

**United Steelworkers of America, Local 9332** *Appellant (Intervener)*

and

**The Honourable Justice K. Peter Richard, in his capacity as Commissioner under the *Public Inquiries Act* and as a Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act* appointed pursuant to Order in Council No. 92-504, dated the 15th day of May, 1992** *Appellant (Respondent)*

v.

**Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer and Kevin Atherton** *Respondents (Applicants)*

and

**The Attorney General of Nova Scotia, representing Her Majesty the Queen in right of the Province of Nova Scotia** *Respondent (Intervener)*

and

**Westray Families' Group** *Respondent (Intervener)*

and

**Town of Stellarton** *Respondent (Intervener)*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Saskatchewan** *Interveners*

**Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9332** *Appelant (Intervenant)*

et

**L'honorable juge K. Peter Richard, en qualité de commissaire en vertu de la *Public Inquiries Act* et d'enquêteur spécial en vertu de la *Coal Mines Regulation Act* nommé conformément au décret n° 92-504 du 15 mai 1992** *Appelant (Intimé)*

c.

**Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer et Kevin Atherton** *Intimés (Requérants)*

et

**Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, représentant Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Écosse** *Intimé (Intervenant)*

et

**Le groupe des familles de Westray** *Intimé (Intervenant)*

et

**La ville de Stellarton** *Intimée (Intervenante)*

et

**Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de la Saskatchewan** *Intervenants*

INDEXED AS: PHILLIPS v. NOVA SCOTIA (COMMISSION OF INQUIRY INTO THE WESTRAY MINE TRAGEDY)

File No.: 23621.

1994: May 31 and June 1; 1995: May 4.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to fair trial — Provincial commission of inquiry into mining disaster — Commissioner empowered to compel testimony — Mine managers charged with criminal offences relating to disaster — Whether mine managers charged with criminal offences compellable witnesses at the provincial Inquiry — Whether proceeding with the Inquiry's hearings would breach principles of fundamental justice (s. 7) or right to fair trial (s. 11(d)) of the Charter — If so, whether a temporary stay of the public hearings is a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372, s. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73, s. 67(e).*

The Nova Scotia government appointed Richard J. as a Commissioner under the *Public Inquiries Act* to conduct an inquiry into the fatal underground explosion at the Westray Coal Mine and as a special examiner under the *Coal Mines Regulation Act*. Commission staff indexed and summarized all the documents used in their research and provided the indices and summaries to the RCMP who then used these materials to obtain search warrants for the documents in the Commissioner's possession. The RCMP in turn provided the Commissioner with witness statements taken during the police investigation and cooperated with him in the development of a plan to re-enter the mine to gather evidence.

The union was the certified bargaining agent representing surface and underground employees of the Westray Coal Mine and the Westray Families' Group is comprised of relatives of the miners killed in the explosion. Both groups, along with the Attorney General of Nova Scotia, were granted general status to participate

RÉPERTORIÉ: PHILLIPS c. NOUVELLE-ÉCOSSE (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA TRAGÉDIE DE LA MINE WESTRAY)

N° du greffe: 23621.

1994: 31 mai et 1<sup>er</sup> juin; 1995: 4 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit à un procès équitable — Commission d'enquête provinciale sur une tragédie minière — Commissaire habilité à contraindre des personnes à témoigner — Directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles relativement à la tragédie — Les directeurs de la mine accusés d'infractions criminelles peuvent-ils être contraints à témoigner à l'enquête provinciale? — La tenue des audiences de l'enquête violerait-elle les principes de justice fondamentale (art. 7) ou le droit à un procès équitable (art. 11d)) garantis par la Charte? — Dans l'affirmative, la suspension temporaire des audiences publiques est-elle une réparation juste et convenable au sens de l'art. 24(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 13 — Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372, art. 5 — Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73, art. 67e).*

En application de la *Public Inquiries Act*, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a nommé le juge Richard commissaire chargé d'enquêter sur une explosion souterraine ayant fait des victimes à la mine de charbon Westray et enquêteur spécial aux termes de la *Coal Mines Regulation Act*. Le personnel de la commission a répertorié et résumé tous les documents utilisés pour leurs recherches et fourni les répertoires et les résumés à la GRC, qui s'en est servi pour obtenir des mandats de perquisition visant les documents que le commissaire avait en sa possession. La GRC a remis au commissaire les déclarations des témoins prises durant ses enquêtes et a coopéré avec lui dans l'élaboration d'un plan visant à obtenir l'accès à la mine pour rassembler d'autres éléments de preuve.

Le syndicat était accrédité pour représenter les employés de la mine de charbon Westray qui travaillent en surface ou au fond, et le groupe des familles de Westray est composé de parents des mineurs qui ont perdu la vie lors de l'explosion. Ces deux groupes, de même que le procureur général de la Nouvelle-Écosse, se sont vu

in the Westray Mine Public Inquiry. The individual respondents were employed by Westray Coal, a division of Curragh Resources Inc., in managerial and supervisory positions that carried responsibilities under the *Coal Mines Regulation Act*. Breach of these responsibilities could invoke consequences under the *Coal Mines Regulation Act* and the *Occupational Health and Safety Act*. All charges brought against individual respondents for violations of the *Occupational Health and Safety Act* were eventually quashed. Criminal charges of manslaughter and criminal negligence causing death, however, were laid against the respondents Parry and Phillips, along with Curragh Resources Inc. and preferred indictments were laid against all three. The RCMP indicated that no further charges were contemplated.

The individual respondents applied to the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division for a declaration that the Order in Council establishing the Commission was *ultra vires* the province, and that it infringed their rights under ss. 7 (the right to security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice), 8 (the right to be secure against unreasonable search and seizure) and 11(d) (the presumption of innocence and the right to a fair trial) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They also sought an injunction preventing the inquiry from proceeding. The judge at first instance ruled that the terms of the inquiry were *ultra vires* as they encroached upon the federal criminal law power. The appellants, the Attorney General of Nova Scotia, the Westray Families' Group and the Town of Stellarton appealed and the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the declaration and ordered that the Inquiry's public hearings be stayed pending the resolution of the charges against the individual respondents.

Leave to appeal was granted to both the Commissioner and the union, and the appeals, given that both raised substantially the same issues, were treated as one for the purposes of this judgment. The individual respondents were denied leave to cross-appeal on the *vires* of the terms of reference. At issue here were: whether the respondents Parry and Phillips would be compellable witnesses at the Westray Inquiry; whether proceeding with the Inquiry's hearings would breach s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*; and if so, whether a temporary stay of the public hearings is a just and appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Subsequent to the

reconnaître la qualité de participants à l'enquête publique sur la mine Westray. Les individus intimés étaient tous des employés de Westray Coal, division de Curragh Resources Inc., et occupaient des postes de direction ou de surveillance dont les fonctions comportaient certaines responsabilités visées par la *Coal Mines Regulation Act*. Le manquement à ces responsabilités risque d'entraîner des conséquences sous le régime de la *Coal Mines Regulation Act* ou de l'*Occupational Health and Safety Act*. Toutes les accusations portées contre les individus intimés pour des infractions à l'*Occupational Health and Safety Act* ont finalement été annulées. Des accusations d'homicide involontaire coupable et de négligence causant la mort ont toutefois été portées contre les intimés Parry et Phillips et contre Curragh Resources Inc. Des actes d'accusation ont été présentés contre ces trois accusés. La GRC a indiqué qu'elle n'envisageait porter aucune autre accusation.

Les individus intimés ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, de déclarer que le décret créant la commission excédait la compétence de la province et qu'il portait atteinte à leurs droits garantis par les art. 7 (le droit à la sécurité de la personne, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale), 8 (le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives) et l'al. 11d) (la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils ont également sollicité une injonction interdisant la poursuite de l'enquête. Le juge de première instance a statué que le mandat de la commission était inconstitutionnel parce qu'il empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Les appelants, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le groupe des familles de Westray et la ville de Stellarton en ont appelé devant la Cour d'appel qui a fait droit à l'appel, a annulé le jugement déclaratoire et a ordonné la suspension des audiences publiques de l'enquête en attendant la décision sur les accusations portées contre les individus intimés.

Une autorisation de pourvoi a été accordée au commissaire et au syndicat. Comme les deux pourvois portent essentiellement sur les mêmes questions, ils ont été traités comme s'ils ne faisaient qu'un. L'autorisation de former un pourvoi incident sur la question de la constitutionnalité du mandat a été refusée aux individus intimés. Les questions soulevées par le présent pourvoi sont les suivantes: Les intimés Parry et Phillips pourraient-ils être contraints de témoigner à l'enquête Westray? La tenue des audiences de l'enquête publique violerait-elle l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte*? Dans l'affirmative, la suspension temporaire des audiences

hearing of this appeal, the accused mine managers elected trial by judge alone contrary to earlier indications.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The foundation on which the stay of the Westray Inquiry was based has disappeared in that the accused persons elected trial by judge alone and the trial has started. The appeal was argued, however, on the assumption that the criminal trial would be by judge and jury. Nothing in the record supports the view that the anticipated publicity would have any effect on a trial judge so as to support a stay. It is unnecessary and undesirable to decide this case on a basis that has disappeared. This Court should not decide issues that are not necessary to the resolution of an appeal. This is particularly true with respect to constitutional issues, especially where the foundation upon which the proceedings were launched has ceased to exist. Unnecessary constitutional pronouncements may prejudice future cases, the implications of which have not been foreseen. The fact that the case was fully argued is not sufficient to warrant deciding difficult *Charter* issues and laying down guidelines with respect to future public inquiries simply because to do so might be "helpful".

The above applies equally to the issue of compellability. As well, the issue of compellability should not be addressed because it is premature. A new test has emerged (*R. v. S. (R.J.)* and *British Columbia Securities Commission v. Branch*) with respect to compellability and subsequent use protection of compelled testimony. The application of these principles may be affected by the circumstances in which the respondents are compelled. For example, the timing of the compelled testimony might be a material factor in determining the purpose of the compelled testimony.

*Per* Cory, Iacobucci and Major JJ.: The public Inquiry is important to Nova Scotia and all concerned with the mining industry. The compelled testimony of the mine managers is vitally important to this Inquiry. Canadian statutes relating to evidence and the *Charter* have indicated a preference for compelled testimony

publiques serait-elle une réparation juste et convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte*? À la suite de l'audition du présent pourvoi, les directeurs de la mine inculpés ont opté pour un procès devant un juge seul contrairement à ce qu'ils avaient indiqué antérieurement.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Le juge en chef* Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Le fondement de la suspension de l'enquête Westray est disparu depuis que les accusés ont choisi d'être jugés par un juge seul et que le procès a commencé. Toutefois, les parties ont plaidé le pourvoi en présumant que le procès criminel serait instruit par un juge et un jury. Aucun élément au dossier ne permet d'affirmer que la publicité prévue aurait sur un juge de première instance un effet qui justifie la suspension. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de trancher le présent pourvoi sur la base d'un motif qui est disparu. Notre Cour ne devrait pas se prononcer sur des points lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire pour régler le pourvoi. Cela est particulièrement vrai quand il s'agit de questions constitutionnelles, en particulier si le fondement de la procédure qui a été engagée a cessé d'exister. Toute déclaration inutile sur un point de droit constitutionnel risque de causer à des affaires à venir un préjudice dont les conséquences n'ont pas été prévues. Le fait que la question ait été longuement débattue n'est pas suffisant pour justifier la décision de trancher des questions difficiles concernant la *Charte* et d'établir des lignes directrices relatives à la tenue d'enquêtes publiques futures parce que cela pourrait être «utile».

Ce qui précède s'applique aussi à la question de la contraignabilité. De plus, la question de la contraignabilité ne devrait pas être débattue parce qu'elle est prématurée. Un nouveau critère a été énoncé (*R. c. S. (R.J.)* et *British Columbia Securities Commission c. Branch*) à l'égard de la contraignabilité et de la protection contre l'utilisation ultérieure du témoignage fait sous la contrainte. L'application de ces principes peut très bien dépendre des circonstances dans lesquelles les intimés sont contraints. Par exemple, le moment choisi pour contraindre des personnes à témoigner pourrait être un facteur important dans la détermination du but dans lequel ces personnes ont ainsi été contraintes.

*Les juges* Cory, Iacobucci et Major: L'enquête publique est importante pour la province de la Nouvelle-Écosse et pour tous les intéressés dans l'industrie minière. Aux fins de cette enquête, la possibilité de contraindre les directeurs de la mine à témoigner présente une importance primordiale. Les lois canadiennes en

Before relief is granted in order to preserve the right to a fair trial, satisfactory proof of the link between the publicity and its adverse effect must be given.

Assessment of the effect of the publicity on the right to a fair trial must take place in the context of the existing procedures to safeguard the selection of jurors. Further, the nature and extent of the publicity must be considered.

The applicant seeking the ban must establish that there are no alternative means available to prevent the harm the ban seeks to prevent.

The remedy should not extend beyond the minimum relief required to ensure the fair trial of the witness.

