events which unfortunately ended in the death of Mr. Seale.

By hiding the facts from his lawyers and the police Mr. Marshall effectively prevented development of the only defence available to him, namely, that during a robbery Seale was stabbed by one of the intended victims. He now says that he knew approximately where the man lived who stabbed Seale and had a pretty good description of him. With this information the truth of the matter might well have been uncovered by the police.

Even at the time of taking the fresh evidence, although he had little more to lose and much to gain if he could obtain his acquittal, Mr. Marshall was far from being straightforward on the stand. He continued to be evasive about the robbery and assault and even refused to answer questions until the court ordered him to do so. There can be no doubt but that Donald Marshall's untruthfulness through this whole affair contributed in large measure to his conviction.

We accordingly allow the appeal, quash the conviction and direct that a verdict of acquittal be entered. [Emphasis added.]

After his acquittal, Marshall's solicitors sought compensation from federal and provincial authorities for the time that Marshall had spent in prison. Marshall was eventually paid approximately \$250,000 by the provincial government and executed a complete release of all claims he might have against that government. It is evident from the materials before the Court, however, that the comments of the Court of Appeal had an impact on the *quantum* of that payment.

The Institution of the Royal Commission

On October 28, 1986, the Governor in Council instituted the present Royal Commission with a mandate to "inquire into, report [their] findings,

En tentant de se défendre contre l'accusation de meurtre, M. Marshall a de son propre aveu commis un parjure qui peut encore faire l'objet d'accusations.

En mentant, il a contribué à sa propre déclaration de culpabilité. Il a trompé ses avocats et a présenté au jury une version des faits qu'il qualifie maintenant de fausse, une version tellement tirée par les cheveux qu'il était impossible de la croire.

En préparant un vol avec l'aide de M. Seale, il a déclenché une série d'événements qui se sont malheureusement terminés par la mort de M. Seale.

En cachant les faits à ses avocats et à la police, M. Marshall a en fait empêché la préparation du seul moyen de défense dont il pouvait se prévaloir, savoir qu'au cours d'un vol Seale a été poignardé par une des victimes visées. Il affirme maintenant qu'il savait à peu près où demeurait l'homme qui a poignardé Seale et qu'il avait une assez bonne description de lui. Si ces renseignements avaient été fournis, la police aurait bien pu découvrir la vérité.

Même lorsqu'on a recueilli les nouveaux éléments de preuve, quoiqu'il ait eu bien peu à perdre et beaucoup à gagner s'il pouvait obtenir un acquittement, M. Marshall a été loin d'être franc à la barre des témoins. Il a continué d'être évasif au sujet du vol et de l'agression et a même refusé de répondre à des questions jusqu'à ce que la cour lui ordonne de le faire. Il ne peut y avoir de doute que le manque de franchise de Donald Marshall tout au long de cette affaire a contribué dans une large mesure à sa déclaration de culpabilité.

Nous accueillons donc l'appel, annulons la déclaration de culpabilité et ordonnons l'inscription d'un verdict d'acquittement. [Je souligne.]

Après l'acquittement de leur client, les procureurs de Marshall ont demandé aux autorités fédérales et provinciales le versement d'une indemnité pour le temps qu'il avait passé en prison. Le gouvernement provincial a finalement versé environ 250 000 \$ à Marshall qui a signé une renonciation complète à toutes les réclamations qu'il pourrait avoir contre ce gouvernement. Il ressort cependant des documents dont dispose notre Cour que les commentaires de la Cour d'appel ont eu des répercussions sur le montant de ce versement.

L'établissement de la Commission royale

Le 28 octobre 1986, le gouverneur en conseil a établi la présente commission royale chargée [TRA-
DUCTION] d'enquêter, de faire rapport de ses

and make recommendations to the Governor in Council respecting the investigation of the death of Sandford William Seale on the 28th-29th day of May, A.D., 1971; the charging and prosecution of Donald Marshall, Jr. with that death; the subsequent conviction and sentencing of Donald Marshall, Jr. for the non-capital murder of Sandford William Seale for which he was subsequently found to be not guilty; and such other related matters which the Commissioners consider relevant to the Inquiry”.

In his opening remarks on September 9, 1987, Chairperson Hickman cited these terms of reference and stated:

These Terms of Reference, therefore, include the murder investigation, the charging of Mr. Marshall, the conduct of the trial and the appeal, Mr. Marshall's years in prison, the eventual acquittal by the Nova Scotia Court of Appeal and the process through which compensation was granted to him in 1984. The R.C.M.P. reinvestigations of Mr. Seale's murder will also be reviewed. This will cover the period from the time ... of Mr. Seale's death in 1971 to the time this Royal Commission was appointed.

In order to develop meaningful recommendations, all contributing factors must be carefully and critically examined in the context of the current state of administration of justice in Nova Scotia. As I indicated in my opening statement at the Hearings held in May, to consider the matter of funding, we will also examine among other things, the role of the Attorney General as a member of Cabinet, the relationship of Crown prosecutors with defence counsel and with the police, as well as related matters. In addition, I advised that we intend to give consideration to the allegations that minorities of this Province are not treated equitably by the Justice system. It is our ultimate aim to make recommendations which will ensure that the unfortunate events surrounding Mr. Marshall will not be repeated; to do this we must satisfy ourselves that the present state of the administration of criminal justice in Nova Scotia is sound. We will not avoid a discussion of these issues.

In the same opening remarks, the Commission indicated that it had given full standing to, amongst others, Donald Marshall, Jr. and the

conclusions et de formuler des recommandations au gouverneur en conseil au sujet de l'enquête sur le décès de Sandford William Seale survenu le 28 ou le 29 mai 1971, de l'inculpation de Donald Marshall, fils, et des poursuites engagées contre lui relativement à ce décès, du verdict de culpabilité subséquemment rendu contre Donald Marshall, fils, et de sa condamnation pour le meurtre non qualifié de Sandford William Seale, infraction dont il a par la suite été déclaré non coupable, et au sujet d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes aux fins de l'enquête».

Dans ses remarques préliminaires le 9 septembre 1987, le président Hickman a cité ce mandat et affirmé:

[TRADUCTION] Ce mandat comprend donc l'enquête sur le meurtre, l'inculpation de M. Marshall, la tenue du procès et de l'appel, les années que M. Marshall a passées en prison, l'acquittement prononcé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et le processus qui a amené le versement de l'indemnité en 1984. Les nouvelles enquêtes menées par la GRC sur le meurtre de M. Seale seront également examinées. Cela portera sur la période allant du moment où M. Seale est décédé en 1971 jusqu'à l'établissement de la présente commission royale.

Pour formuler des recommandations utiles, tous les éléments contributifs doivent être examinés de manière attentive et critique dans le contexte de l'état actuel de l'administration de la justice en Nouvelle-Écosse. Comme je l'ai signalé dans mon allocution préliminaire à l'audience tenue en mai, nous avons l'intention d'examiner la question du financement et, notamment, le rôle du procureur général en tant que membre du cabinet, les rapports entre les substituts du procureur général et les avocats de la défense et la police ainsi que d'autres questions connexes. J'ai également dit que nous avons l'intention d'examiner les allégations selon lesquelles les minorités de cette province ne sont pas traitées équitablement par la justice. Notre but ultime est de faire des recommandations qui assureront que les événements malheureux touchant M. Marshall ne se répéteront pas; pour ce faire, nous devons nous convaincre que l'état actuel de l'administration de la justice criminelle en Nouvelle-Écosse est bon. Nous ne nous soustrairons pas à l'analyse de ces questions.

Dans les mêmes remarques préliminaires, la Commission a indiqué qu'elle avait accordé pleine qualité pour agir, notamment, à Donald Marshall, fils,

Attorney General of Nova Scotia and the Department of the Attorney General.

Earlier, in April of 1987, Attorney General Terence Donahoe himself described the mandate of the Commission in the Legislative Assembly in the following terms:

[The Commissioners'] business is to hear what representations are made to [them] and to make a judgment on the basis of those representations as to what their opinion then is as to the state of the administration of justice during the relevant period of time, namely, the time the unfortunate circumstances implicating or involving Mr. Donald Marshall, Jr. began and the time the commission opens its inquiry.

The Questions Sought to be Asked of the Reference Justices

Since the opening of the Commission's Inquiry, it has heard from numerous witnesses, including the witness who believes that he overheard the Crown Prosecutor (now deceased) discuss over the telephone with the then Attorney General Pace the information provided to the police by MacNeil ten days after Marshall's conviction.

As a result of this and other testimony before it, the Commission sought to question the justices who had sat on the Reference. On January 5, 1988, Counsel for the Commission wrote to Justice MacKeigan of the Court of Appeal, and requested his attendance. Similar letters were sent to the other members of the Bench that heard that Reference. The letter to MacKeigan J.A. reads as follows:

January 5, 1988

Hon. Mr. Justice Ian MacKeigan
Supreme Court of Nova Scotia
Appeal Division
1815 Upper Water Street
Law Courts Building
Halifax, Nova Scotia
B3J 1S7

My Lord:

As part of its mandate, the Commission is reviewing the 1982 Reference to the Court of Appeal by the Federal Minister of Justice. As a result of this Reference, the Court set aside Mr. Marshall's 1971 conviction and directed that a verdict of acquittal be entered.

au procureur général de la Nouvelle-Écosse et au ministère du Procureur général.

Plus tôt, en avril 1987, le procureur général Terence Donahoe lui-même avait décrit ainsi le mandat de la Commission devant l'Assemblée législative:

[TRADUCTION] Le rôle [des commissaires] est d'entendre les observations qui [leur] sont présentées et, à partir de ces observations, de porter un jugement sur l'opinion qu'ils se sont formée sur l'état de l'administration de la justice pendant la période en cause, savoir depuis le début des circonstances malheureuses impliquant M. Donald Marshall, fils, jusqu'à l'ouverture de l'enquête de la Commission.

Les questions qu'on demande à poser aux juges saisis du renvoi

Depuis le début de l'enquête, la Commission a entendu de nombreux témoins, dont celui qui croit avoir entendu le substitut du procureur général (maintenant décédé) discuter au téléphone avec le procureur général Pace des renseignements que MacNeil avait fournis à la police dix jours après la déclaration de culpabilité de Marshall.

Par suite de ce témoignage et d'autres dépositions, la Commission a cherché à interroger les juges qui avaient été saisis du renvoi. Le 5 janvier 1988, les procureurs de la Commission ont écrit au juge MacKeigan de la Cour d'appel et ont demandé sa comparution. Des lettres semblables ont été expédiées aux autres membres du banc qui a entendu le renvoi. Voici la teneur de la lettre adressée au juge MacKeigan:

[TRADUCTION]

Le 5 janvier 1988

L'honorable juge Ian MacKeigan
Cour suprême de la Nouvelle-Écosse
Division d'appel
1815, rue Upper Water
Palais de Justice
Halifax (Nouvelle-Écosse)
B3J 1S7

Monsieur le juge,

Dans l'exécution de son mandat, la Commission examine le renvoi de 1982 que le ministre fédéral de la Justice a adressé à la Cour d'appel. Par suite de ce renvoi, la cour a annulé la déclaration de culpabilité de M. Marshall prononcée en 1971 et ordonné l'inscription d'un verdict d'acquittement.

The decision in the Reference has been subject to some public criticism for the apparently obiter comments in the last two pages. These comments were directed at Mr. Marshall's responsibility for his predicament and were later referred to frequently by those considering compensation for Mr. Marshall. In addition, a question has been raised concerning the participation in the Reference by Mr. Justice Pace, who was Attorney General at the time of Mr. Marshall's conviction.

After our own review, we are unsure of the record relied on by the Court in reaching its conclusions. It is not clear what affidavits were before the Court—reference is made in the reasons to certain affidavits but the transcript suggests that the affidavits were not in fact before the Court. In addition, we would like to understand why the affidavits (and cross-examination) of the potential police witnesses were not admitted, given the possible importance of these witnesses in determining why 1971 witnesses were now recanting.

On May 10, 1983, your letter of transmittal to the Honourable Mark MacGuigan indicated that the judgement of the Court contained "an opinion on the many factors which led to this miscarriage of justice within the judicial system". We would be interested in knowing precisely what these factors were, if in your opinion there was in fact a miscarriage of justice as contemplated by section 613(1)(a)(iii) of the Criminal Code, and whether the judgement is intended to indicate that there was or was not in fact such a miscarriage of justice.

Commission Counsel believe it is necessary and appropriate to request your attendance at the Inquiry to respond to questions arising from the issues noted above. We are not unmindful of concerns which surround a judge's giving testimony in any proceeding, and we would like to schedule any appearance for early February. George MacDonald and I would be grateful for an early opportunity to meet with you to discuss your attendance before the Inquiry.

