

**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.

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

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse et Donald Marshall, fils** *Intervenants*

et entre

<sup>c</sup> **Donald Marshall, fils** *Appelant*

c.

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

et

<sup>e</sup> **T. Alexander Hickman, Lawrence A. Poitras et Gregory Thomas Evans** *Intimés*

et

<sup>f</sup> **Le procureur général du Québec et le procureur général de la Nouvelle-Écosse** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MACKEIGAN c. HICKMAN

<sup>g</sup> N<sup>os</sup> 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.

<sup>h</sup> 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 entendraient 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 comparution 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 (dissent 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<sup>c</sup> 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?

a 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.

b 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<sup>e</sup> 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, 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 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 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 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 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. Dans ce dernier cas, je suis entièrement d'accord avec mon collègue pour dire que nous nous trouverions nettement en domaine fédéral. Cela ne signifie pas cependant qu'une commission régulièrement constituée pour enquêter sur l'administration 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