In some circumstances proceeding with the public inquiry may so jeopardize the criminal trial of a witness called at the inquiry that it may be stayed or result in important evidence being held to be inadmissible at the criminal trial. In those situations it is the executive branch of government which should make the decision whether to proceed with the public inquiry. That decision should not, except in rare circumstances, be set aside by a court.

If an accused elects trial before a judge alone, then pre-trial publicity will not be a factor to be taken into consideration in assessing the fairness of the trial.

Holding the public hearings prior to or concurrently with the criminal trials would not violate the fair trial rights of the two accused managers. Two exceptions exist. First, the publication of the testimony of the two accused managers could jeopardize their s. 11 fair trial rights before a jury because it could expose potential jurors to testimony that they might never hear at the trial. (Accused persons are not required to testify at trial.) The publication of some or all of this evidence should be banned temporarily. The risk to the fair trial rights of the accused does not warrant the staying of the hearings. Second, the Commissioner's conclusions should not be released until after the completion or stay of the criminal trials because it too could influence the jurors.

The publicity here, while widespread, was objective and dealt primarily with the progress of the Inquiry. Submissions can be made to a court at a later time if the

nocence à un point tel qu'il sera impossible de tenir un procès équitable. Avant d'accorder une réparation pour préserver le droit à un procès équitable, le tribunal doit disposer d'une preuve satisfaisante du lien entre la publicité et son effet préjudiciable.

L'évaluation de l'effet de la publicité sur le droit à un procès équitable doit tenir compte du contexte des garanties existantes que comporte le mode de sélection des jurés. La nature et la portée de la publicité doivent aussi être prises en considération.

Le requérant qui sollicite l'interdiction doit établir qu'il n'existe aucune autre solution permettant de prévenir le préjudice que l'interdiction cherche à prévenir.

La réparation ne doit pas excéder le minimum nécessaire pour garantir un procès équitable au témoin.

Dans certaines circonstances, la tenue d'une enquête publique pourrait compromettre le procès criminel d'un témoin assigné à l'enquête au point d'entraîner l'arrêt des procédures ou d'amener la cour à conclure que des éléments de preuve importants sont inadmissibles. En pareil cas, il appartient au pouvoir exécutif de prendre la décision de tenir une enquête publique. Sauf dans de rares cas, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision prise.

Si un accusé opte pour un procès devant un juge seul, la publicité antérieure au procès ne sera pas un facteur à prendre en considération dans l'appréciation de l'équité du procès.

La tenue des audiences publiques avant le procès des deux directeurs accusés ou simultanément ne violerait pas leur droit à un procès équitable sous réserve de deux exceptions. Premièrement, la publication des témoignages des deux directeurs accusés pourrait mettre en danger le droit à un procès équitable devant jury qui leur est garanti par l'art. 11 parce que les futurs jurés pourraient prendre connaissance de témoignages qu'il ne leur serait jamais donné d'entendre aux procès. (Les accusés ne sont pas tenus de témoigner à leur procès.) La publication d'une partie ou de la totalité de ces éléments de preuve devrait être interdite temporairement. Le risque que le droit des accusés à un procès équitable soit mis en danger ne justifie pas la suspension des audiences. Deuxièmement, les conclusions du commissaire ne devraient pas être publiées avant la fin des procès criminels ou l'arrêt des procédures parce qu'elles pourraient elles aussi influencer les jurés.

Malgré son ampleur, la couverture dont a fait l'objet la présente affaire était objective et traitait principalement du progrès de l'enquête. Les accusés peuvent faire

coupled with later protection for the witness. The Nova Scotia Government has considered and acknowledged the risk it runs with regard to the criminal charges in choosing to proceed with the Inquiry. That decision should not be reversed by the Court. At this time the balance between individual and public rights which must be drawn under s. 7 of the *Charter* favours the public interest in proceeding with the Westray Inquiry and with the hearing of whatever compelled testimony the Commissioner may decide is necessary to perform his allotted task.

Some general principles apply to the problems which may arise from proceeding with both public inquiries and criminal charges against some witnesses to be called at those public inquiries.

Public inquiries often play an important role in satisfying public interest and concern as to the cause of a tragedy, the safety of persons involved in the operation of the institution or industry to be investigated, the nature of the applicable safety regulations, the governmental enforcement of those regulations and procedures, and recommendations for the future safety of the industry or institution.

The right to a fair trial is of fundamental importance and must always be carefully considered in determining whether *Charter* remedies should be granted in order to protect that right.

The importance of public inquiries requires that all persons with relevant evidence to be given will be subject to subpoena and compellable to testify as witnesses.

The rights of those witnesses are generally protected by the provisions of the *Charter*, particularly ss. 11(d), 13, and 7.

Not only will the witness have the right not to have the testimony given used to incriminate him or her, there will also be protection from the use of "derivative evidence" as provided by *R. v. S. (R.J.)*.

Those seeking to have the court ban the publication of evidence have the burden of establishing the necessity of the ban. That is to say they must demonstrate that the effect of publicizing the evidence will be to leave potential jurors irreparably prejudiced or so impair the presumption of innocence that a fair trial is impossible.

matière de preuve et la *Charte* donnent la préférence à la contraignabilité conjuguée à la protection offerte au témoin dans les procédures ultérieures. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a évalué et reconnu le risque au regard des poursuites criminelles que comportait sa décision de tenir une enquête. Notre Cour ne doit pas révoquer cette décision. À ce stade-ci, puisque l'art. 7 commande de soupeser les droits individuels et le bien public, la balance penche en faveur de l'intérêt public dans la poursuite de l'enquête Westray et dans l'obtention par la contrainte des témoignages que le commissaire estime nécessaires pour l'accomplissement de son mandat.

Certains principes généraux sont applicables aux problèmes que pose la tenue à la fois d'une enquête publique et de poursuites criminelles contre certains témoins qui doivent comparaître devant la commission d'enquête.

Les enquêtes publiques jouent souvent un rôle important, parce qu'elles répondent aux attentes et aux préoccupations de la population par rapport à la détermination de la cause d'une tragédie, à la sécurité des travailleurs de l'établissement ou de l'industrie en cause, à la nature de la réglementation et des mesures en matière de sécurité, et à leur application par l'État, ainsi qu'aux recommandations destinées à assurer la sécurité à l'avenir dans l'industrie ou l'établissement.

Le droit à un procès équitable revêt une importance fondamentale et il doit toujours être pris en compte quand il s'agit de décider s'il y a lieu d'accorder une réparation sous le régime de la *Charte* afin de protéger ce droit.

Étant donné l'importance des enquêtes publiques, il est indispensable que toutes les personnes susceptibles de rendre un témoignage pertinent puissent être assignées comme témoins et contraintes de témoigner.

Les droits de ces témoins sont généralement protégés par les dispositions de la *Charte*, en particulier par l'al. 11(d) et par les art. 13 et 7.

Non seulement les témoins ont droit à ce qu'aucun témoignage qu'ils donnent ne soit utilisé pour les incriminer, mais encore ils sont protégés contre l'utilisation de la «preuve dérivée» suivant l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*.

Ceux qui demandent au tribunal d'interdire la publication des témoignages ont la charge de démontrer la nécessité d'une telle ordonnance. C'est-à-dire qu'ils doivent démontrer que la publication de la preuve aura pour effet de porter atteinte de manière irréparable à l'impartialité des futurs jurés ou de miner la présomption d'in-

accused persons suffer more prejudice to their fair trial rights than can reasonably be foreseen now.

The conduct of the commission officials and the RCMP did not amount to unwelcome complicity. Cooperation between different agencies was not only efficient and sensible, but also may have been the only way to proceed with the enormous investigative tasks required. The mere fact that the RCMP received a list of documents from the Inquiry which it later proceeded to seize under a search warrant does not mean that a fair trial is no longer possible. There is no evidence that the police could not have received the same documents directly from the company.

Publication of the testimony of the accused mine managers at the inquiry might be banned in whole or in part since it runs a high risk of prejudicing their *Charter* right to a fair trial before a jury. As well the Commissioner's report should not be released until the accused have a chance to review it and, if so advised, to bring an application to ban its publication until the criminal charges have been disposed of after trial or have been stayed.

Courts should give a generous interpretation to a commissioner's powers to control his or her own proceedings under the Nova Scotia Act. The commissioner must be responsible for ensuring that the hearings are as public as possible yet still maintain the essential rights of the individual witnesses. It is the commissioner who will first determine whether exceptional orders should be issued. The authority to make these orders derives from and relates to the conduct of the inquiry hearings and should be given a reasonable and purposeful interpretation in order to provide commissions of inquiry with the ability to achieve their goals.

*Per* L'Heureux-Dubé J.: For the reasons given in *R. v. S. (R.J.)*, an accused can generally be compelled to testify at a parallel proceeding, although the accused's testimony at such a proceeding cannot then be used to incriminate him or her in other proceedings (except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence). Evidence derived from an accused's testimony at a parallel proceeding ("derivative evidence"), on the other hand, can be used to incriminate the accused in other proceedings. In certain circumstances a witness will be able to claim an exception from the gen-

valoir plus tard devant un tribunal qu'un préjudice plus grave que celui qu'il est raisonnablement possible de prévoir aujourd'hui a été causé à leur droit à un procès équitable.

La conduite des représentants de la commission et de la GRC n'équivalait pas à une collusion déplacée. La coopération entre les divers organismes constituait non seulement un moyen efficace et raisonnable, mais peut-être le seul moyen possible pour mener l'investigation nécessaire. Le simple fait que la GRC ait reçu du commissaire une liste de documents qu'elle a ensuite saisis en vertu d'un mandat de perquisition ne signifie pas qu'il est désormais impossible de tenir un procès équitable. Rien n'indique que la police n'aurait pas pu recevoir les mêmes documents directement de l'entreprise.

La publication de la totalité ou d'une partie des témoignages des directeurs de la mine à l'enquête pourrait être interdite puisqu'il existe un risque grave que leur droit à un procès équitable devant jury garanti par la *Charte* ne soit mis en danger. En outre, le rapport du commissaire ne devrait pas être publié avant que les accusés aient eu la possibilité de l'examiner et, si on leur a conseillé de le faire, de demander que sa publication soit interdite jusqu'à ce que les accusations aient fait l'objet d'une décision après un procès ou d'un arrêt des procédures.

Les tribunaux sont tenus de donner une interprétation libérale aux pouvoirs conférés aux commissaires par la loi néo-écossaise pour la conduite de leurs travaux. Il incombe au commissaire de voir à ce que les audiences soient publiques, dans la mesure du possible, tout en préservant les droits fondamentaux des témoins individuellement. C'est au commissaire qu'il appartient au premier chef de décider s'il convient de rendre une ordonnance exceptionnelle. Son pouvoir à ce titre se rattache à la conduite des audiences de l'enquête et il convient de lui donner une interprétation raisonnable et fondée sur l'objet afin que les commissions d'enquête puissent exécuter leur mandat.

*Le* juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs fournis dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, un accusé peut généralement être contraint de témoigner dans une poursuite parallèle, bien que ce témoignage ne puisse par la suite servir à l'incriminer dans d'autres poursuites (exception faite des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires). Par contre, les éléments de preuve obtenus à partir du témoignage d'un accusé dans une poursuite parallèle (la «preuve dérivée») peuvent servir à l'incriminer dans d'autres poursuites. Dans certaines circonstances, un témoin pourra invoquer une exception à la

eral rule of compellability. Specifically, where the state's action in compelling a witness can be characterized as "fundamentally unfair", such compulsion is inconsistent with the principles of fundamental justice and an application for appropriate relief can be brought under s. 24(1) of the *Charter*. Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against the witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. In such cases, an application for relief under s. 24(1) can be made at two points: (a) when the witness is subpoenaed (the "subpoena stage"); and (b) when the witness is tried (the "trial stage"). At the subpoena stage, if a violation of s. 7 is successfully made out, the appropriate remedy is to quash the subpoena. A challenge at the subpoena stage to the validity of a subpoena is highly speculative and should only succeed in the clearest of cases. At the trial stage, if fundamentally unfair conduct is demonstrated, the court may provide a remedy, pursuant to s. 24(1), which it considers appropriate and just in the circumstances, generally a stay of proceedings.

Here, no one contested the fact that the Inquiry was established for a valid purpose and there was no evidence that the respondent managers would be compelled for a colourable purpose. Accordingly, the respondent managers are properly compellable at the Inquiry. Their testimony at the Inquiry, however, cannot later be used to incriminate them in other proceedings (except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence). Derivative evidence, on the other hand, will be admissible against them in other proceedings, provided its relevance can be independently established. If the state engages in "fundamentally unfair" conduct vis-à-vis the respondent managers at the Inquiry, an application for appropriate relief may be made by the respondent managers at the trial stage.