Yours very truly,

"David Orsborn"

David B. Orsborn
Commission Counsel

The five justices declined to appear and Orders to Attend were accordingly issued by the Commis-

La décision rendue dans ce renvoi a fait l'objet de certaines critiques publiques pour les observations apparemment incidentes qui figurent aux deux dernières pages. Ces observations portaient sur la responsabilité de M. Marshall quant à sa situation fâcheuse et ceux qui ont examiné la question de l'indemnité à verser à M. Marshall les ont plus tard mentionnées fréquemment. En outre, une question s'est posée concernant la participation au renvoi du juge Pace, qui était procureur général à l'époque de la déclaration de culpabilité de M. Marshall.

Après avoir effectué notre propre examen, nous ne sommes pas certains du contenu du dossier sur lequel la cour s'est fondée pour arriver à ses conclusions. On ne sait pas exactement quels affidavits étaient devant la cour—les motifs font état de certains affidavits mais les transcriptions laissent entendre qu'en fait la cour ne les avait pas devant elle. En outre, nous aimerions comprendre pourquoi les affidavits (et les contre-interrogatoires) d'éventuels témoins policiers n'ont pas été admis, étant donné l'importance que peuvent avoir ces témoins pour déterminer pourquoi des témoins de 1971 reviennent maintenant sur leurs dépositions.

Votre lettre d'accompagnement du 10 mai 1983 adressée à l'honorable Mark MacGuigan indique que le jugement de la cour contenait «une opinion sur les nombreux facteurs qui sont à l'origine de cette erreur judiciaire au sein du système judiciaire». Nous serions intéressés de savoir précisément quels sont ces facteurs, si jamais vous êtes d'avis qu'il y a vraiment eu une erreur judiciaire au sens du sous-al. 613(1)a)(iii) du Code criminel, et si le jugement entend indiquer qu'en fait il y a eu ou il n'y a pas eu d'erreur judiciaire.

Les procureurs de la Commission croient qu'il est nécessaire et approprié de demander votre comparution à l'enquête pour répondre aux questions qui découlent des points signalés précédemment. Nous ne sommes pas sans connaître les réserves qui entourent le témoignage d'un juge dans une procédure, et nous aimerions fixer toute comparution au début de février. George MacDonald et moi-même vous serions reconnaissants de vous rencontrer bientôt pour discuter de votre comparution devant la Commission.

Veuillez recevoir, Monsieur le juge, l'expression de mes sentiments distingués.

«David Orsborn»

David B. Orsborn
Procureur de la Commission

Les cinq juges ont refusé de comparaître et la Commission a donc rendu des ordonnances de

sion. The justices targeted by these Orders to Attend applied for a declaration that the Commission had no authority to compel their attendance by virtue of judicial immunity and for orders quashing the Orders to Attend and prohibiting the Commission from inquiring into their operations, deliberations, decisions and orders in respect of the Reference.

The Proceedings in the Courts Below

Glube C.J. heard the application, granted the declaration, and quashed the Orders to Attend. She based her decision on the common law immunity or privilege enjoyed by judges for over 300 years, a common law immunity which, in her eyes, the Commissioners were compelled to respect by virtue of s. 4 of the *Public Inquiries Act*. Her judgment is now reported at (1988), 43 C.C.C. (3d) 287 (N.S.C., T.D.) At page 333, she states:

I accept that the commission has the authority to compel persons to appear and testify. Although s. 3 of the Act appears to confer unlimited power to subpoena "any person as witness", there is nothing in the section which takes away the common law privileges and immunities of a witness if they exist. Section 4 makes it clear that commissioners only have the powers of a superior court judge. There is no legislation which gives this commission authority to exceed those powers. Thus, I find that this commission has no more power than a superior court.

She went on to review authorities, Canadian and English, which unanimously were of the position that judges were absolutely immune from being compelled to testify in relation to their judicial duties. She accordingly determined, at p. 337, that "the judges must be totally immune from testifying about matters which arose while engaged in their judicial duties, and in particular, the plaintiffs, while hearing the 1982-83 reference; they are not permitted nor obliged to testify".

The Commissioners appealed the Chief Justice's decision to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia. Their appeal was dismissed.

comparution. Les juges visés par ces ordonnances ont demandé une déclaration portant que la Commission n'avait pas le pouvoir de les contraindre à comparaître en raison de l'immunité judiciaire, ainsi que des ordonnances qui annuleraient les ordonnances de comparution et interdiraient à la Commission d'enquêter sur leurs actes, délibérations, décisions et ordonnances en ce qui concerne le renvoi.

Les procédures devant les tribunaux d'instance inférieure

Le juge en chef Glube a entendu la demande, accordé la déclaration et annulé les ordonnances de comparution. Elle a fondé sa décision sur l'immunité ou le privilège de *common law* dont jouissent les juges depuis plus de 300 ans, une immunité de *common law* qu'à son avis les commissaires devaient respecter en vertu de l'art. 4 de la *Public Inquiries Act*. Son jugement est maintenant publié à (1988), 43 C.C.C. (3d) 287 (C.S.N.-É., D.P.I.) À la page 333, elle affirme ceci:

[TRADUCTION] Je reconnais que la Commission a le pouvoir de contraindre des personnes à comparaître et à témoigner. Bien que l'art. 3 de la Loi paraisse accorder un pouvoir illimité d'assigner «toute personne comme témoin», rien dans l'article n'écarter les privilèges et immunités de *common law* dont peut jouir un témoin. L'article 4 précise que les commissaires n'ont que les pouvoirs d'un juge de cour supérieure. Aucun texte de loi n'accorde à cette commission l'autorisation d'excéder ces pouvoirs. Ainsi, je conclus que cette commission n'a pas plus de pouvoir qu'un juge de cour supérieure.

Elle a ensuite examiné la jurisprudence canadienne et anglaise qui porte à l'unanimité que les juges échappent de façon absolue à l'obligation de témoigner relativement à leurs fonctions judiciaires. Elle a donc conclu que (à la p. 337) [TRADUCTION] «les juges doivent être totalement exemptés de l'obligation de témoigner sur des questions qui se sont posées dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires et, en particulier, c'est le cas des demandeurs pour ce qui est du renvoi de 1982-83; ils ne sont pas autorisés à témoigner et ils ne sont pas tenus de le faire».

Les commissaires ont interjeté appel contre la décision du Juge en chef devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Leur

Burchell J. (*ad hoc*) gave judgment for the Court of Appeal ((1988), 87 N.S.R. (2d) 443 (S.C., App. Div.)) He rejected the appellants' arguments that the five justices, being "persons" as that word is used in ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*, can be compelled to testify, saying at p. 444:

That approach [proposed by the Appellants] would ignore an opposite trend that is apparent in a long and unbroken line of cases holding that judges are not compellable witnesses as to any matters touching upon the performance of their judicial duties. Where such immunity was once recognized only in the case of high court justices, it has been extended in Canada in recent years to a variety of functionaries who, although they are not necessarily judges themselves, perform duties that are judicial in function or character.

The appellants appeal to this Court from the decision of the Court of Appeal.

The Issues

These appeals raise two issues. The first issue is whether ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* may be used to compel superior court judges to testify before the Commission, either with respect to how and why they reached their decision or with respect to the composition of the panel that heard the case.

The second question is whether the direction to the Commission to inquire into a reference by the Minister of Justice is *ultra vires* the Province because it is a matter of criminal law and procedure reserved exclusively to the federal Parliament under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

I shall deal with each of these questions in turn.

1. Whether the *Public Inquiries Act* Authorizes the Commission to Compel Judges to Testify

The appellants submit that the judges who sat on the Marshall appeal are required to testify before the Commission by reason of ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*. The respondents main-

appel a été rejeté. Le juge Burchell (*ad hoc*) a rendu le jugement de la Cour d'appel ((1988), 87 N.S.R. (2d) 443 (Div. app. C.S.)) Il a rejeté les arguments des appelants selon lesquels les cinq juges, étant des «personnes» au sens où ce mot est employé aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, peuvent être contraints à témoigner, affirmant à la p. 444:

[TRADUCTION] Cette interprétation [proposée par les appelants] ignore une tendance opposée qui ressort d'un courant de jurisprudence ancien et ininterrompu, suivant lequel les juges ne sont pas des témoins contraignables en ce qui concerne toute question relative à l'exercice de leurs fonctions judiciaires. Alors que cette immunité était reconnue seulement dans le cas des juges de juridiction supérieure, elle a été étendue au Canada au cours des dernières années à une variété de fonctionnaires qui, bien qu'ils ne soient pas nécessairement juges eux-mêmes, exécutent des fonctions de nature judiciaire.

Les appelants se pourvoient devant notre Cour contre cet arrêt de la Cour d'appel.

Les questions en litige

Ces pourvois soulèvent deux questions litigieuses. La première est de savoir si on peut recourir aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* pour contraindre des juges de cours supérieures à témoigner devant la Commission, soit quant à savoir comment et pourquoi ils sont arrivés à leur décision, soit quant à la composition du banc qui a entendu l'affaire.

La seconde question est de savoir si la directive ordonnant à la Commission d'enquêter sur un renvoi adressé par le ministre de la Justice excède les pouvoirs de la province pour le motif qu'il s'agit d'une affaire de droit criminel et de procédure en matière criminelle que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* réserve exclusivement au Parlement fédéral.

J'examinerai ces questions dans l'ordre où elles sont posées.

1. La *Public Inquiries Act* permet-elle à la Commission de contraindre des juges à témoigner?

Les appelants allèguent que les juges qui ont entendu l'appel de Marshall sont tenus de témoigner devant la Commission en raison des art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*. Les intimés soutiennent

tain that judges are immune from testifying at common law and as a matter of constitutional principle.

The differences between the parties lie in the interpretation they adopt of ss. 3 and 4 of the Act, and in their different views of the nature of judicial immunity. The appellants contend that s. 3 of the Act, which entitles the Commission to summon "any person" to testify, encompasses judges. While they do not deny that judges may in some circumstances be immune from testifying, they contend that the privilege is not absolute, but relative, subject to override where the public interest demands, as they submit it does in this case.

The respondents, on the other hand, assert that s. 3, read in the context of the Act, and particularly in the context of s. 4, which confines the powers of the Commission to compel testimony to those enjoyed by a judge of the Supreme Court, does not empower the commission to compel judges to testify, given the long-standing and fundamental principle of judicial immunity. Alternatively, they contend that if s. 3 did have this effect, it would be unconstitutional on the ground that it infringes the fundamental constitutional principle of judicial independence.

I turn first to the interpretation of ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*, which provide:

3 The commissioner or commissioners shall have the power of summoning before him or them any persons as witnesses and of requiring them to give evidence on oath orally or in writing (or on solemn affirmation if they are entitled to affirm in civil matters), and to produce such documents and things as the commissioner or commissioners deem requisite to the full investigation of the matters into which he or they are appointed to inquire.

4 The commissioner or commissioners shall have the same power to enforce the attendance of persons as witnesses and to compel them to give evidence and produce documents and things as is vested in the Supreme Court or a judge thereof in civil cases, and the same privileges and immunities as a judge of the Supreme Court of Nova Scotia.

It is my opinion that these sections, interpreted in accordance with the governing rules of construc-

que les juges sont exemptés de témoigner en raison de la *common law* et d'un principe constitutionnel.

a La divergence d'opinions entre les parties réside dans l'interprétation qu'elles donnent aux art. 3 et 4 de la Loi et dans leurs perceptions différentes de la nature de l'immunité judiciaire. Les appelants prétendent que l'art. 3 de la Loi, qui autorise la Commission à assigner «toute personne» à témoigner, vise également les juges. Tout en ne niant pas que les juges peuvent dans certaines circonstances être exemptés de témoigner, ils prétendent que ce privilège n'est pas absolu, mais relatif et susceptible d'être écarté lorsque l'intérêt public l'exige, comme c'est le cas selon eux en l'espèce.

Les intimés affirment d'autre part que l'art. 3, interprété dans le contexte de la Loi et particulièrement dans le contexte de l'art. 4 qui limite les pouvoirs de la Commission de contraindre à témoigner à ceux dont jouit un juge de la Cour suprême, ne donne pas à la Commission le pouvoir de contraindre des juges à témoigner, compte tenu du principe fondamental, établi depuis longtemps, de l'immunité judiciaire. Subsidiairement, ils prétendent que si l'art. 3 avait cet effet, il serait inconstitutionnel pour le motif qu'il violerait le principe constitutionnel fondamental de l'indépendance judiciaire.

Abordons d'abord l'interprétation des art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* qui disposent:

g [TRADUCTION] 3 Le ou les commissaires ont le pouvoir d'assigner devant eux toute personne comme témoin et de lui enjoindre de déposer oralement ou par écrit sous la foi du serment (ou d'une affirmation solennelle si celle-ci en a le droit en matière civile), et de produire les documents et autres pièces qu'ils jugent nécessaires en vue de procéder d'une manière approfondie à l'enquête dont ils sont chargés.

h 4 Le ou les commissaires ont, pour contraindre des personnes à comparaître comme témoins et pour les forcer à témoigner et à produire des documents et autres pièces, les pouvoirs de la Cour suprême ou d'un de ses juges en matière civile, et les mêmes privilèges et immunités qu'un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

i Je suis d'avis que ces articles, interprétés conformément aux règles d'interprétation qui s'appli-

tion, do not empower the Commission to compel the judges to testify on the matters at issue in this case.

I start from the fundamental principle of construction that provisions of a statute dealing with the same subject should be read together, where possible, so as to avoid conflict: Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), p. 66. In this way, the true intention of the legislature is more likely to be ascertained. Reading ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* together, it appears that while the Commission is granted power to "summon" any person, when it comes to enforcement of attendance and production—compelling witnesses to testify against their will—the Commission does not have greater powers than those exercisable by a Supreme Court judge sitting on a civil case.

This raises the question of whether a Supreme Court judge sitting on a civil case can compel another judge to testify: (a) on how and why he or she arrived at a particular judicial decision; and, (b) on why a certain judge sat on a particular panel of the court. The answer to these questions depends on the nature and character of the principle of judicial independence, to which I now turn.

The Principle of Judicial Independence

This Court has spoken of this cardinal principle, albeit in the context of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in two recent decisions, *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, and *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56. In *Valente v. The Queen*, *supra*, Le Dain J., speaking for the Court at p. 687, observes that the "constitutional" principle of judicial independence has two major elements, an individual element and an institutional element:

It is generally agreed that judicial independence involves both individual and institutional relationships: the individual independence of a judge, as reflected in such matters as security of tenure, and the institutional independence of the court or tribunal over which he or she presides, as reflected in its institutional or administrative relationships to the executive and legislative branches of government.

quent, ne donnent pas à la Commission le pouvoir de contraindre les juges à témoigner sur les questions en litige en l'espèce.

- a Je pars du principe fondamental d'interprétation que les dispositions d'une loi traitant du même sujet doivent être interprétées ensemble, si cela est possible, de manière à éviter tout conflit: Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 66.
- b Ainsi, il y a plus de chance de dégager l'intention véritable du législateur. Si on interprète ensemble les art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, il appert que, bien que la Commission reçoive le pouvoir d'«assigner» toute personne, quand il s'agit d'assurer la comparution et la production—en contraignant des témoins à déposer contre leur volonté—la Commission n'a pas plus de pouvoirs que ceux d'un juge de la Cour suprême siégeant en matière civile.

- c Cela soulève la question de savoir si un juge de la Cour suprême siégeant en matière civile peut contraindre un autre juge à témoigner sur les questions de savoir a) comment et pourquoi il est arrivé à une décision judiciaire donnée, et b) pourquoi un certain juge a fait partie d'un banc donné de la cour. La réponse à ces questions dépend de la nature du principe de l'indépendance judiciaire, ce à quoi je passe maintenant.

Le principe de l'indépendance judiciaire

- g Notre Cour a parlé de ce principe capital, quoique dans le contexte de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans deux arrêts récents: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, et *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56. Dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, précité, le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la Cour, fait observer que le principe «constitutionnel» de l'indépendance judiciaire comporte deux éléments principaux, un élément individuel et un élément institutionnel (à la p. 687):

- i On admet généralement que l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels: l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle de la cour ou du tribunal qu'il préside, qui ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement.

In *Valente v. The Queen*, Le Dain J. trains his mind upon the function of the judiciary as the impartial adjudicator. The discussion turns on the relationship between judicial impartiality—a state of mind—and judicial independence—the relationship between judges and others, particularly others in the executive branch of government. Le Dain J., for the Court, enunciates three “essential conditions” for judicial independence: (1) security of tenure; (2) financial security; and (3) the institutional independence of judicial tribunals regarding matters affecting adjudication. Having enunciated these conditions, Le Dain J. makes it clear that he is not attempting an exhaustive codification of the elements necessary for judicial independence: identification of the essential conditions, he confesses, is a matter of some difficulty; moreover, the conditions themselves may vary and evolve with time and circumstances.

It should be noted that the independence of the judiciary must not be confused with impartiality of the judiciary. As Le Dain J. points out in *Valente v. The Queen*, impartiality relates to the mental state possessed by a judge; judicial independence, in contrast, denotes the underlying relationship between the judiciary and other branches of government which serves to ensure that the court will function and be perceived to function impartially. Thus the question in a case such as this is not whether the government action in question would in fact affect a judge’s impartiality, but rather whether it threatens the independence which is the underlying condition of judicial impartiality in the particular case.

In *Beauregard v. Canada*, *supra*, the present Chief Justice (Estey and Lamer JJ. concurring; Beetz and McIntyre JJ. dissenting in part) quotes Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, as above, and explains at p. 70 why the principle of judicial independence is so important in the liberal democratic society that is Canada:

Dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, le juge Le Dain se concentre sur la fonction du pouvoir judiciaire en tant qu’arbitre impartial. L’analyse porte sur la relation entre l’impartialité judiciaire—un état d’esprit—et l’indépendance judiciaire—la relation entre les juges et les autres, en particulier les autres qui font partie de l’organe exécutif du gouvernement. Le juge Le Dain, s’exprimant au nom de la Cour, énonce trois «conditions essentielles» de l’indépendance judiciaire: (1) l’inaltérabilité, (2) la sécurité financière, et (3) l’indépendance institutionnelle des tribunaux judiciaires en ce qui concerne les questions touchant la prise de décisions. Ayant énoncé ces conditions, le juge Le Dain dit clairement qu’il ne tente pas de faire une codification exhaustive des éléments nécessaires à l’indépendance judiciaire. L’identification des conditions essentielles, avoue-t-il, comporte quelque difficulté; de plus, les conditions elles-mêmes peuvent varier et évoluer avec le temps et selon les circonstances.

Il faut remarquer que l’indépendance du pouvoir judiciaire ne doit pas être confondue avec l’impartialité du pouvoir judiciaire. Comme le souligne le juge Le Dain dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, l’impartialité a trait à l’état d’esprit d’un juge; l’indépendance judiciaire, par contre, se rapporte à la relation sous-jacente qu’il y a entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement, qui assure que la cour fonctionnera de façon impartiale et sera perçue comme tel. Ainsi, la question qui se pose dans une affaire comme la présente n’est pas de savoir si l’acte du gouvernement en question aura en fait des répercussions sur l’impartialité d’un juge, mais plutôt de savoir s’il menace l’indépendance qui est la condition fondamentale de l’impartialité judiciaire dans un cas donné.

Dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, précité, le juge en chef Dickson (les juges Estey et Lamer souscrivant à son opinion; les juges Beetz et McIntyre étant dissidents en partie) cite l’opinion précitée du juge Le Dain dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, et explique, à la p. 70, pourquoi le principe de l’indépendance judiciaire est si important dans la société démocratique libérale qu’est le Canada:

The rationale for this two-pronged modern understanding of judicial independence is recognition that the courts are not charged solely with the adjudication of individual cases. That is, of course, one role. It is also the context for a second, different and equally important role, namely as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it—rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important. In other words, judicial independence is essential for fair and just dispute-resolution in individual cases. It is also the lifeblood of constitutionalism in democratic societies.

In *Beauregard v. Canada*, the discussion of the concept of judicial function is broadened to encompass not only the idea of impartial adjudication, but also the notion of the Court as protector of the Constitution. Both these functions must be borne in mind when determining the “reasonable ambit of judicial independence”. The test, according to Dickson C.J., is stringent; the courts’ function “as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution” requires that they be completely separate in “authority and function” from all other branches of government.

It is important to note that what is proposed in *Beauregard v. Canada* is not the absolute separation of the judiciary, in the sense of total absence of relations from the other branches of government, but separation of its authority and function. It is impossible to conceive of a judiciary devoid of any relationship to the legislative and executive branches of government. Statutes govern the appointment and retirement of judges; laws dictate the terms upon which they sit and are remunerated. Parliament retains the power to impeach federally-appointed judges for cause, and enactments such as the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, stipulate on such matters as the number of judges required for a quorum. It is inevitable and necessary that relations of this sort exist between the judicial and legislative branches of government. The critical requirement for the maintenance of judicial independence is that the relations between the judiciary and other branches of gov-

La raison d’être de cette conception moderne à deux volets de l’indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s’agit là évidemment d’un rôle. C’est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées—la primauté du droit, la justice fondamentale, l’égalité, la préservation du processus démocratique, pour n’en nommer peut-être que les plus importantes. En d’autres termes, l’indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges dans les affaires individuelles. Il constitue également l’élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques.

Dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, l’analyse du concept de la fonction judiciaire est élargie de manière à englober non seulement l’idée de la prise de décisions impartiales, mais également la notion de la cour en tant que protectrice de la Constitution. Il ne faut pas oublier ces deux fonctions quand on détermine la «portée raisonnable de l’indépendance judiciaire». Selon le juge en chef Dickson, le critère est strict; la fonction des tribunaux «en tant qu’arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution» exige qu’ils soient complètement séparés «sur le plan des pouvoirs et des fonctions» de tous les autres organes du gouvernement.

Il importe de souligner que, dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, on propose non pas la séparation absolue du pouvoir judiciaire, dans le sens d’une absence totale de rapports avec les autres organes du gouvernement, mais une séparation de ses pouvoirs et fonctions. Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. Les lois régissent la nomination et la mise à la retraite des juges; elles dictent les modalités de l’exercice de leurs fonctions et de leur rémunération. Le Parlement détient le pouvoir de destituer pour un motif déterminé les juges nommés par le fédéral, et des textes de loi comme la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, traitent de matières telles que le nombre de juges requis pour qu’il y ait quorum. Des relations de ce genre sont inévitables et nécessaires entre les organes judiciaire et législatif du gouvernement. La condition capitale du maintien de l’indépendance judi-

ernment not impinge on the essential "authority and function", to borrow Dickson C.J.'s term, of the court. What is required, as I read *Beauregard v. Canada*, is avoidance of incidents and relationships which could affect the independence of the judiciary in relation to the two critical judicial functions —judicial impartiality in adjudication and the judiciary's role as arbiter and protector of the Constitution.

To summarize, judicial independence as a constitutional principle fundamental to the Canadian system of government possesses both individual and institutional elements. Actions by other branches of government which undermine the independence of the judiciary therefore attack the integrity of our Constitution. As protectors of our Constitution, the Courts will not consider such intrusions lightly.

Against this background, I turn to the issues on these appeals.

Construction of ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*

Judicial Independence and the Immunity of Judges from Testifying on their Grounds for Decision

The immunity of judges from testifying on the grounds for their decisions is established by the authorities and by the general principles of judicial independence summarized in *Valente v. The Queen* and *Beauregard v. Canada*.

I turn first to the cases where the question has arisen. One of the earliest assertions of this immunity dates to *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167. Two justices were called before a committee of the House of Lords to explain why they had quashed an indictment for murder. In reply to this request, Holt L.C.J. stated at p. 1179:

I gave judgment as it appears on the record.

ciaire est que les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres organes du gouvernement ne doivent pas empiéter sur les «pouvoirs et fonctions» essentiels du tribunal, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson. Suivant mon interprétation de l'arrêt *Beauregard c. Canada*, il est nécessaire d'éviter des incidents et des rapports qui pourraient avoir des répercussions sur l'indépendance du pouvoir judiciaire relativement à deux fonctions judiciaires cruciales: l'impartialité judiciaire dans la prise de décisions et le rôle du pouvoir judiciaire en tant qu'arbitre et protecteur de la Constitution.

En résumé, en tant que principe constitutionnel fondamental du régime de gouvernement canadien, l'indépendance judiciaire comporte à la fois des éléments individuels et des éléments institutionnels. Les actes des autres organes du gouvernement qui minent l'indépendance du pouvoir judiciaire nuisent donc à l'intégrité de notre Constitution. En tant que protecteurs de notre Constitution, les tribunaux ne prendront pas ces empiètements à la légère.

Tenant compte de cet historique, j'aborde maintenant les questions en litige dans ces pourvois.

L'interprétation des art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*

L'indépendance judiciaire et l'exemption dont jouissent les juges de l'obligation de témoigner quant aux motifs de leurs décisions

L'exemption dont jouissent les juges de l'obligation de témoigner quant aux motifs de leurs décisions est établie par la jurisprudence et par les principes généraux de l'indépendance judiciaire résumés dans les arrêts *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*.

Abordons d'abord les affaires où la question s'est posée. Une des premières affirmations de cette exemption remonte à l'arrêt *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167. Deux juges avaient été enjoins de comparaître devant un comité de la Chambre des lords pour expliquer pourquoi ils avaient annulé un acte d'accusation de meurtre. En réponse à cette demande, le lord juge en chef Holt affirme, à la p. 1179:

[TRADUCTION] J'ai rendu le jugement qui paraît au dossier.