The only serious threat to the s. 11(d) rights of the respondents Parry and Phillips arises from the possibility that either their testimony at the Inquiry or the Commissioner's conclusions might be published, in whole or in part, before the completion of their trials. Such pre-trial publicity has the potential in some circumstances to prejudice an accused's right to a fair trial to the extent that it concerns information that would not otherwise be admissible against the accused at trial. However, it is not in every case that such prejudice will result. Further-

règle générale de la contraignabilité. Plus particulièrement, s'il est possible de qualifier la conduite de l'État qui contraint un témoin de «fondamentalement inéquitable», cette contrainte est incompatible avec les principes de justice fondamentale et peut donner lieu à une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs urgents et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. Dans de tels cas, il est possible de présenter une demande de réparation en vertu du par. 24(1) à deux moments: a) quand le témoin est assigné («étape du subpoena») et b) au procès du témoin («étape du procès»). Si le témoin établit, à l'étape du subpoena, qu'il y a eu violation de l'art. 7, la réparation qui convient est l'annulation du subpoena. La contestation de la validité d'un subpoena, à cette étape, est de nature hautement conjecturale et ne saurait réussir que dans les cas les plus manifestes. À l'étape du procès, s'il est démontré que la conduite est fondamentalement inéquitable, le tribunal peut, en application du par. 24(1), ordonner la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances; il s'agira de façon générale d'un arrêt des procédures.

En l'espèce, personne n'a mis en doute la validité de l'objectif de l'enquête et aucun élément de preuve n'indique que les directeurs intimés seraient contraints à témoigner dans un but détourné. Par conséquent, les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l'enquête. Toutefois, leur témoignage ne pourra être utilisé ultérieurement pour les incriminer dans d'autres poursuites (exception faite de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires). Par contre, la preuve dérivée pourra être admise contre eux dans d'autres poursuites dans la mesure où sa pertinence peut être établie de façon indépendante. Si, au cours de l'enquête, l'État se conduit de façon «fondamentalement inéquitable» à l'égard des directeurs intimés, ceux-ci pourront, à l'étape du procès, demander la réparation qui convient.

Le droit que garantit l'al. 11(d) aux intimés Parry et Phillips n'est menacé de façon sérieuse que par la possibilité que leur témoignage à l'enquête ou les conclusions du commissaire soient publiés, en totalité ou en partie, avant la fin de leurs procès. Une telle publicité antérieure au procès, dans la mesure où elle porte sur des renseignements qui ne seraient pas autrement admissibles au procès, peut, dans certaines circonstances, porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Toutefois, cette possibilité ne se concrétisera pas dans



more, prejudice arising from pre-trial publicity can only be alleged where an accused is being tried by a judge and jury. If an accused is being tried by judge alone, pre-trial publicity is assumed not to prejudice the right to a fair trial. Since the respondents Parry and Phillips are being tried before a judge alone, no violation of s. 11(d) has been made out. Accordingly, the stay of the public hearings of the Inquiry should be lifted.

The same conclusion would have been reached had the respondents in question maintained their original election of trial by judge and jury. Although an accused who is being tried before a judge and jury may be prejudiced by pre-trial publicity related to a public inquiry, a stay of a public inquiry's proceedings should be issued only in the most extraordinary of circumstances to remedy a potential violation of s. 11(d) of the *Charter*. This is for two reasons. First, the risk of prejudice to an accused's fair trial rights from pre-trial publicity is highly speculative and will be extremely difficult to prove with a sufficient degree of probability to warrant the granting of a remedy. Second, even if the potential violation of s. 11(d) is shown to be sufficiently likely to warrant a remedy, a stay of proceedings would not generally be the appropriate remedy. Instead, it will generally be possible to fashion a remedy short of a stay of proceedings (such as a publication ban or *in camera* hearings) that adequately protects the fair trial rights of the accused. As a rule, there is no one remedy that is necessarily better than another. In fact, there will generally be a number of appropriate remedies from which, if a violation of s. 11(d) is made out, the least intrusive alternative should be selected.

The application for such a remedy should generally be made to the commissioner. The accused, if not satisfied with the decision of the commissioner, can then apply for judicial review. Where the commissioner's powers are limited and an appropriate remedy cannot be provided, the accused can apply to the trial judge or, if no trial judge has yet been appointed, to a judge of the highest court of first instance before which the trial could proceed for an appropriate remedy. While such a judge's jurisdiction to entertain an application by an accused for an appropriate remedy may be broad, the judge should generally refuse to exercise such jurisdiction if the commissioner also has the necessary jurisdiction to provide an appropriate remedy and is in a better position to determine the necessity of a remedy and the

tous les cas. De plus, ce préjudice ne peut être allégué que lorsque le procès a lieu devant juge et jury. La publicité antérieure au procès est réputée ne pas porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable lorsque que celui-ci est jugé par un juge seul. Comme les intimés Parry et Phillips sont jugés par un juge seul, on n'a pas démontré qu'il y avait eu violation de l'al. 11d). Par conséquent, il y a lieu de lever la suspension des audiences publiques de l'enquête.

Cette conclusion n'aurait pas été différente si les intimés s'en étaient tenus à leur choix initial d'être jugés par un juge et un jury. Même si la publicité antérieure au procès associée à la tenue d'une enquête publique peut nuire à un accusé dont le procès a lieu devant un juge et un jury, seules des circonstances très exceptionnelles peuvent justifier la décision d'imposer une suspension des procédures à titre de réparation d'une telle violation potentielle de l'al. 11d) de la *Charte*, et ceci pour deux raisons. Premièrement, le risque d'atteinte au droit à un procès équitable associé à la publicité antérieure au procès est de nature très hypothétique et il sera donc extrêmement difficile de prouver une telle possibilité de violation avec un degré de probabilité suffisant pour justifier l'octroi d'une réparation. Deuxièmement, même si on démontre que la violation de l'al. 11d) est suffisamment probable pour justifier l'octroi d'une réparation, la suspension des procédures ne constituera pas, en général, le redressement qui convient. Au contraire, il sera généralement possible d'élaborer une réparation (telle une interdiction de publication ou la tenue d'audiences à huis clos) qui protégera le droit d'un accusé à un procès équitable sans recourir à la suspension des procédures. Aucune réparation n'est par définition meilleure qu'une autre. De façon générale, il existe un éventail de réparations adéquates parmi lesquelles il y a lieu de choisir la réparation la moins envahissante, s'il est établi que l'al. 11d) a été violé.

La demande de réparation devrait généralement être présentée au commissaire. Si l'accusé n'est pas satisfait de la décision du commissaire, il peut alors présenter une demande de contrôle judiciaire. Lorsque les pouvoirs du commissaire sont limités au point qu'il n'est pas en mesure d'accorder une réparation adéquate à un accusé, celui-ci peut demander réparation en s'adressant au juge du procès ou, si aucun juge n'a encore été désigné, à un juge du plus haut tribunal devant lequel son procès peut être instruit. Même s'ils disposent d'une large compétence pour entendre les demandes présentées par des accusés afin d'obtenir une réparation appropriée, les juges devraient, en général, refuser d'exercer cette compétence, d'une part, si le commissaire a, lui aussi, compétence pour octroyer le redressement et,

form, if any, it should take. Generally, a commissioner will be in a better position than a judge to make such a determination.

Here, had the respondent managers continued with their election for trial before judge and jury, it would have been inappropriate to impose a temporary publication ban with respect to the Commissioner's final report. First, in such circumstances, the risk of prejudice to the fair trial rights of the respondents in question would have been based far too heavily on speculation. Second, the determination of the need for a publication ban, even a temporary one, should generally be made by the Commissioner or the trial judge, not by this Court.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Considered:** *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; **referred to:** *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3

By Cory J.

**Followed:** *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; **considered:** *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, rev'g (1992), 99 D.L.R. (4th) 326; **referred to:** *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Buffalo v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1; *Delaney v. United States*, 199 F.2d 107

d'autre part, s'il est mieux placé pour se prononcer sur le caractère nécessaire de ce redressement et sur la forme qu'il devrait prendre, le cas échéant. En règle générale, le commissaire est la personne la mieux placée pour prendre une telle décision.

En l'espèce, si les directeurs intimés n'étaient pas revenus sur leur choix d'être jugés par un juge et un jury, il y aurait eu lieu d'imposer une interdiction de publication temporaire concernant le rapport final du commissaire. Tout d'abord, dans ces circonstances, le risque d'atteinte au droit des intimés à un procès équitable aurait été effectivement beaucoup trop conjectural. Ensuite, c'est au commissaire ou au juge du procès et non à notre Cour qu'il appartient de déterminer s'il est nécessaire de prononcer une ordonnance de non-publication, même temporaire.

### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt examiné:** *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Cory

**Arrêts suivis:** *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; **arrêts examinés:** *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, inf. (1992), 99 D.L.R. (4th) 326; **arrêts mentionnés:** *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Buffalo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1; *Delaney c. United States*, 199 F.2d 107

(1952); *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Canadian Broadcasting Corp. v. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Stroble v. California*, 343 U.S. 181 (1952); *R. v. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412; *Hubbert v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 267, aff'g (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971; *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *R. v. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191; *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445; *Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494.

By L'Heureux-Dubé J.

**Followed:** *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; **referred to:** *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8, 11(c), (d), 13, 24(1).  
*Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 73, s. 67(e).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 96.  
*Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49.  
*Coroners Act*, R.S.S. 1953, c. 106.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 517, 539.  
 Nova Scotia Order in Council, No. 92-504.  
*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, c. 320.  
*Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, s. 5.  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475.

#### Authors Cited

Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.  
 Blom-Cooper, Sir Louis. "Public Inquiries" (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204.

(1952); *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Canadian Broadcasting Corp. c. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Stroble c. California*, 343 U.S. 181 (1952); *R. c. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412; *Hubbert c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 267, conf. (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971; *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Gannett Co. c. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *R. c. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191; *Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445; *Stickney c. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêt suivi:** *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; **arrêts mentionnés:** *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8, 11c), d), 13, 24(1).  
*Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 73, art. 67e).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 517, 539.  
*Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49.  
*Coroners Act*, R.S.S. 1953, ch. 106.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 96.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.  
 Nouvelle-Écosse, Décret n° 92-504.  
*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 320.  
*Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372, art. 5.  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475.

#### Doctrine citée

Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.  
 Blom-Cooper, Sir Louis. «Public Inquiries» (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204.

- Cameron, James M. *The Pictonian Colliers*. Halifax: Nova Scotia Museum, 1974.
- Cameron, Jamie. «Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter». In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 331.
- Canada. Commission of Inquiry. *Report of Commission of Inquiry: Explosion in No. 26 Colliery, Glace Bay, Nova Scotia, on February 24, 1979*. R. H. Elfstrom, Commissioner. Ottawa: The Commission, 1980.
- Canada. Commission of Inquiry. *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia*. Keith E. Eaton, Commissioner. Halifax: The Commission, 1976.
- Canada, Department of Labour, Mine Safety Office, and Nova Scotia, Department of Mines and Energy. *Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984*.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. *Administrative Law: Commissions of Inquiry*. Ottawa: The Commission, 1977.
- Grange, S. G. M. «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?» In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry* (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151.
- Hoegg Ryan, Judith. *Coal in Our Blood*. Halifax: Formac, 1992.
- Le Dain, Gerald E. «The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System». In Jacob S. Ziegel, ed., *Law and Social Change*. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1973, 79.
- Minow, Newton N., and Fred H. Cate. «Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?» (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Springhill Mine Explosion. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*. Halifax: Queen's Printer, 1957.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Upheaval or Fall in No. 2 Mine, Springhill. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by the Cumberland Railway and Coal Company, on the*
- Cameron, James M. *The Pictonian Colliers*. Halifax: Nova Scotia Museum, 1974.
- Cameron, Jamie. «Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter». In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 331.
- Canada. Commission d'enquête. *Rapport de la commission d'enquête sur l'explosion au charbonnage n° 26 de Glace Bay, Nouvelle-Écosse, le 24 février 1979*. R. H. Elfstrom, commissaire. Ottawa: La Commission, 1980.
- Canada. Commission of Inquiry. *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia*. Keith E. Eaton, Commissioner. Halifax: Thé Commission, 1976.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. *Droit administratif: les commissions d'enquête*. Ottawa: La Commission, 1977.
- Canada, Department of Labour, Mine Safety Office, and Nova Scotia, Department of Mines and Energy. *Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984*.
- Grange, S. G. M. «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?» In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry* (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151.
- Hoegg Ryan, Judith. *Coal in Our Blood*. Halifax: Formac, 1992.
- Le Dain, Gerald E. «The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System». In Jacob S. Ziegel, ed., *Law and Social Change*. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1973, 79.
- Minow, Newton N., and Fred H. Cate. «Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?» (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Springhill Mine Explosion. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*. Halifax: Queen's Printer, 1957.
- Nova Scotia. Royal Commission on the Upheaval or Fall in No. 2 Mine, Springhill. *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by*

1995 CanLII 180 (CSC)

*23rd Day of October, A.D. 1958.* Halifax: Province of Nova Scotia, 1958.  
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries.* Toronto: The Commission, 1992.  
Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 451.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 117 N.S.R. (2d) 218, 100 D.L.R. (4th) 79, allowing an appeal from a judgment of Glube C.J.T.D (1992), 116 N.S.R. (2d) 34. Appeal allowed.

*Raymond F. Larkin, Q.C., Dianne Pothier and David Roberts*, for the appellant United Steelworkers of America.

*John P. Merrick, Q.C.*, for the appellant the Honourable Justice K. Peter Richard.

No one appearing for the respondent Gerald Phillips.