It would be a submitting to an arraignment for having given judgment if I should give any reasons here. I gave my reasons in another place at large.

If your lordships report this to the House, I desire to know when you do so, that I may then desire to be heard in point of law.

The judgment is questionable in a proper method, but I am not to be questioned for my judgment.

Mr. Justice Eyres (who then sat on the bench with me, and concurred with me and the other judges) is living. I am not any way to be arraigned for what I do judicially. The judgment may be arraigned in a proper method by writ of error. I might answer if I would, but I think it safest for me to keep myself under the protection the law has given me; I look upon this as an arraignment; I insist upon it, if I am arraigned, I ought not to answer.

Eyres J. also was asked to testify before the Committee and stated at p. 1180:

I remember we adjudged the earl of Banbury's plea to be good in law; he was indicted by the name of Charles Knowles, esq. he pleaded a patent to his grandfather from king Charles the first, and claimed by descent from him; we all held it a good plea, and I was of that opinion, I own it, it was according to my judgment and conscience.

The king intrusts me with the administration of justice. I have ever given my opinion upon the greatest consideration and upon my conscience.

I humbly beg pardon if I say I ought not by the law to be called to account for the reasons of my opinion. If we err, the judgment may be rectified by writ of error, but the law acquits us.

I humbly beg pardon as to the reasons for my opinion; if the matter comes before the lords by writ of error I shall give my reasons as well as my opinion, being called by writ *ad consulendum*. I humbly beg your pardon for giving no reasons at present.

The two justices were later called before the House of Lords "to give . . . an account why [they] had so done" (at p. 1181). Holt L.C.J. repeated what he had said to the Committee and later, on being forced to attend again, he stated at p. 1182:

Ce serait me soumettre à une interpellation pour avoir rendu jugement si je devais donner des raisons ici. J'ai exposé mes motifs ailleurs publiquement.

Si vos Seigneuries en font rapport à la Chambre, je désire savoir quand, car je peux alors vouloir être entendu sur un point de droit.

Le jugement peut être attaqué suivant une procédure appropriée, mais je ne dois pas être attaqué pour mon jugement.

Monsieur le juge Eyres (qui siégeait alors avec moi et a exprimé son accord avec moi et les autres juges) vit toujours. Je ne dois en aucune façon être interpellé pour ce que je fais d'une façon judiciaire. Le jugement peut être contesté par voie de bref d'erreur qui est la procédure appropriée. Je pourrais répondre si je le voulais, mais je crois plus prudent de rester sous la protection que la loi m'a accordée; je considère ceci comme une interpellation; je le répète, si je suis interpellé, je me dois de ne pas répondre.

Le juge Eyres à qui on avait également demandé de témoigner devant le comité affirme, à la p. 1180:

[TRADUCTION] Je me souviens que nous avons conclu que le plaidoyer du comte de Banbury était bien fondé en droit; il a été accusé sous le nom de Charles Knowles; il a invoqué des lettres patentes accordées à son grand-père par le roi Charles premier et a allégué la possession par voie d'héritage; son plaidoyer était bien fondé et j'étais de cet avis, et ce, suivant mon jugement et ma conscience.

Le roi me confie l'administration de la justice. J'ai toujours donné mon opinion après l'examen le plus approfondi et suivant ma conscience.

En toute déférence, je regrette de devoir dire que la loi interdit que je sois cité à comparaître pour rendre compte des motifs de mon opinion. Si nous commettons une erreur, le jugement peut être rectifié par bref d'erreur, mais la loi nous acquitte.

En toute déférence, ce sont là les motifs de mon opinion; si les lords sont saisis de cette affaire par voie de bref d'erreur, j'exposerai mes motifs ainsi que mon opinion si je suis assigné par bref *ad consulendum*. Mais permettez-moi de ne pas donner de motifs aujourd'hui.

Les deux juges ont plus tard été cités à comparaître devant la Chambre des lords [TRADUCTION] «pour expliquer pourquoi [ils] avaient agi ainsi» (à la p. 1181). Le lord juge en chef Holt a répété ce qu'il avait dit au comité et plus tard, étant de nouveau forcé à comparaître, il a dit à la p. 1182:

I never heard of any such thing demanded of any judge as to give reasons for his judgment. I did think myself not obliged by law to give that answer.

What a judge does in open court he can never be arraigned for it as a judge.

In the end, the justices' assertions of immunity were heeded (at p. 1204).

I observe that the principle of judicial immunity in *Knowles' Trial* was maintained on a constitutional basis, the King having entrusted the justices with the administration of the law. Subsequent cases have affirmed the immunity of judges from compulsion to testify about judicial proceedings in which they have been involved: *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230 (C.A.); *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476 (Q.B.); *Scott v. Smith* (1931), 4 M.P.R. 23 (N.B.C.A.); *Re Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville* (1976), 75 D.L.R. (3d) 33 (Ont. H.C.); *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137 (C.A.); *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55 (Ont. Dist. Ct.); *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257 (C.A.); *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Div. Ct.)

The judge's right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence: *Valente v. The Queen*, *supra*; *Beauregard v. Canada*, *supra*. The judge must not fear that after issuance of his or her decision, he or she may be called upon to justify it to another branch of government. The analysis in *Beauregard v. Canada* supports the conclusion that judicial immunity is central to the concept of judicial independence. As stated by Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada*, the judiciary, if it is to play the proper constitutional role, must be completely separate in authority and function from the other arms of government. It is implicit in that separa-

[TRANSLATION] Je n'ai jamais entendu dire qu'on a demandé à un juge de donner les raisons ayant motivé son jugement. Je ne crois pas que la loi m'oblige à donner cette réponse.

On ne peut jamais interpellier un juge pour ce qu'il a fait en audience.

Finalement, on a respecté les assertions d'immunité des juges (à la p. 1204).

Je souligne que le principe de l'immunité judiciaire, énoncé dans l'arrêt *Knowles' Trial*, a été maintenu sur une base constitutionnelle, le Roi ayant confié aux juges l'application du droit. Des arrêts subséquents sont venus confirmer que les juges étaient exemptés de l'obligation de témoigner relativement aux procédures judiciaires dans lesquelles ils avaient joué un rôle: *Zanatta v. McCleary*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 230 (C.A.); *Duke of Buccleuch v. Metropolitan Board of Works* (1872), 41 L.J. Ex. 137; *McKinley v. McKinley*, [1960] 1 All E.R. 476 (B.R.); *Scott v. Smith* (1931), 4 M.P.R. 23 (C.A.N.-B.); *Re Clendenning and Board of Police Commissioners for City of Belleville* (1976), 75 D.L.R. (3d) 33 (H.C. Ont.); *Re Reinking* (1984), 3 O.A.C. 137 (C.A.); *Family and Children's Services v. P. B. and M. B.* (1985), 49 R.F.L. (2d) 55 (C. dist. Ont.); *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257 (C.A.); *Agnew v. Ontario Association of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (C. div.)

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*, précitées. Le juge ne doit pas craindre qu'après avoir rendu sa décision, il puisse être appelé à la justifier devant un autre organe du gouvernement. L'analyse faite dans l'arrêt *Beauregard c. Canada* appuie la conclusion que l'immunité judiciaire est au cœur du concept de l'indépendance judiciaire. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, pour jouer le bon rôle constitutionnel, le pouvoir judiciaire doit être complètement séparé, sur le plan des pouvoirs et des

tion that a judge cannot be required by the executive or legislative branches of government to explain and account for his or her judgment. To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence.

I return to ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act*. Nothing in the language of those sections suggests that the legislators intended to clothe the Commission with power to abrogate the fundamental principle that judges cannot be compelled to testify as to how and why they arrived at their decisions. I note in this connection the principle that vague and general statutory language should not be read as displacing fundamental rights: *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739. Reading ss. 3 and 4 together in accordance with the established principles of statutory construction, I conclude that the Act does not empower the Commission to compel the justices who sat on the Marshall appeal to testify as to the grounds for their decision, including the record relied on.

The Immunity of Judges from Testifying as to the Reason for the Composition of a Given Court

The next question is whether the general words of ss. 3 and 4 empower the Commission to compel a judge to testify as to why a particular judge sat on a particular case? I note that subsequent to the decisions under appeal, the judge in question, Pace J.A., has been questioned and has advised that he had not had any conversations which might have disqualified him. Nevertheless, the Commission presumably wishes to question the Chief Justice as to why he placed Pace J.A. on the panel, given that Pace J.A. had served as Attorney General during critical aspects of the Marshall case.

fonctions, des autres organes du gouvernement. Cette séparation signifie implicitement que les organes exécutif ou législatif du gouvernement ne peuvent pas exiger d'un juge qu'il explique son jugement et en rende compte. Donner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire.

Je reviens aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*. Rien dans le texte de ces articles ne laisse entendre que le législateur a voulu investir la Commission du pouvoir d'abroger le principe fondamental selon lequel un juge ne peut être contraint à témoigner quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à sa décision. Je souligne à cet égard le principe selon lequel un langage vague et général de la loi ne saurait être interprété comme écartant des droits fondamentaux: *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739. Interprétant les art. 3 et 4 ensemble conformément aux principes reconnus d'interprétation législative, je conclus que la Loi ne donne pas à la Commission le pouvoir de contraindre les juges qui ont siégé dans l'appel Marshall à témoigner quant aux motifs de leur décision et notamment quant au contenu du dossier sur lequel ils se sont fondés.

L'exemption dont jouissent les juges de l'obligation de témoigner quant aux motifs de la composition d'un banc donné

La question suivante est de savoir si les termes généraux des art. 3 et 4 habilient la Commission à contraindre un juge à témoigner sur les raisons pour lesquelles un juge particulier a siégé dans une affaire donnée. Je souligne qu'après les décisions en appel le juge en question, savoir le juge Pace, a été interrogé et a déclaré qu'il n'avait eu aucune conversation qui aurait pu le rendre inhabile à siéger. Néanmoins, la Commission semble vouloir interroger le Juge en chef afin de savoir pourquoi il a désigné le juge Pace comme membre du banc, étant donné que celui-ci avait été procureur général à l'époque des événements cruciaux de l'affaire Marshall.

This question goes to the administrative or institutional aspect of judicial independence: *Valente v. The Queen*, *supra*; *Beauregard v. Canada*, *supra*. In *Valente v. The Queen* and *Beauregard v. Canada* this Court affirmed in the strongest terms the necessity that the courts control administrative matters related to adjudication without interference from the Legislature or executive. In *Valente v. The Queen* the importance of the courts' having exclusive control over the assignment of judges was considered central to the institutional independence of the judiciary. In *Beauregard v. Canada*, the Chief Justice stated in this respect, at p. 73, that the very role of the courts "as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system" (his emphasis).

I do not say that the power in the courts to control their own administration is absolute, if by absolute what is meant is that in no circumstances can the Legislature or Parliament enact laws relating to the functioning of the courts or enquire into the conduct of particular judges. As noted earlier, Parliament and the Legislatures have long enacted legislation establishing courts and setting general guidelines as to how they function. Nor is there any doubt that Parliament may impeach a federally appointed judge for dereliction of duty. To this extent the fundamental principle of judicial independence must leave scope for another cardinal doctrine—the principle of Parliamentary supremacy. But at the same time, it is clear that Parliament and the Legislatures cannot act so as to trammel what Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada* refers to as the authority and function of the courts. As Le Dain J. puts it in *Valente v. The Queen*, at p. 709, the third essential condition for judicial independence, the collective independence of tribunals, extends to matters directly affecting adjudication—"assignment of judges, sittings of the court, and court lists—as well as the related matters of allocation of court rooms and direction

Cette question touche l'aspect administratif ou institutionnel de l'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*, précités. Dans les arrêts *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada*, notre Cour a confirmé très vigoureusement la nécessité que les tribunaux contrôlent les questions administratives relatives à la prise de décision sans intervention de la part des organes législatif ou exécutif. Dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, on a estimé que le contrôle exclusif des tribunaux sur l'assignation des juges était essentiel à l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire. Dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, le Juge en chef a affirmé à cet égard que le rôle même des tribunaux «en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire» (souligné par le Juge en chef), à la p. 73.