*Robert Wright, Q.C.*, for the respondent Roger Parry.

*Robert L. Barnes*, for the respondents, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer and Kevin Atherton.

*Reinhold Endres and Louise Walsh Poirier*, for the respondent the Attorney General of Nova Scotia.

*Brian J. Hebert*, for the respondent Westray Families' Group.

*Roseanne Skoke*, for the respondent Town of Stellarton.

*Jay L. Naster*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Monique Rousseau and Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*the Cumberland Railway and Coal Company, on the 23rd Day of October, A.D. 1958.* Halifax: Province of Nova Scotia, 1958.  
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries.* Toronto: The Commission, 1992.  
Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle». Dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 505.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 117 N.S.R. (2d) 218, 100 D.L.R. (4th) 79, qui a accueilli un appel formé contre une décision du juge en chef Glube (1992), 116 N.S.R. (2d) 34. Pourvoi accueilli.

*Raymond F. Larkin, c.r., Dianne Pothier et David Roberts*, pour l'appelant les Métallurgistes unis d'Amérique.

*John P. Merrick, c.r.*, pour l'appelant l'honorable juge K. Peter Richard.

Personne n'a comparu pour l'intimé Gerald Phillips.

*Robert Wright, c.r.*, pour l'intimé Roger Parry.

*Robert L. Barnes*, pour les intimés, Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer et Kevin Atherton.

*Reinhold Endres et Louise Walsh Poirier*, pour l'intimé le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Brian J. Hebert*, pour l'intimé le Groupe des familles de Westray.

*Roseanne Skoke*, pour l'intimée la ville de Stellarton.

*Jay L. Naster*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Monique Rousseau et Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Marva J. Smith*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Marva J. Smith*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*George H. Copley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*George H. Copley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ross MacNab*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Ross MacNab*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

1 SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice Cory and agree that this appeal should be allowed, but I would do so on the ground that the foundation upon which the Court of Appeal based the stay of the Westray Inquiry has disappeared in that the respondents Phillips and Parry have elected to be tried by a judge alone and the Crown is proceeding with the trial before a judge alone.

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du juge Cory. Je suis d'avis comme lui d'accueillir le pourvoi, mais pour le motif que le fondement de la suspension de l'enquête Westray prononcée par la Cour d'appel est disparu depuis que les intimés Phillips et Parry ont choisi d'être jugés par un juge seul et que le ministère public a ouvert le procès devant un juge seul.

2 The issues raised in this appeal were the following:

Les questions soulevées dans le présent pourvoi étaient les suivantes:

1. whether the stay of the Westray Inquiry which was ordered by the Court of Appeal should be maintained; and
2. whether the respondents Phillips and Parry are compellable as witnesses at the Inquiry.

1. Y a-t-il lieu de maintenir la suspension de l'enquête Westray ordonnée par la Cour d'appel?
2. Les intimés Phillips et Parry sont-ils des témoins contraignables à l'enquête?

### The Stay of Proceedings

### La suspension des audiences

3 These issues raise constitutional questions relating to ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Ces questions soulèvent des questions constitutionnelles qui touchent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

4 The appeal before the Court of Appeal and in this Court was argued on the assumption that the criminal trial would be tried by a judge and jury. After the argument in this Court the respondents Phillips and Parry elected trial by judge alone. The trial has commenced and the Crown is in the midst of leading evidence. The Court of Appeal decided that Phillips and Parry were not compellable but nevertheless the publicity that would likely be generated by conduct of a public inquiry would result in the infringement of the s. 7 *Charter* rights of the individuals charged by reason of its effect on

Devant la Cour d'appel et notre Cour, les parties ont plaidé le pourvoi en présumant que le procès criminel serait instruit par un juge et un jury. Après les plaidoiries devant notre Cour, les intimés Phillips et Parry ont opté pour un procès devant un juge seul. Ce procès est en cours et le ministère public présente actuellement sa preuve. La Cour d'appel a décidé que Phillips et Parry n'étaient pas contraignables, mais que néanmoins, en raison de son effet sur les jurés, la publicité qui accompagnerait probablement la tenue d'une enquête publique était susceptible de causer une atteinte aux droits

jurors. There is nothing in the record to support the view that the anticipated publicity would have any effect on a trial judge so as to support a stay.

It is, therefore, unnecessary and undesirable to decide this case on a basis that has disappeared. My colleague Justice Cory aptly summarizes the appeal as presented to this Court as follows at p. 160:

On this appeal, the bulk of the argument regarding a potential breach of s. 11(d) dealt with the alleged prejudice the two accused would suffer if the inquiry hearings are held prior to or concurrently with their trials. Although objections were taken to the holding of any public hearings, it is clear that it is not the hearings themselves, but rather the publication of evidence given at those hearings which probably will be read by potential jurors in the subsequent criminal trials which the accused find objectionable. The Court of Appeal did not feel that it would be possible or practical to conduct the hearings with anything short of full and unrestricted publicity. I disagree with this view. Nonetheless, in order to assess the merits of the s. 11(d) claims, it is necessary to consider the effects which unrestricted public hearings would have upon the rights of the two accused to a fair trial by jury.

This Court has said on numerous occasions that it should not decide issues of law that are not necessary to a resolution of an appeal. This is particularly true with respect to constitutional issues and the principle applies with even greater emphasis in circumstances in which the foundation upon which the proceedings were launched has ceased to exist.

In *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605, an issue arose concerning the interpretation of the word "divorce" in the Quebec *Civil Code* and whether an award of alimony should have been made. Another issue which arose concerned the constitutionality of the provincial legislation in terms of division of powers. Pigeon J., for the Court, held at pp. 610-11:

Having come to the conclusion that the word "divorce" in the new art. 212 of the *Civil Code* means a divorce granted by a court and does not refer to a disso-

que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux inculpés. Or, aucun élément au dossier ne permet d'affirmer que la publicité prévue aurait sur un juge un effet qui justifie la suspension.

Il n'est donc pas nécessaire ni souhaitable de trancher le présent pourvoi sur la base d'un motif qui est disparu. Mon collègue le juge Cory, à la p. 160, résume avec justesse le pourvoi dont notre Cour est saisie:

Dans le présent pourvoi, les arguments relatifs à la violation possible de l'al. 11d) portent pour l'essentiel sur le préjudice allégué que subiraient les deux accusés si les audiences de l'enquête avaient lieu avant leur procès ou en même temps que celui-ci. Quoiqu'ils se soient opposés à la tenue de quelque audience publique que ce soit, il est clair que ce n'est pas aux audiences elles-mêmes que les accusés trouvent à redire, mais plutôt à la publication des témoignages faits durant celles-ci, qui seront probablement lus par les futurs jurés appelés à juger les procès criminels. De l'avis de la Cour d'appel, il n'était pas possible ni pratique de tenir les audiences sans publicité intégrale et libre de toute entrave. Je ne partage pas son avis. Néanmoins, pour évaluer le bien-fondé des arguments qui reposent sur l'al. 11d), il est nécessaire de prendre en considération les effets que des audiences publiques libres d'entrave auraient sur le droit des deux accusés à un procès équitable avec jury.

Notre Cour a dit à maintes reprises qu'elle ne devait pas se prononcer sur des points de droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire pour régler un pourvoi. Cela est particulièrement vrai quand il s'agit de questions constitutionnelles et le principe s'applique avec encore plus de force si le fondement de la procédure qui a été engagée a cessé d'exister.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605, la question portait sur l'interprétation du mot «divorce» employé dans le *Code civil* du Québec et sur le versement d'une pension alimentaire. En outre, la constitutionnalité de la loi provinciale sur le plan du partage des pouvoirs était contestée. Au nom de la Cour, le juge Pigeon a conclu aux pp. 610 et 611:

En étant venu à la conclusion qu'au nouvel art. 212 du *Code civil*, le mot «divorce» signifie un divorce prononcé par un tribunal et ne vise pas une dissolution de

lution of marriage granted by private Act, it is unnecessary to consider the other reason, which found favour with some of the judges of the Court of Appeal . . . .

Save in exceptional circumstances, it is not desirable to express an opinion on a question of law which it is not necessary to decide in order to dispose of the case at hand, especially when it is a constitutional question. [Emphasis added.]

8 In *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303, this Court considered the constitutionality of the Manitoba *Retail Sales Tax Act* as it applied to tax Air Canada on overflights through Manitoba air space. Laskin C.J. held that the Act was *ultra vires*. He then stated at p. 320:

In view of this conclusion, I find it unnecessary to deal with the question whether the tax (even on the assumption that it is within the Province) is a direct tax. Although the Court ordered a rehearing with particular reference to this question, I think it preferable to avoid dealing with it, in conformity with the general rule in constitutional cases not to engage issues which do not squarely arise for decision. [Emphasis added.]

9 The policy which dictates restraint in constitutional cases is sound. It is based on the realization that unnecessary constitutional pronouncements may prejudice future cases, the implications of which have not been foreseen. Early in this century, Viscount Haldane in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, at p. 339, stated that the abstract logical definition of the scope of constitutional provisions is not only "impracticable, but is certain, if attempted, to cause embarrassment and possible injustice in future cases".

10 This is a practice that has been generally followed by this Court before and since the *Charter*. In *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, Taschereau J. (as he then was) stated, at p. 915:

mariage prononcée par une loi spéciale, il n'est pas nécessaire d'étudier l'autre motif qui a été retenu par certains juges de la Cour d'appel. . .

Sauf dans des circonstances exceptionnelles, il n'est pas à propos de statuer sur des questions de droit qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour juger le litige, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit d'un problème constitutionnel. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303, notre Cour a examiné la constitutionnalité de la *Retail Sales Tax Act* du Manitoba en ce qui concerne les obligations fiscales d'Air Canada pour les vols qui traversent l'espace aérien au-dessus du territoire manitobain. Le juge en chef Laskin a conclu que la Loi était *ultra vires*. Il a ajouté ceci, à la p. 320:

Compte tenu de cette conclusion, j'estime inutile d'examiner la question de savoir s'il s'agit d'une taxe directe (à supposer qu'elle soit dans les limites de la province). Bien que la Cour ait ordonné une nouvelle audition avec mention particulière de ce point, je crois préférable d'éviter d'en traiter, conformément à la règle générale en matière constitutionnelle de ne pas engager un débat qui n'est pas carrément nécessaire pour en arriver à une décision. [Je souligne.]

La règle de conduite qui dicte la retenue dans les affaires constitutionnelles est sensée. Elle repose sur l'idée que toute déclaration inutile sur un point de droit constitutionnel risque de causer à des affaires à venir un préjudice dont les conséquences n'ont pas été prévues. Au début du siècle, le vicomte Haldane a dit, dans l'arrêt *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330, à la p. 339, que définir logiquement, dans l'abstrait, la portée de dispositions constitutionnelles non seulement était [TRANSDUCTION] «irréalisable, mais encore créerait sans aucun doute des embarras et peut-être une injustice dans les affaires à venir».

C'est la pratique qui a généralement été suivie par notre Cour avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et depuis lors. Dans l'arrêt *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, le juge Taschereau (plus tard Juge en chef) a dit, à la p. 915:



As the present appeal is not a reference, this Court should not, I think, be called upon to answer questions which are not essential for the determination of the case.

In *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, Estey J. stated, at p. 383:

The development of the *Charter*, as it takes its place in our constitutional law, must necessarily be a careful process. Where issues do not compel commentary on these new *Charter* provisions, none should be undertaken.

This practice applies, *a fortiori*, when the substratum on which the case was based ceases to exist. The court is then required to opine on a hypothetical situation and not a real controversy. This engages the doctrine of mootness pursuant to which the court will decline to exercise its discretion to rule on moot questions unless, *inter alia*, there is a pressing issue which will be evasive of review. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. The practice applies notwithstanding that the appeal has been argued on the basis which has disappeared. Accordingly, in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, the Court was advised, in the middle of argument, that the appellant, who was appealing an order enjoining her from having an abortion, had proceeded with an abortion. The Court felt constrained to deal with legal issues with respect to the propriety of granting an injunction in the circumstances. It did so because the nature of the issue was such that it would be difficult or impossible for another woman in the same predicament to obtain a decision of this Court in time. The Court, however, declined to deal with the issue of fetal rights under s. 7 of the *Charter* and stated, at pp. 571-72:

As we have indicated, the Court decided in its discretion to continue the hearing of this appeal although it was moot, in order to resolve the important legal issue raised so that the situation of women in the position in which Ms. Daigle found herself could be clarified. It would, however, be quite a different matter to explore further legal issues which need not be examined in order to achieve that objective. The jurisprudence of this

[TRADUCTION] Comme le présent pourvoi n'est pas un renvoi, notre Cour ne doit pas, à mon avis, répondre à des questions qu'il n'est pas essentiel de trancher pour juger le litige.

Dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, le juge Estey a dit, à la p. 383:

L'évolution de la *Charte* dans notre droit constitutionnel doit nécessairement se faire avec prudence. Lorsque les questions soulevées n'exigent pas de commentaires sur ces nouvelles dispositions de la *Charte*, il vaut mieux ne pas en faire.