Je ne dis pas que le pouvoir des tribunaux de contrôler leur propre administration est absolu, si, par absolu, on veut dire que l'Assemblée législative ou le Parlement ne peut en aucun cas adopter des lois relatives au fonctionnement des tribunaux ni enquêter sur la conduite de certains juges. Comme je l'ai déjà souligné, le Parlement et les assemblées législatives ont depuis longtemps adopté des lois créant des tribunaux et établissant des lignes directrices générales concernant leur fonctionnement. Il ne fait également pas de doute que le Parlement peut destituer un juge nommé par le fédéral pour manquement à son devoir. Dans cette mesure, le principe fondamental de l'indépendance judiciaire doit laisser place à un autre principe essentiel, celui de la suprématie du Parlement. Mais en même temps il est évident que le Parlement et les assemblées législatives ne peuvent agir de manière à entraver ce que le juge en chef Dickson appelle dans l'arrêt *Beauregard c. Canada* les pouvoirs et fonctions des tribunaux. Comme l'affirme le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, à la p. 709, la troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire, l'indépendance collective des tribunaux, porte sur des questions qui influent directement sur la prise de décision, savoir «l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines

of the administrative staff engaged in carrying out these functions.”

It thus appears clear beyond doubt that the assignment of judges is a matter exclusively within the purview of the court. It would be unthinkable for the Minister of Justice or Attorney General to instruct the Chief Justice as to who should or should not sit on a particular case; that prerogative belongs exclusively to the Chief Justice as the head of the Court. To allow the executive a role in selecting what judges hear what cases would constitute an unacceptable interference with the independence of the judiciary. Inquiries after the fact must be similarly barred, in my view. A Chief Justice who knows that he or she may be examined and cross-examined by the executive or its emanation on why he or she assigned a particular judge to a particular case may feel, consciously or unconsciously, pressure to select someone pleasing to the executive. Even if the Chief Justice did not permit himself or herself to be influenced by such a prospect, the public perception that he or she might have been influenced could harm the esteem in which our system of justice is held. In short, the principle of judicial independence which underlies judicial impartiality and the proper functioning of the courts would be threatened by the possibility of public inquiries as to the reason for the assignment of particular judges to particular cases.

In view of these principles, I conclude that ss. 3 and 4 of the *Public Inquiries Act* should not be read as empowering the Commission to trammel on the exclusive right of the judiciary, through its Chief Justices, to control the assignment of judges, free from constraint, whether before or after the event, from other agencies. I should not, however, be taken as suggesting that a judge could never be called to answer in any forum for the process by which the judge reached a decision or the composition of the court on a particular case. I leave to other cases the determination of whether judges might be called on matters such as these before other bodies which have express powers to compel such testimony and which possess sufficient safe-

connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions.»

Il semble donc tout à fait clair que l'assignation de juges est une question qui relève exclusivement de la cour. Il serait impensable que le ministre de la Justice ou le procureur général donne au Juge en chef des directives quant à savoir qui doit ou ne doit pas siéger dans une affaire donnée; cette prérogative appartient exclusivement au Juge en chef en tant que directeur de la cour. Accorder au pouvoir exécutif un rôle quant à savoir quels juges entendent quelles causes constituerait une atteinte inacceptable à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Les enquêtes après coup doivent également être interdites à mon avis. Un juge en chef qui sait qu'il peut être interrogé et contre-interrogé par le pouvoir exécutif ou son représentant quant à savoir pourquoi il a assigné un juge en particulier à une affaire donnée peut se sentir obligé, consciemment ou non, de choisir quelqu'un qui plaît au pouvoir exécutif. Même si le Juge en chef ne se laissait pas influencer par une telle éventualité, le public pourrait penser qu'il a pu être influencé, ce qui pourrait déconsidérer notre système de justice. En résumé, le principe de l'indépendance judiciaire qui sous-tend l'impartialité judiciaire et le bon fonctionnement des tribunaux serait menacé par la possibilité de la tenue d'enquêtes publiques quant aux motifs de l'assignation de certains juges à des affaires données.

Compte tenu de ces principes, je conclus qu'il ne faut pas interpréter les art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act* comme habilitant la Commission à entraver l'exercice du droit exclusif qu'ont les tribunaux, par l'intermédiaire de leurs juges en chef, de contrôler l'assignation des juges indépendamment de toute contrainte, avant ou après coup, de la part d'autres organismes. On ne doit pas penser que je suggère qu'un juge ne pourrait jamais être appelé à rendre compte devant une tribune de la façon dont il est arrivé à une décision ou de la composition de la cour dans une affaire donnée. Je m'abstiens en l'espèce de trancher la question de savoir si des juges pourraient être appelés à témoigner sur des questions comme celle-ci devant d'au-

guards to protect the integrity of the principle of judicial independence.

2. Whether the Direction to the Commission to Enquire into the Reference by the Minister of Justice is *Ultra Vires* the Province

The first question is whether a provincially appointed commission can inquire into a reference by the federal Minister of Justice under s. 617(b) of the *Criminal Code*. It is contended that such an inquiry is invalid because it trenches on the exclusive federal power with respect to the criminal law.

The answer to this contention lies in the mandate of the Commission. Section 1 of the *Public Inquiries Act* authorizes such an inquiry provided that the inquiry concerns a "public matter in relation to which the Legislature of Nova Scotia may make laws." The question is whether the inquiry is "into the administration of justice", in which case it falls within the Province's powers under s. 92(14), or into the "criminal law" or "criminal procedure", in which case it infringes the federal criminal law power.

The answer to this question depends on how the phrase "administration of justice" is construed in relation to the federal power over criminal law and procedure. In *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, this Court held that "administration of justice" should be interpreted broadly as including criminal justice. At pages 199-200, the Court stated:

The question in the present case is whether the words "The Administration of Justice in the Province" are to be given a fair, large and liberal construction or, whether by reason of the abstraction of criminal law and criminal procedure, they must receive such attenuated interpretation as would confine "administration of justice" to nothing more than "administration of civil justice". In my opinion, Canadian legislative history, as

tres organismes qui ont des pouvoirs exprès d'exiger ce témoignage et qui offrent des garanties suffisantes pour protéger l'intégrité du principe de l'indépendance judiciaire.

2. La directive ordonnant à la Commission d'enquêter sur le renvoi adressé par le ministre de la Justice excède-t-elle les pouvoirs de la province?

Il s'agit d'abord de savoir si une commission établie par une province peut enquêter sur un renvoi adressé par le ministre fédéral de la Justice en vertu de l'al. 617b) du *Code criminel*. On prétend qu'une telle enquête est invalide parce qu'elle empiète sur la compétence fédérale exclusive en matière de droit criminel.

La réponse à cette question se trouve dans le mandat de la Commission. L'article premier de la *Public Inquiries Act* autorise une telle enquête pourvu qu'elle porte sur une [TRADUCTION] «matière de nature publique sur laquelle l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse peut légiférer». La question est de savoir si l'enquête porte sur «l'administration de la justice», auquel cas elle relèverait des pouvoirs de la province en vertu du par. 92(14), ou sur le «droit criminel» ou la «procédure en matière criminelle», auquel cas elle empiéterait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel.

La réponse à cette question dépend de l'interprétation que l'on donne à l'expression «administration de la justice» relativement à la compétence fédérale en matière de droit criminel et de procédure en matière criminelle. Dans l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, notre Cour a conclu que l'expression «administration de la justice» devait recevoir une interprétation large de manière à comprendre la justice criminelle. La Cour a dit aux pp. 199 et 200:

La question à résoudre en l'espèce est s'il faut interpréter de façon juste, large et libérale les mots «l'administration de la justice dans la province» ou, si en raison de la soustraction du droit criminel et de la procédure en matière criminelle, on doit les interpréter si restrictivement que «l'administration de la justice» s'applique uniquement à «l'administration de la justice en matière civile». Selon moi, l'historique de la législation cana-

well as the development of legal institutions within the Provinces since Confederation, favour the broader construction as do, by and large, the authorities, admittedly few in number, which touch upon the subject under consideration.

Di Iorio v. Warden of Montreal Jail establishes, at p. 205, that the police, criminal investigations, prosecutions, corrections, and the court system, all comprise part of the "administration of justice". These are all matters under investigation by the Commission. The term "criminal procedure", reserved exclusively to the federal government, should not be confused with the larger concept of "criminal justice." As stated in *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, at pp. 209-10:

It is not necessary and perhaps impossible, to find a satisfactory definition of "criminal procedure". Although I would reject the view which would confine criminal procedure to that which takes place within the courtroom on a prosecution, I am equally of the opinion that "criminal procedure" is not co-extensive with "criminal justice" or that the phrase "criminal procedure" as used in the *B.N.A. Act* can drain from the words "administration of justice" in s. 92(14) that which gives those words much of their substance—the element of "criminal justice".

I am satisfied that the Province has constitutional jurisdiction to inquire into the investigation, charging, prosecution, conviction and subsequent release of Donald Marshall, Jr. These are matters pertaining to the administration of justice within the Province, and, subject to the *caveat* expressed by Pigeon J. in *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218, that no provincially constituted commission of inquiry can inquire into the actual management or operation of the federal activity or entity in question (there the R.C.M.P.), they do not constitute an attempt to interfere with the valid federal interest in the enactment of and provision for a uniform system of procedures and rules governing criminal justice in the country: *Di Iorio v. Warden of Montreal Jail*, *supra*; *O'Hara*

diennne, aussi bien que l'évolution des institutions juridiques à l'intérieur de la province depuis la Confédération, favorise l'interprétation large. Dans l'ensemble, les précédents peu nombreux, il est vrai, vont dans le même sens.

L'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal* établit que la police, les enquêtes et poursuites criminelles, les prisons et l'organisation des tribunaux font tous partie de «l'administration de la justice» (à la p. 205). Ce sont toutes des questions visées par l'enquête de la Commission. L'expression «procédure en matière criminelle», réservée exclusivement au gouvernement fédéral, ne doit pas être confondue avec le concept plus large de la «justice criminelle». Comme on l'affirme dans l'arrêt *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, aux pp. 209 et 210:

Il n'est pas nécessaire et il est peut-être impossible de rechercher une définition satisfaisante de la «procédure en matière criminelle». Même si je rejette l'opinion qui limiterait la procédure criminelle à ce qui se passe dans la salle d'audience lors d'une poursuite, je suis également d'avis que «procédure en matière criminelle» n'est pas synonyme de «justice criminelle» et que l'expression «procédure en matière criminelle» employée dans l'*A.A.N.B.* ne retranche pas des mots «l'administration de la justice» au par. (14) de l'art. 92 une partie essentielle de leur signification—l'élément «justice criminelle».

Je suis persuadée que la province a la compétence constitutionnelle pour examiner l'enquête, la mise en accusation, la poursuite, la déclaration de culpabilité et la libération subséquente de Donald Marshall, fils. Ce sont des questions qui ont trait à l'administration de la justice dans la province et, exception faite de la réserve formulée par le juge Pigeon dans l'arrêt *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218, qu'aucune commission d'enquête constituée par une province ne peut faire enquête sur la gestion ou le fonctionnement de l'activité ou entité fédérale en question (la GRC dans cette affaire), l'examen de ces questions ne constitue pas une tentative de porter atteinte à l'intérêt valide qu'a le gouvernement fédéral à ce que soit adopté un système uniforme de procédures et de règles régissant la justice criminelle au Canada: *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, précité; *O'Hara*

v. *British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 610.

In view of my conclusion that the judges are not required to testify before the Commission, I need not consider the question of whether such a requirement would infringe the federal power over federally appointed judges under ss. 96 and 63 of the *Constitution Act, 1867*.

Conclusion

I would dismiss the appeals.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting in part)—I have read with great interest the reasons of my colleague Justice McLachlin. Although I am in almost complete agreement, I differ in part from the conclusions which she has reached. In the special circumstances of this case I would allow the appeals to the extent necessary to permit interrogation on two of the three questions sought to be posed on behalf of the Commission of Inquiry. Namely, the two questions are those concerning first, the make-up of the appellate panel, particularly the inclusion of Pace J.A. who was Attorney General at the time of Mr. Marshall's conviction, and secondly, the composition of the record before the court at the time of the reference, specifically directed at determining which affidavits formed part of that record.

Background to the Appointment of the Hickman Commission

In May of 1971, when he was but seventeen years of age, Donald Marshall, Jr. was involved in events which gave rise to his wrongful conviction in November of that year of murder, an offence which since Cain slew Abel, has been considered to be the most grievous of violent crimes. He served eleven long years for a murder he did not commit. In 1983, on the basis of new evidence which had been collected, the Federal Minister of Justice referred the conviction to the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia pursuant to s. 617(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c.

c. *Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 610.

Compte tenu de ma conclusion que les juges ne sont pas tenus de témoigner devant la Commission, je n'ai pas à examiner la question de savoir si une telle exigence porterait atteinte à la compétence qu'a le Parlement sur les juges nommés par le fédéral en vertu des art. 96 et 63 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

c Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident en partie)—J'ai lu avec beaucoup d'intérêt les motifs rédigés par ma collègue le juge McLachlin. Bien que je sois presque entièrement d'accord avec elle, j'arrive à une conclusion partiellement différente de la sienne. Vu les circonstances spéciales de la présente affaire, je suis d'avis d'accueillir les pourvois dans la mesure nécessaire pour permettre l'interrogatoire relativement à deux des trois questions que l'on cherche à poser au nom de la Commission d'enquête. Ce sont les deux questions qui concernent d'abord la composition du banc qui a entendu l'appel, particulièrement en ce qui concerne la présence du juge Pace qui était procureur général à l'époque de la déclaration de culpabilité de M. Marshall, et ensuite le contenu du dossier dont disposait la cour au moment du renvoi, particulièrement pour ce qui est de savoir quels affidavits faisaient partie de ce dossier.

Historique de l'établissement de la Commission Hickman

En mai 1971, alors qu'il n'avait que dix-sept ans, Donald Marshall, fils, a été impliqué dans des événements qui ont abouti en novembre de la même année à sa déclaration erronée de culpabilité de meurtre, une infraction qui depuis Caïn et Abel est considérée comme le plus grave des crimes avec violence. Il a purgé onze longues années d'emprisonnement pour un meurtre qu'il n'a pas commis. En 1983, se fondant sur de nouveaux éléments de preuve, le ministre fédéral de la Justice a renvoyé la déclaration de culpabilité à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, confor-

C-34, for a redetermination. The panel hearing the Reference was composed of the Chief Justice of Nova Scotia and Hart, Jones, Macdonald and Pace J.J.A. Pace J.A. had been the Attorney General of Nova Scotia at the time of Marshall's conviction. Applications were made to a panel of the Court of Appeal for the introduction of fresh evidence on behalf of both the Crown and the defence. It is difficult if not impossible to determine what material or affidavits made up the record of the Court upon the Reference. Mention was made in the reasons of certain affidavits although the transcript strongly suggests that they were not before the court.

When it rendered its decision ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286) quashing Marshall's conviction and directing his acquittal, the court added these paragraphs at its conclusion at pp. 321-22:

Donald Marshall, Jr. was convicted of murder and served a lengthy period of incarceration. That conviction is now to be set aside. Any miscarriage of justice is, however, more apparent than real.

In attempting to defend himself against the charge of murder Mr. Marshall admittedly committed perjury for which he still could be charged.

By lying he helped secure his own conviction. He misled his lawyers and presented to the jury a version of the facts he now says is false, a version that was so far-fetched as to be incapable of belief.

By planning a robbery with the aid of Mr. Seale he triggered a series of events which unfortunately ended in the death of Mr. Seale.

By hiding the facts from his lawyers and the police Mr. Marshall effectively prevented development of the only defence available to him, namely, that during a robbery Seale was stabbed by one of the intended victims. He now says that he knew approximately where the man lived who stabbed Seale and had a pretty good description of him. With this information the truth of the matter might well have been uncovered by the police.

Even at the time of taking the fresh evidence, although he had little more to lose and much to gain if he could obtain his acquittal, Mr. Marshall was far from being straightforward on the stand. He continued to be

mément à l'al. 617b) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, pour qu'elle rende une nouvelle décision. Le banc qui a entendu le renvoi était composé du Juge en chef de la Nouvelle-Écosse et des juges Hart, Jones, Macdonald et Pace. Le juge Pace était procureur général de la Nouvelle-Écosse à l'époque de la déclaration de culpabilité de Marshall. La poursuite et la défense ont demandé à un banc de la Cour d'appel l'autorisation de présenter de nouveaux éléments de preuve. Il est difficile, voire impossible, de déterminer quels documents ou affidavits composaient le dossier de la cour aux fins du renvoi. Les motifs font état de certains affidavits bien que la transcription laisse fortement entendre que la cour ne les avait pas en main.

Dans sa décision ((1983), 57 N.S.R. (2d) 286) annulant la déclaration de culpabilité de Marshall et ordonnant son acquittement, la cour a ajouté les paragraphes suivants à sa conclusion aux pp. 321 et 322:

[TRADUCTION] Donald Marshall, fils, a été déclaré coupable de meurtre et a purgé une longue période d'incarcération. Cette déclaration de culpabilité est maintenant annulée. Toute erreur judiciaire est cependant plus apparente que réelle.

En tentant de se défendre contre l'accusation de meurtre, M. Marshall a de son propre aveu commis un parjure qui peut encore faire l'objet d'accusations.

En mentant, il a contribué à sa propre déclaration de culpabilité. Il a trompé ses avocats et a présenté au jury une version des faits qu'il qualifie maintenant de fausse, une version tellement tirée par les cheveux qu'il était impossible de la croire.

En préparant un vol avec l'aide de M. Seale, il a déclenché une série d'événements qui se sont malheureusement terminés par la mort de M. Seale.

En cachant les faits à ses avocats et à la police, M. Marshall a en fait empêché la préparation du seul moyen de défense dont il pouvait se prévaloir, savoir qu'au cours d'un vol Seale a été poignardé par une des victimes visées. Il affirme maintenant qu'il savait à peu près où demeurait l'homme qui a poignardé Seale et qu'il avait une assez bonne description de lui. Si ces renseignements avaient été fournis, la police aurait bien pu découvrir la vérité.

Même lorsqu'on a recueilli les nouveaux éléments de preuve, quoiqu'il ait eu bien peu à perdre et beaucoup à gagner s'il pouvait obtenir un acquittement, M. Marshall a été loin d'être franc à la barre des témoins. Il a

evasive about the robbery and assault and even refused to answer questions until the court ordered him to do so. There can be no doubt but that Donald Marshall's untruthfulness through this whole affair contributed in large measure to his conviction.

We accordingly allow the appeal, quash the conviction and direct that a verdict of acquittal be entered.

Upon his acquittal, Marshall was eventually paid some \$250,000 by the Province of Nova Scotia and in return he executed a complete release of all claims he might have had against the government. Not unexpectedly it appears that the derogatory comments made by the Court of Appeal quoted above had an adverse impact on the quantum of compensation which was paid to Marshall. Despite these adverse comments, Marshall as the successful appellant could have no recourse by further appeal.

The inescapable conclusion is that the administration of justice failed Donald Marshall, Jr. He was wrongfully convicted and imprisoned for a murder he did not commit. The panel hearing the directed reference included a member who could appear (no matter how erroneous that appearance might be) to a layman to be biased. It would have been impossible for Marshall to know what affidavits were actually before the court. As a party, he was entitled to know the material which was to be a part of the record in order to meet the case presented against him. Something went seriously awry in the functioning of the judicial system in this case with tragic results for Donald Marshall, Jr.

The Appointment of the Hickman Commission

The Province of Nova Scotia took steps to learn why and how the administration of justice had failed in this case. Three very experienced, well-respected and eminent jurists were appointed to a Commission of Inquiry. Hickman C.J. was named as chairman with Poitras A.C.J. and Evans J. as members. Hickman C.J. was appointed Chief Justice of the High Court of Newfoundland in 1975.

continué d'être évasif au sujet du vol et de l'agression et a même refusé de répondre à des questions jusqu'à ce que la cour lui ordonne de le faire. Il ne peut y avoir de doute que le manque de franchise de Donald Marshall tout au long de cette affaire a contribué dans une large mesure à sa déclaration de culpabilité.

Nous accueillons donc l'appel, annulons la déclaration de culpabilité et ordonnons l'inscription d'un verdict d'acquittement.

Après son acquittement, Marshall a finalement reçu quelque 250 000 \$ de la province de la Nouvelle-Écosse en échange de quoi il a signé une renonciation complète à toutes les réclamations qu'il pourrait avoir contre le gouvernement. Il appert, ce qui n'est guère surprenant, que les commentaires dérogatoires de la Cour d'appel, que je viens de citer, ont eu des répercussions défavorables sur le montant de l'indemniti  versée à Marshall. Malgré ces commentaires défavorables, étant donné qu'il avait eu gain de cause en tant qu'appellant, Marshall n'avait plus aucun autre recours par voie d'appel.

La conclusion inévitable est que l'administration de la justice a été défaillante en ce qui concerne Donald Marshall, fils. Il a été reconnu coupable et emprisonné à tort pour un meurtre qu'il n'a pas commis. Le banc qui a entendu le renvoi comprenait un membre qui, aux yeux d'un profane pouvait paraître partial (peu importe jusqu'à quel point cette apparence peut être fausse). Il aurait été impossible que Marshall sache de quels affidavits disposait réellement la cour.   titre de partie, il avait le droit de savoir quels documents feraient partie du dossier de manière à pouvoir contredire la preuve présentée contre lui. Quelque chose a vraiment mal fonctionné dans le système judiciaire en l'espèce, ce qui a entraîné des résultats désastreux pour Donald Marshall, fils.

L'établissement de la Commission Hickman

La province de la Nouvelle-Écosse a pris des mesures pour savoir pourquoi et comment l'administration de justice avait été défaillante dans cette affaire. Trois éminents juristes très expérimentés et respectés ont été désignés pour faire partie d'une commission d'enquête. Le juge en chef Hickman a été nommé président et le juge en chef adjoint Poitras et le juge Evans ont été nommés membres.

Poitras A.C.J. was named to the Superior Court of Quebec in 1975 and was appointed Associate Chief Justice of the Superior Court of that Province in 1983. Evans J. was appointed to the High Court of Ontario in 1964 and, a year later, to the Ontario Court of Appeal. He served as Chief Justice of the High Court of Ontario from 1976-1985, at which time he retired as Chief Justice and became a puisne judge of that court. I have stressed the eminence and experience of these Commissioners to demonstrate that this was not a commission of bureaucratic commissars with no knowledge of the role of judges or judicial administration; rather it was composed of highly qualified and experienced jurists who would well understand the importance of all aspects of the independence of the judiciary, including the administration of courts and court affairs. All the members in their work as chief justices have known the problems of court administration and the need for reasonable judicial independence in that domain.

The Commissioners were granted the following broad mandate:

... to be, during pleasure, Our Commissioners under the Public Inquiries Act to constitute a Commission under the Chairmanship of the Honourable Mr. Justice T. Alexander Hickman with power to inquire into, report your findings, and make recommendations to the Governor in Council respecting the investigation of the death of Sandford William Seale on the 28th-29th day of May, A.D., 1971; the charging and prosecution of Donald Marshall Jr., with that death; the subsequent conviction and sentencing of Donald Marshall Jr., for the non-capital murder of Sandford William Seale for which he was subsequently found to be not guilty; and such other related matters which the Commissioners consider relevant

In my view the terms of the appointment of the Commission were broad enough to include an inquiry into not only the wrongful conviction of Donald Marshall, Jr. but also into the reaction of the judicial system upon the Reference to the Court of Appeal to that error, and the eventual

Le juge en chef Hickman a été nommé juge en chef de la Haute Cour de Terre-Neuve en 1975. Le juge en chef adjoint Poitras a été nommé à la Cour supérieure du Québec en 1975, puis juge en chef adjoint de la Cour supérieure de cette province en 1983. Le juge Evans a été nommé à la Haute Cour de l'Ontario en 1964 et, l'année suivante, à la Cour d'appel de l'Ontario. Il a été juge en chef de la Haute Cour de l'Ontario de 1976 à 1985, année où il a abandonné le poste de juge en chef pour devenir juge puîné de cette cour. J'ai mis l'accent sur l'éminence et l'expérience de ces commissaires pour démontrer qu'il ne s'agissait pas d'une commission formée de bureaucrates qui n'avaient aucune connaissance du rôle des juges ou de l'administration judiciaire; elle était plutôt composée de juristes hautement qualifiés et expérimentés qui saisissaient bien l'importance de tous les aspects de l'indépendance du pouvoir judiciaire, y compris l'administration des tribunaux et des affaires judiciaires. Dans leur rôle de juges en chef, tous les membres ont connu les problèmes de l'administration d'une cour et senti la nécessité d'une indépendance judiciaire raisonnable dans ce domaine.

Les commissaires se sont vu confier le large mandat suivant:

[TRADUCTION] ... pour être, à titre amovible, nos commissaires en vertu de la Public Inquiries Act afin de constituer une commission sous la présidence de l'honorable juge T. Alexander Hickman, chargée d'enquêter, de faire rapport de ses conclusions et de formuler des recommandations au gouverneur en conseil au sujet de l'enquête sur le décès de Sandford William Seale survenu le 28 ou le 29 mai 1971, de l'inculpation de Donald Marshall, fils, et des poursuites engagées contre lui relativement à ce décès, du verdict de culpabilité subsequmment rendu contre Donald Marshall, fils, et de sa condamnation pour le meurtre non qualifié de Sandford William Seale, infraction dont il a par la suite été déclaré non coupable, et au sujet d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes ...

À mon avis, le mandat de la Commission est suffisamment large pour comprendre une enquête non seulement sur la déclaration erronée de culpabilité de Donald Marshall, fils, mais aussi sur la réaction du système judiciaire suite au renvoi de cette erreur à la Cour d'appel et sur le paiement de

payment of compensation to Marshall. These items would come within the purview of the Commission as "... such other related matters which the Commissioners consider relevant".