Cette pratique s'applique à plus forte raison quand le fondement de la cause a cessé d'exister. En pareil cas, notre Cour doit se prononcer sur une situation hypothétique et non sur un litige réel. Entre alors en jeu la théorie du caractère théorique, en vertu de laquelle un tribunal refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher des questions théoriques, sauf si, entre autres, il s'agit d'une question urgente susceptible de ne jamais être soumise aux tribunaux. Voir l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. La pratique s'applique en dépit du fait que le pourvoi a été plaidé sur le fondement qui n'existe plus. Ainsi, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, notre Cour a appris durant l'audience que l'appelante, qui en appelait d'une ordonnance lui interdisant de se faire avorter, avait obtenu un avortement. La Cour s'est sentie obligée d'examiner les questions juridiques concernant l'opportunité d'accorder une injonction en pareille situation, parce qu'étant donné la nature de la question litigieuse, il serait difficile ou impossible pour une autre femme dans cette situation délicate d'obtenir à temps une décision de notre Cour. La Cour a toutefois refusé de trancher la question du droit du fœtus à la protection de l'art. 7 de la *Charte*, et a dit, aux pp. 571 et 572:

Comme nous l'avons souligné, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de poursuivre l'audition du pourvoi bien qu'il fût devenu théorique, afin de résoudre l'importante question juridique qu'il soulevait et donner ainsi des éclaircissements sur la situation des femmes se trouvant à faire face aux difficultés rencontrées par M<sup>me</sup> Daigle. Ce serait tout autre chose cependant de traiter d'autres questions juridiques qu'il n'est pas

11

1995 CanLII 86 (CSC)

12

Court indicates that unnecessary constitutional pronouncement should be avoided: *Morgentaler (No. 2)*, [[1988] 1 S.C.R. 30], at p. 51; *Borowski*, [[1989] 1 S.C.R. 342]; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), at p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, at p. 915. [Emphasis added.]

nécessaire d'aborder pour atteindre cet objectif. La jurisprudence de notre Cour indique qu'il convient d'éviter en matière constitutionnelle toute déclaration inutile: *Morgentaler (n° 2)*, [[1988] 1 R.C.S. 30], à la p. 51; *Borowski*, [[1989] 1 R.C.S. 342]; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), à la p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, à la p. 915. [Je souligne.]

<sup>13</sup> In *Borowski*, although the appeal was fully argued on the merits in the Court of Appeal and in this Court, it was dismissed on the ground of mootness. I cannot, therefore, agree with my colleague Cory J. that the fact that the case was fully argued in the Nova Scotia Court of Appeal and in this Court is sufficient to warrant deciding difficult *Charter* issues and laying down guidelines with respect to future public inquiries simply because to do so might be "helpful".

Dans l'arrêt *Borowski*, bien que le pourvoi ait été pleinement plaidé au fond devant la Cour d'appel et devant notre Cour, il a été rejeté en raison de son caractère théorique. Je ne saurais donc partager l'avis de mon collègue le juge Cory selon lequel le fait que la question a été longuement débattue devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et devant notre Cour est suffisant pour justifier la décision de trancher des questions difficiles concernant la *Charte* et d'établir des lignes directrices relatives à la tenue d'enquêtes publiques futures parce que cela pourrait être «utile».

### Compellability

### La contraignabilité

<sup>14</sup> The issue of compellability was raised in the court below as one aspect of the prejudice arising from the effect of extreme publicity on a jury trying the criminal charges. Accordingly, what I have said above applies equally to this issue. In addition, however, there are further reasons why this issue should not be addressed. In view of the circumstances to which I have referred above, the issue of compellability is premature. Since the argument of this appeal, this Court has decided the cases of *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3. A new test has emerged with respect to compellability and subsequent use protection of compelled testimony. The application of these principles may very well be affected by the circumstances in which the respondents are compelled. It would be unlikely that the Commissioner would try to compel the respondents Phillips and Parry while the trial is in progress, but if this occurred, for example at a point at which the defence was at a crucial stage in its case, it might be a material factor in determining the purpose of the compelled testimony. On the other hand, if the respondents are sought to be compelled after the

La question de la contraignabilité a été soulevée devant la juridiction inférieure sous l'angle du préjudice découlant de l'effet d'une publicité excessive sur un jury appelé à juger les accusés. Par conséquent, ce que j'ai dit précédemment vaut aussi pour cette question. Toutefois, la décision de ne pas aborder cette question repose aussi sur d'autres motifs. Vu les circonstances que j'ai déjà citées, la question de la contraignabilité est prématurée. Depuis que le présent pourvoi a été débattu, notre Cour a statué sur les pourvois *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3. Un nouveau critère a été énoncé à l'égard de la contraignabilité et de la protection contre l'utilisation ultérieure du témoignage fait sous la contrainte. L'application de ces principes peut très bien dépendre des circonstances dans lesquelles les intimés sont contraints. Il est peu vraisemblable que le commissaire essaie de contraindre les intimés Phillips et Parry pendant que le procès est en cours, mais s'il le faisait, par exemple à une étape cruciale de la présentation de la défense, cela pourrait être un facteur important dans la détermination du but dans lequel ils auraient été ainsi con-

trial is completed, their claim to a privilege against incrimination may be tenuous or non-existent because the case against them will have been resolved by either acquittal or conviction. At the very least the fact that the proceedings which arise out of the subject matter of the testimony of the respondents have been resolved would be a factor in assessing whether the purpose in compelling their testimony at the inquiry is to secure incriminating discovery from them.

Accordingly, I would dispose of the appeal as proposed by Cory J. but on the basis that there is no foundation for a stay of the Westray Inquiry in view of the nature of the criminal proceedings.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises two principal issues. First, this Court must determine whether proceeding with the public inquiry into the Westray Coal Mine explosion (the "Inquiry") and compelling the individual respondents to testify at that Inquiry infringes or is likely to infringe the right to silence or the right against self-incrimination under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of one or more of the individual respondents. Second, this Court must determine whether proceeding with the Inquiry infringes or is likely to infringe the right to a fair trial under s. 11(d) of the *Charter* of one or more of the individual respondents. In addition, if either of these two questions is answered in the affirmative, this Court must determine the appropriate remedy for the apprehended or actual *Charter* breach.

I have read the reasons of my colleague Justice Cory. I agree that the appeal should be allowed and that the stay of the public hearings of the Inquiry should be set aside. However, I do not entirely agree with my colleague's reasons to this effect.

traints. En revanche, si les intimés étaient forcés de témoigner après le procès, leur prétention au privilège contre l'auto-incrimination pourrait être tenue ou inexistante, parce que les charges pesant contre eux auraient donné lieu soit à un acquittement, soit à une déclaration de culpabilité. À tout le moins, le fait que les procédures faisant l'objet de leur témoignage auraient connu leur issue serait un facteur dont le tribunal tiendrait compte pour décider si le but de les contraindre de témoigner à l'enquête était de leur soutirer des éléments de preuve incriminants.

En conséquence, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi comme le propose le juge Cory, mais pour le motif que la suspension de l'enquête Westray ne repose sur aucun fondement, vu la nature des procédures criminelles.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, notre Cour doit déterminer si le fait de mener une enquête publique sur l'explosion survenue dans la mine de charbon Westray (l'«enquête») et de contraindre les individus intimés à y témoigner porte, ou est susceptible de porter, atteinte à leurs droits de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deuxièmement, notre Cour doit déterminer si l'enquête porte, ou est susceptible de porter, atteinte au droit de l'un ou l'autre des individus intimés à un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Si elle répond par l'affirmative à l'une ou l'autre de ces deux questions, notre Cour doit, en outre, décider de la réparation qui convient en cas de violation réelle ou appréhendée de la *Charte*.

J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Cory. Je suis, comme lui, d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la suspension des audiences publiques de l'enquête. Je ne suis cependant pas tout à fait d'accord avec les motifs sur lesquels mon collègue appuie cette conclusion.

## I. Facts and Procedural Background

18 As my colleague Cory J. has set forth the facts and procedural background of this case in his reasons, it is not necessary for me to review them at length. For ease of reference, however, I will briefly summarize the facts and proceedings in this case.

### A. *Facts*

19 On May 9, 1992, an underground explosion occurred at the Westray Coal Mine, resulting in the death of 26 men. In response to this tragedy, the Nova Scotia government established a public inquiry by Order in Council No. 92-504 to

inquire into, report findings, and make recommendations to the Governor in Council and the people of Nova Scotia respecting:

- (a) the occurrence, on Saturday, the 9th day of May, A.D., 1992, which resulted in the loss of life in the Westray Mine at Plymouth, in the County of Pictou;
- (b) whether the occurrence was or was not preventable;
- (c) whether any neglect caused or contributed to the occurrence;
- (d) whether there was any defect in or about the Mine or the modes of working the Mine;
- (e) whether the Mine and its operations were in keeping with the known geological structures or formations in the area;
- (f) whether there was compliance with applicable statutes, regulations, orders, rules, or directions; and
- (g) all other matters related to the establishment and operation of the Mine which the Commissioner considers relevant to the occurrence . . . .

Justice K. Peter Richard (the "Commissioner") was appointed a Commissioner under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, and a Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 73, and charged with conducting the Inquiry.

## I. Les faits et les procédures

Mon collègue le juge Cory a relaté l'historique des faits et des procédures si bien qu'il n'est pas nécessaire que je les reprenne au long. Toutefois, par souci de commodité, je vais les résumer brièvement.

### A. *Les faits*

Le 9 mai 1992, une explosion souterraine se produit dans la mine de charbon Westray, entraînant la mort de 26 hommes. Devant cette tragédie, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse institue une enquête publique habilitant le commissaire, conformément au décret n° 92-504,

[TRADUCTION] à enquêter, à faire rapport de ses conclusions et à présenter des recommandations au gouverneur en conseil et à la population de la Nouvelle-Écosse sur ce qui suit:

- a) les faits survenus le samedi 9 mai 1992 qui ont entraîné des pertes de vie à la mine Westray à Plymouth, comté de Pictou;
- b) si ces faits auraient pu être évités;
- c) si la négligence a pu causer ces faits ou y contribuer;
- d) s'il y avait quelque défaut dans la mine ou dans son mode d'exploitation;
- e) si la mine et son fonctionnement s'accordaient avec les formations ou la structure des couches géologiques connues de la région;
- f) si les lois, règlements, arrêtés, règles ou directives applicables ont été respectés;
- g) toutes autres questions concernant l'établissement et l'exploitation de la mine que le commissaire estime pertinentes par rapport aux faits survenus . . .

Le juge K. Peter Richard (le «commissaire») est nommé commissaire conformément à la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372, et enquêteur spécial sous le régime de la *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 73, et est chargé de mener l'enquête.

The individual respondents (hereinafter collectively referred to as the "respondent managers") were all employed by Westray Coal, a division of Curragh Resources Inc., and held managerial or supervisory positions. On October 5, 1992, the respondents Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones and Robert Parry, along with the mine owner (Curragh Resources Inc.), were charged with a total of 52 violations of the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, c. 320. These charges have all since been stayed.

On April 20, 1993, criminal charges were laid against the respondents Roger Parry and Gerald Phillips, along with Curragh Resources Inc. At the time of these charges, the RCMP indicated that no further charges were contemplated.

When this appeal was heard before us, the trial of Roger Parry and Gerald Phillips had not yet begun. These two respondents had elected or were deemed to have elected, however, to be tried before a judge and jury. Since then, they have changed their election and their trial has now begun before a judge alone at the Supreme Court of Nova Scotia.

#### B. *Proceedings*

On September 24, 1992, the respondent managers applied to the Supreme Court of Nova Scotia, Trial Division for a declaration that the Order in Council establishing the Inquiry was *ultra vires* the province and that it infringed their rights under the *Charter*. They also applied for an injunction to prevent the Inquiry from proceeding.

Glube C.J.T.D. of the Supreme Court of Nova Scotia heard the respondent managers' application and concluded ((1992), 116 N.S.R. (2d) 34) that the Order in Council was in fact *ultra vires* the provincial government. Glube C.J.T.D. therefore did not rule on the *Charter* arguments, dismissing them as moot.

Les individus intimés (ci-après appelés les «directeurs intimés») étaient tous des employés de Westray Coal, division de Curragh Resources Inc., et occupaient des postes de direction ou de surveillance. Le 5 octobre 1992, les intimés Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones et Robert Parry, de même que la propriétaire de la mine (Curragh Resources Inc.), sont inculpés de 52 infractions à l'*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 320. Ces poursuites ont toutes été arrêtées depuis.

Le 20 avril 1993, des accusations criminelles sont portées contre les intimés Roger Parry et Gerald Phillips et contre Curragh Resources Inc. Au moment du dépôt des actes d'accusation, la GRC annonce qu'elle n'envisage porter aucune autre accusation.

Lorsque notre Cour a entendu cet appel, le procès de Roger Parry et de Gerald Phillips n'avait pas encore débuté. Ces derniers avaient cependant choisi d'être jugés par un juge et un jury ou étaient réputés avoir fait un tel choix. Ils ont depuis changé d'avis et leur procès s'est ouvert devant un juge seul siégeant à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

#### B. *Les procédures*

Le 24 septembre 1992, les directeurs intimés ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, de déclarer, d'une part, que le décret en vertu duquel l'enquête a été instituée excédait la compétence de la province et, d'autre part, qu'il violait leurs droits garantis par la *Charte*. Ils ont également cherché à obtenir une injonction afin d'empêcher la tenue de l'enquête.