Counsel for the Commission requested MacKeigan J.A. to attend before the Commission to answer questions pertaining to three matters: (1) the inclusion of Pace J.A. on the panel hearing the Reference; (2) the composition of the record that was in fact before the Court of Appeal on the Reference; and (3) questions with regard to what the factors were which, in the opinion of the Chief Justice, constituted a miscarriage of justice and with regard to whether in fact there was such a miscarriage of justice. In my opinion it was appropriate for the Commission to put questions to MacKeigan J.A. on the first two matters but not on the third.

The Scope of Judicial Immunity to Testify

Wigmore in his treatise on *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961) § 2192 pointed out that all privileges of exemption from the duty to testify are exceptional and ought to be discountenanced unless there is good reason plainly shown for their existence. He put it in this way at p. 73:

The pettiness and personality of the individual trial disappears when we reflect that our duty to bear testimony runs not to the parties in that present cause, but to the community at large and forever.

It follows ... that *all privileges of exemption from this duty are exceptional*, and are therefore to be discountenanced. There must be good reason, plainly shown, for their existence. [Emphasis in original.]

Nevertheless, I hasten to agree with my colleague that there is for very good reason an absolute privilege accorded to the judiciary exempting them from testifying as to their mental processes in arriving at a judgment or as to how they reached a decision in any case that came before them. This has been the law since *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167, and has continued to be so with unabated force to the present time. See for example the decision of the Ontario Court

l'indemnité que Marshall a finalement obtenu. Ces points relevaient du mandat de la Commission à titre «... d'autres questions connexes que les commissaires jugent pertinentes».

^a Les procureurs de la Commission ont demandé au juge MacKeigan de comparaître devant la Commission pour répondre à des questions relatives à trois sujets: (1) l'inclusion du juge Pace dans le banc qui a entendu le renvoi, (2) le contenu du dossier dont disposait effectivement la Cour d'appel lors du renvoi, et (3) les facteurs qui, de l'avis du Juge en chef, ont constitué une erreur judiciaire et quant à savoir s'il y a réellement eu erreur judiciaire. À mon avis, il convient que la Commission pose des questions au juge MacKeigan sur les deux premiers sujets mais non sur le troisième.

^d La portée de l'exemption de l'obligation de témoigner dont jouissent les juges

Dans son traité intitulé *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton, édition révisée 1961) § 2192, Wigmore souligne que tous les privilèges et exemptions relatifs à l'obligation de témoigner sont exceptionnels et devraient être restreints à moins que leur existence ne soit justifiée par une bonne raison clairement démontrée. Voici ce qu'il affirme, à la p. 73:

^f [TRADUCTION] Le caractère restreint et individuel du procès disparaît lorsque nous pensons que notre obligation de témoigner est due non pas aux parties en cause, mais à la collectivité en général et pour toujours.

^g Il s'ensuit [...] que *tous les privilèges et exemptions relatifs à cette obligation sont exceptionnels* et qu'ils doivent donc être restreints. Leur existence doit être justifiée par une bonne raison clairement démontrée. ^h [En italique dans l'original.]

Néanmoins, je m'empresse de dire que je partage l'avis de ma collègue qu'il existe pour de très bonnes raisons un privilège absolu accordé aux juges qui les exempte de l'obligation de témoigner quant au processus mental suivi pour rendre un jugement ou quant à savoir comment ils sont arrivés à une décision dans une affaire dont ils étaient saisis. C'est la règle qui s'applique depuis l'arrêt *Knowles' Trial* (1692), 12 How. St. Tr. 1167, et il en a toujours été invariablement ainsi

of Appeal in *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257, at p. 269, *per* Martin J.A.

A judgment and a judge's reasons for judgment must be put on record and are subject to scrutiny on appeal by the legal community and by the public at large. It is vital to the preservation of our system of justice that a judge not be required to answer any questions as to how a decision was reached. The reasons and the decisions speak for themselves. If they are to be questioned an effective and comprehensive means of challenging them is provided by appellate procedures.

As well a large measure of judicial immunity from testifying in respect of the administration of the work of the courts is an important and necessary factor in the functioning of the judicial system. For example, it would be unthinkable that an outside agency, whether it be a ministry of government, an agency of government or a bar associate, could designate which judge was to hear a particular case or which members of an appellate court were to sit on an appeal of a case. It is important that there be immunity for judges with regard to their conversations with administrative staff, as much as with their colleagues and clerks. Nonetheless there is an important distinction to be drawn between the two types of judicial immunity. There is first the privilege of the judiciary not to be questioned as to the decisions they have made on cases. This adjudicative privilege is of fundamental importance and is absolute in nature. Secondly, there is the privilege as to the administration of the courts. This administrative privilege is not of the same fundamental importance and is qualified in nature.

The privilege relating to administrative functions is an adjunct to the adjudicative privilege. In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, Le Dain J., writing for this Court, reviewed the basis for and extent of judicial independence as set forth in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He referred to the distinction between adjudicative independence and administrative independence. He noted that adjudicative independence lies at the very core and

jusqu'à nos jours. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Moran* (1987), 21 O.A.C. 257, à la p. 269, le juge Martin.

Un jugement et les motifs de jugement d'un juge doivent être consignés et peuvent faire l'objet d'un examen par voie d'appel interjeté par la communauté juridique ou par le public en général. Il est essentiel à la préservation de notre système de justice qu'un juge ne soit pas tenu de répondre à des questions concernant la façon dont il est arrivé à une décision. Les motifs et les décisions parlent d'eux-mêmes. S'ils doivent être mis en doute, les procédures d'appel fournissent un moyen efficace et complet de les contester.

De même, une large exemption de l'obligation de témoigner de la part des juges à l'égard de l'administration des travaux des tribunaux constitue un facteur important et nécessaire dans le fonctionnement du système judiciaire. Par exemple, il serait impensable qu'un organisme extérieur, fût-il un ministère ou un organisme gouvernemental ou encore un barreau, puisse dire quel juge entendra une affaire en particulier ou quels membres d'une cour d'appel siégeront dans un appel. Il est important que les juges jouissent d'une exemption relativement à leurs conversations avec le personnel administratif tout autant qu'avec leurs collègues et leurs clerks. Néanmoins, une distinction importante doit être établie entre les deux types d'immunité judiciaire. Il y a d'abord le privilège des juges de ne pas être interrogés quant aux décisions qu'ils ont rendues. Ce privilège attaché à l'adjudication est d'importance fondamentale et de nature absolue. Ensuite, il y a le privilège relatif à l'administration des tribunaux. Ce privilège attaché à l'administration n'a pas la même importance fondamentale et est de nature restreinte.

Le privilège relatif aux fonctions administratives est un auxiliaire du privilège attaché à l'adjudication. Dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, le juge Le Dain, s'exprimant au nom de notre Cour, a examiné le fondement et l'étendue de l'indépendance judiciaire visée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a mentionné la distinction entre l'indépendance décisionnelle et l'indépendance administrative. Il a souligné que l'indépendance décisionnelle constitue

essence of judicial independence whereas the administrative aspect functions as an adjunct. At page 712 he put forward his position in this way:

The essentials of institutional independence which may be reasonably perceived as sufficient for purposes of s. 11(d) . . . may be summed up as judicial control over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. To the extent that the distinction between administrative independence and adjudicative independence is intended to reflect that limitation, I can see no objection to it. It may be open to objection, however, in so far as the desirable or recommended degree of administrative autonomy or independence of the courts is concerned. In my opinion, the fact that . . . the Executive exercised administrative control over certain discretionary benefits or advantages affecting the judges did not prevent the Provincial Court (Criminal Division) . . . from being reasonably perceived as possessing the essential institutional independence required for purposes of s. 11(d).

These reasons make it apparent that judicial independence may not necessarily be compromised by all executive or legislative action which affects the administration of the courts.

The administrative privilege of judges is not as vital to the integrity of the administration of justice as is the adjudicative privilege. It is appropriate that the administrative privilege be qualified and limited in its scope. A leading American case on the aspect of judicial privilege relating to administration specifically describes it as qualified and not absolute. It was put in these words in *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986) at p. 1520:

We conclude, therefore, that there exists a privilege (albeit a qualified one . . .) protecting confidential communications among judges and their staffs in the performance of their judicial duties . . .

A party raising a claim of judicial privilege has the burden of demonstrating that the matters under inquiry fall within the confines of the privilege. The judicial privilege is grounded in the need for confidentiality in the effective discharge of the federal judge's duties. In

le point central et essentiel de l'indépendance judiciaire alors que l'aspect administratif joue le rôle d'auxiliaire. Il s'exprime ainsi, à la p. 712:

Les aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'al. 11d) [...] [peuvent se] résumer comme étant le contrôle par le tribunal des décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Dans la mesure où la distinction entre l'indépendance dans l'administration et l'indépendance dans les décisions se veut le reflet de cette limitation, je n'y vois aucune objection. On peut s'y opposer toutefois dans la mesure où le degré souhaitable ou recommandé d'indépendance ou d'autonomie administrative des tribunaux est concerné. À mon avis, le fait que [...] l'exécutif exerce un contrôle administratif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires touchant les juges, n'empêchait pas la Cour provinciale (Division criminelle) [...] d'être raisonnablement perçue comme possédant l'indépendance institutionnelle essentielle pour les fins de l'al. 11d).

Ces motifs montrent que l'indépendance judiciaire n'est pas nécessairement compromise par tous les actes du pouvoir exécutif ou législatif qui portent sur l'administration des tribunaux.

Le privilège attaché à l'administration dont jouissent les juges n'est pas aussi essentiel à l'intégrité de l'administration de la justice que le privilège attaché à l'adjudication. Il convient que le privilège attaché à l'administration soit de portée restreinte et limitée. Un arrêt de principe américain sur l'aspect du privilège judiciaire relatif à l'administration le décrit spécifiquement comme étant restreint et non absolu. Voici comment on l'a formulé dans l'arrêt *In the Matter of Certain Complaints under Investigation by an Investigating Committee of the Judicial Council of the Eleventh Circuit*, 783 F.2d 1488 (11th Cir. 1986), à la p. 1520:

[TRADUCTION] Nous concluons donc à l'existence d'un privilège (quoique restreint...) qui protège les communications confidentielles entre les juges et leur personnel dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires [...]

Il incombe à la partie qui invoque le privilège judiciaire de démontrer que l'objet de l'enquête relève bien de ce privilège. Le privilège judiciaire est fondé sur le besoin de caractère confidentiel dans l'exercice efficace des fonctions du juge fédéral. Somme toute, le privilège

the main, the privilege can extend only to communications among judges and others relating to official judicial business such as, for example, the framing and researching of opinions, orders, and rulings. [Emphasis added.]

Although he was dealing with executive privilege, the words of La Forest J. speaking for the Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, are apposite to this case. At page 660 referring to *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), he stated:

The Court recognized the need to protect communications between high government officials. It gave some weight to the candour argument, but it also noted the importance of protecting the President from being harassed by vexatious and unnecessary subpoenas.

On the other hand, the need for confidentiality in government, the court thought, must be weighed against the historic commitment to the rule of law. The integrity of the judicial system and public confidence in it depended on full disclosure of all facts within the framework of the rules of evidence, particularly in criminal matters.

He went on to conclude at p. 673:

Divulgence is all the more important in our day when more open government is sought by the public. It serves to reinforce the faith of the citizen in his governmental institutions. This has important implications for the administration of justice, which is of prime concern to the courts.

The qualified privilege of judges on administrative matters will clearly apply in most situations. However, there are exceptional cases such as this one where the qualified privilege of immunity from testifying must give way; this will occur when it is necessary to reaffirm public confidence in the administration of justice.

To take an extreme example, if an appeal court panel consisted of three judges, all of whom at one time or another had acted as Crown counsel in the prosecution of the appellant, the judicial immunity from testifying should not prevail. In such circumstances a properly constituted and qualified com-

ne peut s'appliquer qu'aux communications entre les juges et d'autres personnes relativement aux fonctions judiciaires officielles comme, par exemple la rédaction et la recherche d'opinions, d'ordonnances et de décisions. [Je souligne.]

Même s'ils portaient sur le privilège du pouvoir exécutif, les propos que le juge La Forest a tenus au nom de la Cour dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, sont pertinents en l'espèce. Voici ce qu'il écrit à la p. 660, au sujet de l'affaire *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974):

La cour a reconnu la nécessité de protéger les communications entre personnes occupant des charges importantes dans le gouvernement. Elle a accordé un certain poids à l'argument relatif à la franchise, mais elle a aussi souligné l'importance de protéger le Président contre tout harcèlement par des *subpœnas* vexatoires et inutiles.

D'un autre côté, la nécessité d'assurer la confidentialité au sein du gouvernement, selon la cour, doit être soupesée par rapport à la reconnaissance historique de la suprématie du droit. L'intégrité du système judiciaire et la confiance du public en celui-ci dépendaient de la divulgation intégrale de tous les faits dans les limites prescrites par les règles de la preuve, particulièrement en matière pénale.