Le juge en chef Glube de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, a procédé à l'audition de la requête des directeurs intimés et a conclu ((1992), 116 N.S.R. (2d) 34) que le décret était *ultra vires* du gouvernement provincial. Elle ne s'est donc pas prononcée sur les arguments relatifs à la *Charte* et les a rejetés pour le motif qu'ils étaient devenus théoriques.

20

21

22

23

24

25

The appellants appealed to the Nova Scotia Court of Appeal ((1993), 117 N.S.R. (2d) 218). The respondent managers filed a notice of contention with respect to the alleged violation of the *Charter*. On January 13, 1993, the Court of Appeal overturned Glube C.J.T.D.'s finding that the Order in Council was *ultra vires*. However, the Court of Appeal also found that to proceed with the Inquiry would infringe or pose a threat to the s. 7 and s. 11(d) *Charter* rights of those respondent managers charged with offences arising out of the events of the explosion. The Court of Appeal, therefore, ordered that the public hearings of the Inquiry be stayed until the completion of the trials of charges under the *Occupational Health and Safety Act*, as well as of any criminal charges. In addition, the Court of Appeal noted, at p. 240, that, according to the *Charter*, the respondent managers could not "be compelled to testify before Justice Richard respecting their involvement in the operation of the Mine in the period leading up to the explosion so long as the charges against them under the *Occupational Health and Safety Act* [were] alive and the criminal investigation . . . ongoing".

26

It is from this decision that the appellants appeal to this Court. This appeal only concerns the *Charter* issue since the respondent managers were denied leave to cross-appeal on the issue of whether the Order in Council setting out the terms of reference of the Inquiry was *ultra vires* the province.

## II. Analysis

### A. Section 7

27

This question concerns whether or not the respondent managers can be compelled to testify at the Inquiry and whether or not compelling them to do so is consistent, to the extent that they are or may be charged with criminal or other offences arising out of the explosion at the Westray Mine, with s. 7 of the *Charter*. In answering this question, my colleague Cory J. relies on both Iacobucci J.'s reasons in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and Sopinka and Iacobucci JJ.'s joint reasons in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, and concludes that the

Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ((1993), 117 N.S.R. (2d) 218). Les directeurs intimés ont déposé un avis de contestation relativement à la violation alléguée de la *Charte*. Le 13 janvier 1993, la Cour d'appel a infirmé le jugement du juge en chef Glube selon lequel le décret était *ultra vires*. Toutefois, elle a conclu que l'enquête porterait atteinte ou risquerait de porter atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et par l'al. 11d) aux directeurs intimés inculpés d'infractions par suite de l'explosion. La Cour d'appel a donc ordonné la suspension des audiences publiques de l'enquête jusqu'à la fin des procès concernant les infractions à l'*Occupational Health and Safety Act* ou toute accusation criminelle. De plus, elle a indiqué, à la p. 240, qu'il est interdit par la *Charte* de contraindre les directeurs intimés [TRADUCTION] «à témoigner devant le juge Richard au sujet de leur participation à l'exploitation de la mine durant la période qui a précédé l'explosion, tant que les accusations portées contre eux en vertu de l'*Occupational Health and Safety Act* sont en instance et que l'enquête criminelle est en cours».

C'est de cette décision que les appelants ont interjeté appel devant notre Cour. Ce pourvoi ne concerne que la question relative à la *Charte*, puisque l'autorisation de former un pourvoi incident sur la question de la constitutionnalité du décret énonçant le mandat de l'enquête a été refusée.

## II. Analyse

### A. L'article 7

Il s'agit de déterminer si les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l'enquête et si leur témoignage ainsi obtenu est conforme à l'art. 7 de la *Charte*, dans la mesure où ils sont ou peuvent être inculpés d'infractions criminelles ou d'autres infractions par suite de l'explosion dans la mine Westray. Afin de répondre à cette question, mon collègue le juge Cory s'appuie sur les motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et sur les motifs conjoints des juges Sopinka et Iacobucci dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*,

respondent managers can be compelled to testify at the Inquiry. While I agree that the respondent managers are compellable, I do not share Cory J.'s reasons to this effect. Instead, I refer to my concurring reasons in *S. (R.J.)* which dealt with a similar issue.

The main issue in *S. (R.J.)* concerned whether a person, charged separately with an offence, could be compelled to testify as a witness in the criminal trial of another person charged with an offence arising out of the same set of circumstances. Iacobucci J. adopted a broad interpretation of the principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Charter* which led him to conclude that while an accused could, as a general rule, be compelled to testify at such a parallel proceeding, neither the resulting testimony nor a class of evidence derived from that testimony ("derivative evidence") could later be used to incriminate the accused in other proceedings (save for proceedings in respect of perjury or for the giving of contradictory evidence). I agreed with my colleague that an accused could generally be compelled to testify at a parallel proceeding and that the resulting testimony could not later be used to incriminate the accused in other proceedings. However, having adopted a narrower view of the principle against self-incrimination, encompassing only self-incrimination that is communicative in character, I found, at pp. 599-600, that derivative evidence could be used to incriminate the accused in other proceedings:

... the "but for" test [derivative evidence immunity test] advocated by Iacobucci J. is potentially over-inclusive as a test for the self-incriminatory nature of evidence. Both the common law and the *Charter* draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused's guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communications. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to

[1995] 2 R.C.S. 3, et il conclut que les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l'enquête. Bien que je sois d'accord avec cette conclusion du juge Cory, je ne peux souscrire à ses motifs. Je me reporte plutôt aux motifs concordants que j'ai formulés dans l'arrêt *S. (R.J.)*, lequel traitait d'une question similaire.

Il s'agissait principalement, dans cette affaire, de déterminer si une personne inculpée séparément pouvait être contrainte à témoigner au procès criminel d'une autre personne inculpée d'une infraction résultant des mêmes circonstances. Le juge Iacobucci, adoptant une interprétation large du principe interdisant l'auto-incrimination prévu à l'art. 7 de la *Charte*, a conclu que bien qu'un accusé puisse, en règle générale, être contraint à témoigner au cours d'une telle poursuite parallèle, ni le témoignage qui en découle ni les éléments de preuve obtenus à partir de ce témoignage (la «preuve dérivée») ne pouvaient, par la suite, servir à l'incriminer dans d'autres poursuites (exception faite des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires). J'ai souscrit à l'opinion de mon collègue voulant qu'un accusé puisse généralement être contraint de témoigner dans une poursuite parallèle et que le témoignage alors rendu ne puisse par la suite servir à l'incriminer dans d'autres poursuites. Toutefois, comme j'ai adopté une interprétation plus restrictive du principe interdisant l'auto-incrimination suivant laquelle l'interdiction ne porte que sur l'auto-incrimination de nature communicative, j'ai conclu, aux pp. 599 et 600, que la preuve dérivée pouvait être utilisée pour incriminer l'accusé dans une autre poursuite:

... le critère du «n'eût été» [immunité contre la preuve dérivée] préconisé par le juge Iacobucci risque d'avoir une portée excessive en tant que critère du caractère auto-incriminant de la preuve. Tant la common law que la *Charte* font une distinction fondamentale entre une preuve incriminante et une preuve auto-incriminante: la première est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé, alors que la deuxième est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. Le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, qui est fondamental pour la justice, nécessite une protection contre l'utilisation de témoignages donnés sous la contrainte qui tendent à établir la culpabilité de l'accusé à partir de la

establish the accused's guilt on the basis of the latter grounds, but not the former. [Emphasis in original.]

deuxième catégorie et non de la première. [Souligné dans l'original.]

29 As well, in *S. (R.J.)*, I articulated a test based on the principle of fundamental fairness included in s. 7 of the *Charter* whereby, in exceptional circumstances, a witness could claim an exception from the general rule of compellability. Specifically, I stated at pp. 608-9 that:

En outre, dans *S. (R.J.)*, j'ai formulé un critère reposant sur le principe de justice fondamentale énoncé à l'art. 7 de la *Charte*, en vertu duquel un témoin pourrait, dans des circonstances extraordinaires, invoquer une exception à la règle générale de la contraignabilité. Plus précisément, j'ai indiqué ceci, aux pp. 608 et 609:

A witness may be entitled to claim an exception under s. 7 from the principle that the state is entitled to every person's evidence if it is established that the Crown is engaging in fundamentally unfair conduct. Attempts to by-pass the procedural safeguards that are intrinsic to the notions of dignity and individual liberty contained in the *Charter* and to our conception of fundamental trial fairness are fundamentally unfair conduct that violates the principles of fundamental justice. . . .

Un témoin peut être en droit de revendiquer, en vertu de l'art. 7, une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de quiconque s'il est établi que le ministère public adopte une conduite fondamentalement inéquitable. Les tentatives de contournement des garanties procédurales, qui sont intrinsèques aux notions de dignité et liberté de la personne dans la *Charte* et à notre conception de l'équité fondamentale du procès, constituent une conduite fondamentalement inéquitable qui viole les principes de justice fondamentale. . . .

Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. The Crown will be predominantly advancing its case against the accused when, by calling the witness, it is engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the accused and, at the same time, is not materially advancing its own valid purposes. Such action would bypass the safeguards to the dignity of the individual under the *Charter* and fundamentally undermine the integrity of the judicial system. The principles of fundamental justice under s. 7 do not allow the state to have a general power of interrogation, that is, to permit the state to pass a law requiring all suspected persons to answer pre-trial questions, even if such a law prevented later use of those statements at trial. [Emphasis added.]

La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. Le ministère public poursuit principalement la constitution de sa preuve contre le témoin lorsque, en assignant ce témoin, il tente de façon détournée à obtenir de lui des renseignements et, en même temps, ne poursuit pas substantiellement ses propres objectifs valides. Cette conduite fait fi des garanties de la *Charte* relatives à la dignité de la personne et porte fondamentalement atteinte à l'intégrité du système judiciaire. Les principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 n'autorisent pas l'État à avoir un pouvoir général d'interrogation, c'est-à-dire, n'autorisent pas l'État à adopter une loi obligeant tous les suspects à répondre à des questions antérieurement au procès, même si cette loi interdisait l'utilisation ultérieure de ces déclarations au procès. [Je souligne.]

Accordingly, I found that if the state's actions in compelling a witness could be characterized as fundamentally unfair, as that term is defined above, compelling the witness to testify would be inconsistent with the principles of fundamental justice and an application for appropriate relief could be brought under s. 24(1) of the *Charter*. Such an application could be made, as I noted in *S. (R.J.)*, at two points: (a) when the witness is sub-

J'ai donc conclu que, s'il est possible de qualifier la conduite de l'État qui contraint un témoin de fondamentalement inéquitable, de la manière définie ci-dessus, cette contrainte serait incompatible avec les principes de justice fondamentale et pourrait donner lieu à une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Il serait possible de présenter une telle demande à deux stades, comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *S. (R.J.)*:



poenaed (the “subpoena stage”); and (b) when the witness is tried (the “trial stage”). At the subpoena stage, if a violation of s. 7 is successfully made out, the appropriate remedy is to quash the subpoena. However, as I noted in *S. (R.J.)*, at pp. 610-11, a challenge at the subpoena stage to the validity of a subpoena is highly speculative and should only succeed in the clearest of cases:

As a practical matter, fundamentally unfair conduct may be quite difficult to establish at the subpoena stage, since the Crown’s real purpose may not be apparent at that point. Information that may establish this violation, such as particular colourable lines of questioning by the Crown at the accused’s trial, will only become available and properly appreciable at the trial stage.

Consequently, I emphasized at p. 612 that a compelled witness must also be permitted to allege a violation of s. 7 of the *Charter* at the trial stage:

At the trial stage, the court will essentially be asking itself whether, if what is now known had been known at the time the state sought to compel the witness, an exception would have been made to the general rule of compellability and the subpoena would have been quashed.

If fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 of the *Charter* is demonstrated at the trial stage, the court may provide a remedy, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, which it considers appropriate and just in the circumstances, generally a stay of proceedings.

Applying these considerations to the present case, I note that nobody contested the fact that the Inquiry was established for a valid purpose. Furthermore, I note that there is no evidence that the respondent managers are being compelled for a colourable purpose. Consequently, I conclude that the respondent managers are compellable at the Inquiry and that this is fully consistent with the *Charter*. Their testimony at the Inquiry, however, cannot later be used to incriminate them in other

a) quand le témoin est assigné («étape du subpoena») et b) au procès du témoin («étape du procès»). Si le témoin établit, à l’étape du subpoena, qu’il y a eu violation de l’art. 7, la réparation qui convient est l’annulation du subpoena. Comme je l’ai signalé dans l’arrêt *S. (R.J.)*, aux pp. 610 et 611, la contestation de la validité d’un subpoena, à cette étape, est de nature hautement conjecturale et ne saurait réussir que dans les cas les plus manifestes:

Du point de vue pratique, il peut être assez difficile d’établir la conduite fondamentalement inéquitable à l’étape du subpoena, puisque le but réellement poursuivi par le ministère public peut ne pas être évident à ce moment. Certains renseignements qui permettraient de démontrer cette violation, tel un mode particulier d’interrogation détournée lors du procès de l’accusé, ne seront pas disponibles et ne pourront être correctement appréciés qu’à l’étape du procès du témoin.

Par conséquent, j’ai souligné, à la p. 612, le fait qu’un témoin contraint à témoigner doit avoir la possibilité d’alléguer, à l’étape du procès, qu’il y a eu violation de l’art. 7 de la *Charte*:

À l’étape du procès du témoin, le tribunal se posera essentiellement la question suivante: si ce que l’on sait maintenant avait été connu au moment où l’État cherchait à contraindre le témoin, une exception aurait-elle été faite à la règle générale de contraignabilité et le subpoena aurait-il été annulé?

S’il est démontré, à l’étape du procès du témoin, que la conduite du ministère public est fondamentalement inéquitable et contraire à l’art. 7 de la *Charte*, le tribunal peut, en application du par. 24(1), ordonner la réparation qu’il estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Il s’agira, de façon générale, d’un arrêt des procédures.

Applicant ces principes à la présente affaire, je note que personne n’a mis en doute la validité de l’objectif de l’enquête. Je constate, en outre, qu’aucun élément de preuve n’indique que les directeurs intimés soient contraints à témoigner dans un but détourné. Par conséquent, je conclus que les directeurs intimés peuvent être contraints à témoigner à l’enquête et que ceci est tout à fait conforme à la *Charte*. Leur témoignage, toutefois, ne pourra être utilisé ultérieurement pour les incrimi-

proceedings (except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence), given that they will enjoy the protection of s. 13 of the *Charter*. Derivative evidence, on the other hand, will be admissible against them in other proceedings, provided its relevance can be independently established. This, of course, is subject to the added proviso that if the state engages in “fundamentally unfair” conduct, as that term is defined above, vis-à-vis the respondent managers at the Inquiry, an application for appropriate relief could be made by the respondent managers at the trial stage.

### B. Section 11(d)

31 The respondent managers also argue that proceeding with the Inquiry would likely infringe their s. 11(d) *Charter* right to a fair trial. As my colleague Cory J. notes, the bulk of the argument concerning this issue relates to the alleged prejudice the two respondents Roger Parry and Gerald Phillips (who face active criminal charges as a result of the Westray explosion) would suffer if the Inquiry hearings were held prior to or concurrently with their trials.

32 While these two respondents contend that they would suffer several general types of unfairness if the Inquiry were held prior to or concurrently with their trials, in my view the only serious threat to their s. 11(d) rights arises from the possibility that either their testimony at the Inquiry or the Commissioner’s conclusions might be published, in whole or in part, before the completion of their trials. While such pre-trial publicity has the potential in some circumstances to prejudice an accused’s right to a fair trial to the extent that it concerns information that would not otherwise be admissible against him or her at trial, it is not in every case that such prejudice will result. In fact, assessing the potential prejudicial impact of pre-trial publicity is highly speculative. Furthermore, prejudice arising from pre-trial publicity can only be alleged where an accused is being tried by a judge and jury. If an accused is being tried by

miner dans d’autres poursuites (exception faite des poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires), puisqu’ils bénéficieront de la protection prévue à l’art. 13 de la *Charte*. La preuve dérivée, par contre, pourra être admise contre eux dans d’autres poursuites dans la mesure où sa pertinence peut être établie de façon indépendante. Il faut ajouter, évidemment, la réserve supplémentaire voulant que si, au cours de l’enquête, l’État se conduit de façon «fondamentalement inéquitable» (suivant la définition donnée plus haut à cette expression) à l’égard des directeurs intimés, ceux-ci pourront, à l’étape du procès, demander la réparation qui convient.

### B. L’alinéa 11d)

Les directeurs intimés ont également fait valoir que la poursuite de l’enquête est susceptible de porter atteinte à leur droit à un procès équitable garanti par l’al. 11d) de la *Charte*. Comme le souligne mon collègue le juge Cory, les arguments relatifs à cette question portent essentiellement sur le préjudice allégué que subiraient les deux intimés Roger Parry et Gerald Phillips (lesquels doivent répondre à des accusations criminelles par suite de l’explosion dans la mine Westray) si les audiences de l’enquête avaient lieu avant leurs procès ou en même temps.

Bien que ces deux intimés prétendent qu’ils seraient victimes d’injustices de plusieurs types si l’enquête avait lieu avant leurs procès ou en même temps, je suis d’avis que le droit que leur garantit l’al. 11d) n’est menacé de façon sérieuse que par la possibilité que leur témoignage à l’enquête ou les conclusions du commissaire soient publiés, en totalité ou en partie, avant la fin de leurs procès. Une telle publicité antérieure au procès, dans la mesure où elle porte sur des renseignements qui ne seraient pas autrement admissibles au procès, peut, dans certaines circonstances, porter atteinte au droit à un procès équitable. Cela dit, cette possibilité ne se concrétisera pas dans tous les cas. En fait, l’évaluation des effets potentiellement préjudiciables de la publicité antérieure au procès est une démarche hautement conjecturale. De plus, ce préjudice ne peut être allégué que lorsque le procès a lieu devant juge et jury. La publicité antérieure au

judge alone, pre-trial publicity is assumed not to prejudice his or her right to a fair trial. As my colleague Cory J. notes in his reasons at p. 172:

... it must be assumed that a trial judge trained to be objective and well-versed in the legal burden resting upon the prosecution can readily disabuse him- or herself of the prejudicial effects of pre-trial publicity.

In the case before us, counsel proceeded on the assumption that Roger Parry and Gerald Phillips would be tried before a judge and jury. This was reasonable in light of the fact that, at the time, both these respondents had elected or had been deemed to have elected to be so tried. However, since then, these respondents have changed their original elections and have chosen to be tried before a judge alone. In fact, as I noted earlier, their trial before a judge alone has already begun at the Supreme Court of Nova Scotia. In light of this fact, it appears clear that proceeding with the Inquiry could not possibly prejudice their right to a fair trial. Consequently, I find that no violation of s. 11(d) has been made out by the respondent managers and conclude that the stay of the public hearings of the Inquiry should be lifted.

While I reach this conclusion based on the fact that Roger Parry and Gerald Phillips are being tried before a judge alone, I note that even if they had not changed their original elections to be tried by a judge and jury I would have still reached the same conclusion. In my view, although an accused who is being tried before a judge and jury may be prejudiced by pre-trial publicity related to a public inquiry, it is only in the most extraordinary of circumstances that a stay of a public inquiry's proceedings should be issued to remedy such a potential violation of s. 11(d) of the *Charter*. This is for two reasons. First, the risk of prejudice to an accused's fair trial rights from pre-trial publicity is highly speculative. Consequently, it will be extremely difficult to prove such a prospective violation of s. 11(d) of the *Charter* with a sufficient degree of probability to warrant the granting of a remedy. Second, even if the potential violation of s. 11(d) is shown to be sufficiently likely to war-

procès est réputée ne pas porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable lorsque celui-ci est jugé par un judge seul. Comme le précise mon collègue le juge Cory dans ses motifs à la p. 172:

... il faut présumer que le juge du procès, qui est, de par sa formation, objectif et averti que la charge de persuasion retombe sur l'accusation, peut facilement écarter de son esprit les effets préjudiciables de la publicité antérieure au procès.

La présente affaire a procédé en présumant que le procès de Roger Parry et de Gerald Phillips allait se dérouler devant judge et jury. Cette hypothèse se défendait du fait qu'à cette époque les deux intimés avaient choisi cette forme de procès ou étaient réputés l'avoir choisie. Toutefois, ils ont depuis changé d'avis et opté pour un procès devant un judge seul. En fait, comme je l'ai mentionné, leur procès est déjà commencé devant un judge seul de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Il est donc évident que la poursuite de l'enquête ne pourrait d'aucune façon porter atteinte à leur droit à un procès équitable. Par conséquent, j'estime que les directeurs intimés n'ont pas démontré qu'il y avait eu violation de l'al. 11(d), et je conclus qu'il y a lieu de lever la suspension des audiences publiques de l'enquête.

Bien que ma conclusion repose sur le fait que Roger Parry et Gerald Phillips subissent leurs procès devant un judge seul, je tiens à signaler qu'elle n'aurait pas été différente s'ils s'en étaient tenus à leur choix initial d'être jugés par un judge et un jury. Selon moi, même si la publicité antérieure au procès associée à la tenue d'une enquête publique peut nuire à un accusé dont le procès a lieu devant un judge et un jury, seules des circonstances très exceptionnelles peuvent justifier la décision d'imposer une suspension des procédures à titre de réparation d'une telle violation potentielle de l'al. 11(d) de la *Charte* et ceci pour deux raisons. Premièrement, le risque de préjudice au droit à un procès équitable associé à la publicité antérieure au procès est de nature très hypothétique. Il sera donc extrêmement difficile de prouver une telle possibilité de violation de l'al. 11(d) de la *Charte* avec un degré de probabilité suffisant pour justifier l'octroi d'une réparation. Deuxièmement, même si un

rant a remedy, a stay of proceedings would not generally be the appropriate remedy.

accusé démontre que la violation de l'al. 11*d*) est suffisamment probable pour justifier l'octroi d'une réparation, la suspension des procédures ne constituera pas, en général, le redressement qui convient.

35

Where an accused person demonstrates with sufficient probability that his or her s. 11(*d*) rights are threatened by pre-trial publicity related to a public inquiry, it will generally be possible to fashion a remedy short of a stay of proceedings that adequately protects the fair trial rights of that accused. I do not wish to limit the creativity of judges and commissioners in developing such remedies by establishing an exhaustive list of appropriate remedies. However, as examples of appropriate remedies, I note that if, for instance, pre-trial publicity of an accused's testimony before a public inquiry is likely to prejudice his or her fair trial rights, it might be appropriate to order a publication ban, order *in camera* hearings, postpone that person's testimony before the inquiry to a later date, or provide some other measure that effectively restricts the public dissemination of details of his or her testimony before the completion of his or her trial. As a rule, there is no one remedy that is necessarily better than another. Instead, there will generally be a number of appropriate remedies from which, if a violation of s. 11(*d*) is made out, the least intrusive alternative should be selected.

Lorsqu'un accusé établit avec une probabilité suffisante que la publicité antérieure au procès découlant d'une enquête publique menace le droit que lui garantit l'al. 11*d*), il sera généralement possible d'élaborer une réparation qui protégera ce droit sans recourir à la suspension des procédures. Je ne veux pas limiter la créativité des juges et des commissaires dans l'élaboration de telles réparations en dressant ici une liste exhaustive de réparations appropriées. Je pourrais cependant mentionner, à titre d'exemple, que si la publicité antérieure au procès liée au témoignage d'un accusé au cours d'une enquête publique est susceptible de porter atteinte à son droit à un procès équitable, il pourrait être approprié d'ordonner une interdiction de publication ou la tenue d'audiences à huis clos, de reporter le témoignage à l'enquête à une date ultérieure ou d'imposer une autre mesure qui limiterait efficacement la diffusion publique des détails du témoignage jusqu'à la fin du procès. Aucune réparation n'est par définition meilleure qu'une autre. De façon générale, il existe un éventail de réparations adéquates parmi lesquelles il y a lieu de choisir la réparation la moins envahissante, s'il est établi que l'al. 11*d*) a été violé.

36

In this respect, I feel it necessary to comment briefly on the appropriate forum in which an accused should seek such a remedy. Without outlining any procedures too strictly, I note that an application for a remedy should generally be made to the commissioner of the public inquiry in question. It is, in my view, the commissioner who is generally in the best position to determine whether or not there is a serious threat to an accused's s. 11(*d*) rights from pre-trial publicity related to the inquiry and, if so, what the appropriate remedy should be. If the accused is not satisfied with the decision of the commissioner, he or she can apply for judicial review of the commissioner's decision according to normal principles of administrative law (see, for example, *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979]

À cet égard, j'estime nécessaire de faire quelques brèves observations sur la question du tribunal approprié auquel l'accusé doit s'adresser pour obtenir réparation. Sans établir la procédure à suivre de façon stricte, je signale d'abord que la demande de réparation devrait généralement être présentée au commissaire chargé de l'enquête publique en cause. À mon avis, ce dernier est habituellement la personne la mieux placée pour déterminer si la publicité antérieure au procès découlant de l'enquête menace sérieusement le droit garanti à l'al. 11*d*) et pour décider, le cas échéant, de la réparation qui convient. Si l'accusé désire en appeler de la décision du commissaire, il peut alors présenter une demande de contrôle judiciaire conformément aux règles habituelles du droit administratif (voir, par exemple, *Procureur gén-*

1 S.C.R. 218, where a witness subpoenaed to appear before a provincial commission of inquiry applied for a writ of evocation to quash the subpoena).