Puis il conclut, à la p. 673:

La divulgation est d'autant plus importante de nos jours que le public revendique un gouvernement plus ouvert. La divulgation sert à renforcer la confiance du citoyen en ses institutions gouvernementales. Cela est lourd de conséquences pour l'administration de la justice qui constitue une préoccupation majeure pour les tribunaux.

Le privilège restreint des juges relativement aux questions administratives s'applique clairement dans la plupart des cas. Il y a cependant des cas exceptionnels comme celui-ci où le privilège restreint qui exempte de l'obligation de témoigner doit céder le pas; cela se produit lorsqu'il est nécessaire de réaffirmer la confiance du public dans l'administration de la justice.

Prenons un exemple extrême. Si le banc d'une cour d'appel était de trois juges ayant tous à un moment ou à un autre agi comme substitut du procureur général dans les poursuites engagées contre l'appelant, l'exemption de témoigner dont jouissent les juges ne devrait pas tenir. Dans ces

mission of inquiry (such as the one involved in this case) should be entitled to pose questions and receive answers as to the basis for the make-up of the appellate panel. An administrative decision such as this, unlike a judgment or reasons for judgment, is not subject to review by appeal procedures. A review of administrative decisions by an appropriate body in cases of apparent abuse will have a salutary effect and ensure continued public confidence in the work of the courts. To paraphrase a well known adage, not only must absolute fairness be exercised in making administrative decisions pertaining to the courts, but the public must be able to perceive that there has been absolute fairness exercised in these decisions.

In this case it is appropriate to review some of the administrative decisions. The wrongful conviction of Marshall of the crime of murder in itself called for a public inquiry. Later the composition of the panel which heard his appeal could have been the subject of public criticism. The lack of any certainty as to what material comprised the record on the appeal was disquieting. Like the wrongful conviction, these last two matters are of grave concern. They can probably be readily and completely answered, but answered they should be.

In my view there is at common law a qualified but not an absolute privilege or immunity that exists for judges which will generally excuse them from testifying as to decisions made in the course of administering the affairs of the court. In exceptional situations such as those that pertain in this case that qualified privilege should not and cannot prevail. In my opinion a judge of the Superior court could determine that the qualified privilege should not apply in this case and compel appearance and testimony as to the administrative decisions. It follows that the Commission, pursuant to ss. 3 or 4 of the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, c. 250, has jurisdiction to compel attendance in order to pose and receive answers to the two questions to which I have referred.

circonstances, une commission d'enquête régulièrement constituée et qualifiée (comme celle en l'espèce) devrait avoir le droit de poser des questions et de recevoir des réponses quant aux motifs de la composition du banc qui a entendu l'appel. Une décision administrative comme celle-là, contrairement à un jugement ou à des motifs de jugement, ne peut être révisée par la voie de procédures d'appel. Le contrôle des décisions administratives par un organisme approprié dans des cas d'abus évidents aura un effet salutaire et assurera le maintien de la confiance du public dans le travail des tribunaux. Pour paraphraser un adage bien connu, non seulement une équité absolue doit-elle être démontrée dans les décisions administratives relatives aux tribunaux, mais le public doit être en mesure de sentir qu'une équité absolue a été démontrée dans ces décisions.

En l'espèce, il convient d'examiner certaines décisions administratives. En soi, la déclaration erronée de culpabilité de Marshall pour le crime de meurtre exige une enquête publique. Plus tard, la composition du banc qui a entendu son appel aurait pu faire l'objet de critiques de la part du public. L'incertitude quant aux documents qui composaient le dossier d'appel est troublante. Tout comme la déclaration erronée de culpabilité, ces deux derniers points soulèvent de graves inquiétudes. On peut probablement y répondre facilement et complètement, mais il faut y répondre.

À mon avis, il existe en *common law* un privilège ou une immunité restreinte mais non absolue dont bénéficient les juges et qui, de façon générale, les exemptera de témoigner quant aux décisions rendues dans le cours de l'administration des affaires de la cour. Dans des circonstances exceptionnelles comme celles qui se présentent en l'espèce, ce privilège restreint ne doit ni ne peut tenir. À mon avis, un juge de cour supérieure peut décider que le privilège restreint ne doit pas s'appliquer en l'espèce et exiger la comparution et le témoignage quant aux décisions administratives. Il s'ensuit que, conformément aux art. 3 et 4 de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 250, la Commission a compétence pour exiger la comparution pour obtenir des réponses aux deux questions que j'ai mentionnées.

McLachlin J. expressly refrained from assessing the constitutionality of s. 3 of the *Public Inquiries Act* as a result of her decision that the testimony of the justices could not be compelled as a matter of statutory construction. My interpretation of the same statute lead me to conclude that there is a limited power within s. 3 to compel the justices to testify on the very narrow issue of the composition of the record and of the panel. As a result, it is not necessary to undertake a detailed examination of the question of whether s. 3, in its limited scope, would violate the constitutional precept of judicial independence. It is sufficient to state that whether it is described as a rule of common law or as a fundamental constitutional norm, the principle of judicial independence is not absolute. As noted earlier, the adjudicative privilege of judicial immunity must be distinguished from the privilege as to the administration of the courts. While the first is absolute, the second is qualified and must give way albeit only in rare and special circumstances such as those which exist in this case. This qualified administrative privilege must be regarded as a necessary qualification to any constitutional expression of the principle of judicial independence. As a result, I would conclude that s. 3 does not violate the constitutional principle of judicial independence.

It is true that in *Valente v. The Queen*, *supra*, Le Dain J. observed at p. 709:

Judicial control over the matters referred to by Howland C.J.O.—assignment of judges, sittings of the court, and court lists—as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions, has generally been considered the essential or minimum requirement for institutional or “collective” independence. See Lederman, “The Independence of the Judiciary” in *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), pp. 9-10; Deschênes, *Masters in their own house*, pp. 81 and 124.

Nonetheless he had earlier stated at p. 689:

Le juge McLachlin s’est expressément abstenue d’évaluer la constitutionnalité de l’art. 3 de la *Public Inquiries Act*, à la suite de sa décision que, sur le plan de l’interprétation des lois, les juges ne pouvaient être contraints à témoigner. Mon interprétation de cette même loi m’amène à conclure que l’art. 3 confère un pouvoir limité de contraindre les juges à témoigner sur la question très restreinte du contenu du dossier et de la composition du banc. En conséquence, il n’est pas nécessaire d’entreprendre un examen détaillé de la question de savoir si l’art. 3, dans sa portée limitée, viole la précepte constitutionnel de l’indépendance judiciaire. Il suffit de dire que peu importe qu’on le qualifie de règle de *common law* ou de norme constitutionnelle fondamentale, le principe de l’indépendance judiciaire n’est pas absolu. Comme nous l’avons déjà vu, le privilège attaché aux décisions que comporte l’immunité judiciaire doit être distingué du privilège attaché à l’administration des tribunaux. Le premier est absolu alors que le second est restreint et doit céder le pas quoique seulement dans des circonstances rares et particulières comme celles qui se présentent en l’espèce. Ce privilège restreint attaché à l’administration doit être perçu comme une restriction nécessaire de toute expression constitutionnelle du principe de l’indépendance judiciaire. Par conséquent, je suis d’avis de conclure que l’art. 3 ne viole pas le principe constitutionnel de l’indépendance judiciaire.

Il est vrai que dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, précité, le juge Le Dain fait observer à la p. 709:

Le contrôle judiciaire sur les questions mentionnées par le juge en chef Howland, savoir l’assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l’allocation de salles d’audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions, a généralement été considéré comme essentiel ou comme une exigence minimale de l’indépendance institutionnelle ou «collective». Voir Lederman, «The Independence of the Judiciary», dans *The Canadian Judiciary* (1976, ed. A. M. Linden), aux pp. 9 et 10; Deschênes, *Maîtres chez eux*, aux pp. 83, 84 et 130.

Néanmoins, il avait affirmé auparavant, à la p. 689:

Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. [Emphasis added.]

The aim and goal of all aspects of judicial independence is to preserve and foster public confidence in the administration of justice. Without public confidence the courts cannot effectively fulfil their role in society. Where as here the public confidence in the administration of justice has been called into question then in the interest of that public confidence which is essential to the functioning of the courts the qualified privilege should give way.

It follows that in the case at bar where public confidence in the administration of justice is at stake, questions as to the composition of the panel and of the record would not violate the constitutional principle of judicial independence. These questions pertain primarily to the manner in which justice was administered in this case, a matter of public concern and they are within the jurisdiction of the province and of the Commission.

Limitation of the Answers Sought

The third area in which the Commission sought to pose questions was put in this form by the Commission counsel:

On May 10, 1983, your letter of transmittal to the Honourable Mark MacGuigan indicated that the judgement of the Court contained "an opinion on the many factors which led to this miscarriage of justice within the judicial system". We would be interested in knowing precisely what these factors were, if in your opinion there was in fact a miscarriage of justice as contemplated by section 613(1)(a)(iii) of the Criminal Code, and whether the judgement is intended to indicate that there was or was not in fact such a miscarriage of justice.

This question should not be answered. It would require a judge to give an answer as to how a conclusion was reached on a matter which formed

Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception... [Je souligne.]

L'indépendance judiciaire, sous tous ses aspects, vise à préserver et à favoriser la confiance du public dans l'administration de la justice. Sans la confiance du public, il est impossible pour les tribunaux de jouer efficacement leur rôle dans la société. Si, comme en l'espèce, la confiance du public dans l'administration de la justice a été mise en doute, alors dans l'intérêt de cette confiance qui est essentielle au fonctionnement des tribunaux, le privilège restreint devrait céder le pas.

Il s'ensuit que, dans la présente affaire où la confiance du public dans l'administration de la justice est en jeu, des questions concernant la composition du banc et le contenu du dossier ne violeraient pas le principe de l'indépendance judiciaire. Ces questions portent avant tout sur la façon dont la justice a été administrée en l'espèce, un sujet d'intérêt public, et elles relèvent de la compétence de la province et de la Commission.

Restriction quant aux réponses demandées

Le troisième sujet sur lequel la Commission désire poser des questions est formulé de la manière suivante par les procureurs de la Commission:

[TRADUCTION] Votre lettre d'accompagnement du 10 mai 1983 adressée à l'honorable Mark MacGuigan indique que le jugement de la cour contenait «une opinion sur les nombreux facteurs qui sont à l'origine de cette erreur judiciaire au sein du système judiciaire». Nous serions intéressés de savoir précisément quels sont ces facteurs, si jamais vous êtes d'avis qu'il y a vraiment eu une erreur judiciaire au sens du sous-al. 613(1)a)(iii) du Code criminel, et si le jugement entend indiquer qu'en fait il y a eu ou il n'y a pas eu d'erreur judiciaire.

On ne devrait pas répondre à cette question. Cela obligerait un juge à expliquer comment on est arrivé à une conclusion sur une question qui faisait

a part of the judgment. It therefore comes within the absolute immunity pertaining to judgments and reasons for judgment. As well, the questions which counsel for Marshall sought to have answered come within the same category and, for the same reason, should not be permitted.

Conclusion

I would therefore grant the appeals to the extent that the answers requested by the Commission as to the composition of the panel and as to the material which comprised the record before the Court of Appeal on the Reference must be given.

Appeals dismissed, WILSON and CORY JJ. dissenting in part.

Solicitors for T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras and Gregory Thomas Evans: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

Solicitors for Donald Marshall, Jr.: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald and Leonard L. Pace: Cox, Downie & Goodfellow, Halifax.

Solicitors for the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitors for the Attorney General of Nova Scotia: Patterson Kitz, Halifax.

partie du jugement. La question relève donc de l'immunité absolue applicable aux jugements et aux motifs de jugement. De même, les questions que l'avocat de Marshall voulait poser relèvent de la même catégorie et, pour la même raison, ne doivent pas être autorisées.

Conclusion

b En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois dans la mesure où doivent être données les réponses demandées par la Commission quant à la composition du banc et quant aux documents qui faisaient partie du dossier devant la Cour d'appel lors du renvoi.

c *Pourvois rejetés, les juges WILSON et CORY sont dissidents en partie.*

Procureurs de T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras et Gregory Thomas Evans: McInnes, Cooper & Robertson, Halifax.

Procureurs de Donald Marshall, fils: Ruby & Edwardh, Toronto.

e *Procureurs de Ian M. MacKeigan, Gordon L. S. Hart, Malachi C. Jones, Angus L. Macdonald et Leonard L. Pace: Cox, Downie & Goodfellow, Halifax.*

f *Procureurs du procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

Procureurs du procureur général de la Nouvelle-Écosse: Patterson Kitz, Halifax.