This said, it is important to note that a commissioner's power to provide an appropriate remedy is dependant on the statutory regime under which he or she is appointed. Without expressing an opinion on the interpretation of any particular statutory regime, I note that a commissioner's jurisdiction to provide an appropriate remedy may, in certain circumstances, be limited. For example, some commissioners may not have the authority to issue an actual publication ban. Nonetheless, a commissioner who cannot issue a publication ban will frequently be able to provide an accused with some other equivalent remedy (such as *in camera* hearings). I acknowledge, however, that there may be circumstances where the powers of a commissioner are so limited that he or she is unable to provide an accused with any appropriate remedy. In such circumstances, the accused can seek redress by applying to his or her trial judge or, if no trial judge has yet been appointed, to a judge of the highest court of first instance before which his or her trial could proceed for a publication ban or another appropriate remedy: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

I wish, however, to emphasize that while a judge's jurisdiction to entertain an application by an accused for a publication ban or another appropriate remedy may be broad, the judge should generally refuse to exercise such jurisdiction if the commissioner also has the necessary jurisdiction to provide an appropriate remedy and is in a better position to determine the necessity of a remedy and the form, if any, it should take. This is particularly true where the trial will not be beginning for a relatively long period of time and the public inquiry is already under way or is soon to begin. In such cases, the commissioner of the inquiry is clearly in the best position to determine whether a remedy is needed and if so what remedy is most appropriate. Consequently, in such cases a judge

*ral du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, où un témoin assigné à comparaître devant une commission d'enquête provinciale s'est pourvu par voie d'évocation pour annuler le subpoena).

Ceci dit, il importe de souligner que le pouvoir d'un commissaire d'accorder la réparation appropriée dépend des dispositions législatives sous le régime desquelles il a été nommé. Sans exprimer d'opinion sur l'interprétation d'un régime législatif en particulier, je souligne que la compétence d'un commissaire en matière d'octroi d'une réparation adéquate peut, dans certaines circonstances, être limitée. Il se peut, par exemple, que certains commissaires ne soient pas habilités à prononcer une interdiction de publication. Le commissaire dans cette situation pourra souvent, néanmoins, octroyer à un accusé une réparation équivalente (comme une audience à huis clos). Je reconnais qu'il peut y avoir des circonstances où les pouvoirs du commissaire sont limités au point qu'il ne soit pas en mesure d'accorder une réparation adéquate à un accusé. Dans de telles circonstances, l'accusé peut demander réparation en s'adressant au juge du procès ou, si aucun juge n'a encore été désigné, en demandant à un juge du plus haut tribunal devant lequel son procès peut être instruit de rendre une ordonnance de non-publication ou d'octroyer toute autre réparation appropriée: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Je veux toutefois insister sur le fait que les juges, même s'ils disposent d'une large compétence pour entendre les demandes présentées par des accusés afin d'obtenir une interdiction de publication ou autre réparation appropriée, devraient, en général, refuser d'exercer cette compétence, d'une part, si le commissaire a, lui aussi, compétence pour octroyer le redressement et, d'autre part, s'il est mieux placé pour se prononcer sur le caractère nécessaire de ce redressement et sur la forme qu'il devrait prendre, le cas échéant. Cela est d'autant plus vrai lorsque la date prévue pour le procès est relativement éloignée et que l'enquête publique est déjà en cours ou à la veille de débiter. Le commissaire est alors, de toute évidence, la personne la mieux placée pour détermi-

37

1995 CanLII 86 (CSC)

38

should generally defer to the expertise of the commissioner.

39 In the case at hand, however, no application, either to the Commissioner or the courts would be appropriate because Roger Parry and Gerald Phillips are being tried before a judge alone. As I noted earlier, in such circumstances, pre-trial publicity will not prejudice an accused's right to a fair trial. Consequently, no prospective breach of s. 11(d) has been made out and no remedy is needed.

40 Before concluding, I feel it is necessary to comment briefly on an *obiter* statement of Cory J.'s with which I disagree. Specifically, in his reasons, Cory J. suggests that, had Roger Parry and Gerald Phillips not changed their election to be tried before a judge and jury, it would have been appropriate to order that the publication and release of the Commissioner's final report be delayed so as to provide them with an opportunity to review it and, if they deemed it necessary, to bring an application to ban its publication until such time as the criminal proceedings against them were completed or disposed of in some other manner. In my view, however, the imposition of such a temporary publication ban would not have been appropriate. First, for a publication ban, even a temporary one such as the one suggested by Cory J., to be imposed, the risk of prejudice to the fair trial rights of an accused must be serious and not overly speculative. In the hypothetical situation proposed by Cory J., however, the risk of prejudice to the fair trial rights of the respondents in question would have been, in my opinion, based far too heavily on speculation. Furthermore, the determination of the need for a publication ban, even a temporary one, should generally be made, as I noted above, by the Commissioner or the trial judge, not by this Court. For these two reasons, I disagree with Cory J.'s suggestion that a temporary publication ban with respect to the Commissioner's final report would have been appropriate had Roger Parry and Gerald Phillips not changed their election to be tried

ner s'il y a lieu d'octroyer une réparation et pour décider, le cas échéant, de la réparation la plus appropriée. Par conséquent, les juges devraient, dans de tels cas, s'en remettre à l'expertise du commissaire.

Dans le cas qui nous occupe, il n'y a pas lieu, toutefois, de s'adresser au commissaire ou aux tribunaux car le procès de Roger Parry et de Gerald Phillips est instruit devant un juge seul. Comme je l'ai déjà mentionné, la publicité antérieure au procès ne portera pas atteinte au droit à un procès équitable dans un tel cas. Par conséquent, aucune menace de violation de l'al. 11d) n'a été démontrée et aucune réparation n'est nécessaire.

Avant de conclure, certaines brèves observations s'imposent à l'égard d'un *obiter* du juge Cory avec lequel je ne suis pas d'accord. Plus précisément, dans ses motifs, le juge Cory déclare que si Roger Parry et Gerald Phillips n'étaient pas revenus sur leur choix d'être jugés par un juge et un jury, il y aurait eu lieu d'ordonner le report de la publication et de la diffusion du rapport final du commissaire afin de permettre aux accusés de l'examiner et de présenter, s'ils le jugeaient nécessaire, une demande visant à en interdire la publication jusqu'à ce que toutes les poursuites criminelles engagées contre eux prennent fin ou aient fait l'objet d'une décision quelconque. À mon avis, il n'aurait pas été opportun d'imposer cette interdiction de publication temporaire proposée par le juge Cory. D'abord, pour qu'une interdiction de publication, même temporaire, soit justifiée, le risque d'atteinte au droit d'un accusé à un procès équitable doit être sérieux et non purement spéculatif. Dans la situation hypothétique décrite par le juge Cory, le risque d'atteinte au droit des intimés à un procès équitable aurait, selon moi, été effectivement beaucoup trop conjectural. En outre, c'est au commissaire ou au juge du procès et non à notre Cour, qu'il appartiendrait, comme je l'ai indiqué plus haut, de déterminer s'il est nécessaire de prononcer une ordonnance de non-publication, même temporaire. Pour ces deux raisons, je ne suis donc pas d'accord avec l'opinion du juge Cory voulant qu'il aurait été approprié d'interdire temporairement la publication du rapport final du commissaire si

before a judge and jury. The determination of the need for such a publication ban must be made by the Commissioner or the trial judge, and such a determination must take place at a later date, when the risk of prejudice to the fair trial rights of the respondents in question is not overly speculative.

### III. Disposition

For the reasons outlined above, I would dispose of the appeal in the same manner as my colleague Cory J.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

CORY J. — On May 9, 1992, tragedy struck Plymouth, Nova Scotia when an underground explosion at the Westray Coal Mine killed 26 miners. The event shocked the community, the province, indeed the entire country. The Nova Scotia government ordered an immediate public inquiry into the tragedy. This appeal is brought to determine whether the Nova Scotia Court of Appeal was correct in holding that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires that this inquiry be halted until the disposition of the outstanding criminal charges against two former managers of the Westray mine.

#### I. Factual Background

On May 15, 1992, the appellant Justice K. Peter Richard was appointed a Commissioner under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, in order to conduct an inquiry into the accident. Richard J. was also appointed a Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 73. His mandate was set out in Order in Council No. 92-504, and included the following:

WHEREAS it is deemed appropriate to cause inquiry to be made into and concerning the public matters hereinafter mentioned in relation to which the Legislature of Nova Scotia may make laws;

By and with the advice of the Executive Council of Nova Scotia, His Honour the Lieutenant Governor is

Roger Parry et Gerald Phillips n'étaient pas revenus sur leur choix d'un procès devant juge et jury. L'appréciation de la nécessité d'une telle interdiction de publication relève du commissaire ou du juge du procès et elle doit être faite plus tard, c'est-à-dire lorsque le risque de préjudice au droit à un procès équitable des intimés n'est pas trop hypothétique.

### III. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je trancherais le pourvoi de la même manière que mon collègue le juge Cory.

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE CORY — Le 9 mai 1992, une tragédie a frappé Plymouth, en Nouvelle-Écosse. Une explosion souterraine dans la mine de charbon Westray a tué 26 mineurs, secouant la collectivité, la province, et même le pays tout entier. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a ordonné la tenue d'une enquête publique immédiate sur la tragédie. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a eu raison de décider que la *Charte canadienne des droits et libertés* exigeait l'arrêt de cette enquête jusqu'à ce que les accusations criminelles en suspens portées contre deux ex-directeurs de la mine Westray aient fait l'objet d'une décision.

#### I. Contexte factuel

Le 15 mai 1992, le juge appelant, K. Peter Richard, a été nommé commissaire chargé d'enquêter sur l'accident, en application de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372. Il a aussi été nommé enquêteur spécial aux termes de la *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 73. Voici un extrait de son mandat énoncé dans le décret n° 92-504:

[TRADUCTION] ATTENDU qu'il a été jugé opportun de faire faire une enquête sur les questions d'intérêt public mentionnées ci-après, au sujet desquelles l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse peut légiférer;

Sur l'avis du Conseil exécutif de la Nouvelle-Écosse, il plaît à Son Honneur le lieutenant-gouverneur de con-

pleased to appoint the Honourable K. Peter Richard, a Judge of the Supreme Court of Nova Scotia, to be, during pleasure, a Commissioner under the Public Inquiries Act, and a Special Examiner under the Coal Mines Regulation Act, with power to inquire into, report findings, and make recommendations to the Governor in Council and the people of Nova Scotia respecting:

- (a) the occurrence, on Saturday, the 9th day of May, A.D., 1992, which resulted in the loss of life in the Westray Mine at Plymouth, in the County of Pictou;
- (b) whether the occurrence was or was not preventable;
- (c) whether any neglect caused or contributed to the occurrence;
- (d) whether there was any defect in or about the Mine or the modes of working the Mine;
- (e) whether the Mine and its operations were in keeping with the known geological structures or formations in the area;
- (f) whether there was compliance with applicable statutes, regulations, orders, rules, or directions; and
- (g) all other matters related to the establishment and operation of the Mine which the Commissioner considers relevant to the occurrence. . . .

férer à l'honorable K. Peter Richard, juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, la charge de commissaire en vertu de la Public Inquiries Act et d'enquêteur spécial aux termes de la Coal Mines Regulation Act. Il exercera ses fonctions à titre amovible et sera habilité à enquêter, à faire rapport de ses conclusions et à présenter des recommandations au gouverneur en conseil et à la population de la Nouvelle-Écosse sur ce qui suit:

- a) les faits survenus le samedi 9 mai 1992 qui ont entraîné des pertes de vie à la mine Westray à Plymouth, comté de Pictou;
- b) si ces faits auraient pu être évités;
- c) si la négligence a pu causer ces faits ou y contribuer;
- d) s'il y avait quelque défaut dans la mine ou dans son mode d'exploitation;
- e) si la mine et son fonctionnement s'accordaient avec les formations ou la structure des couches géologiques connues de la région;
- f) si les lois, règlements, arrêtés, règles ou directives applicables ont été respectés;
- g) toutes autres questions concernant l'établissement et l'exploitation de la mine que le commissaire estime pertinentes par rapport aux faits survenus. . . .

44 The Commissioner established rules of practice and procedure and the Commission began its preliminary work. Commission staff interviewed about 140 witnesses, collected over 250,000 pages of documents, and commissioned reports from mining experts from around the world. The staff indexed and summarized all the documents and provided the indices and summaries to the RCMP. The police in turn used these materials to obtain search warrants for the documents in the Commissioner's possession. These warrants were executed in September and December of 1992. The RCMP in turn provided the Commissioner with witness statements taken during the police investigation and cooperated with him in the development of a plan to re-enter the mine to gather evidence.

Le commissaire a formulé des règles de pratique et de procédure et la commission a commencé ses travaux préparatoires. Le personnel de la commission a interrogé quelque 140 témoins, réuni plus de 250 000 pages de documents et demandé des rapports à des experts en exploitation minière du monde entier. Le personnel a répertorié et résumé tous les documents et fourni ces répertoires et ces résumés à la GRC. La police s'en est servi pour obtenir des mandats de perquisition visant les documents que le commissaire avait en sa possession. Ces mandats ont été exécutés en septembre et en décembre 1992. La GRC a remis au commissaire les déclarations des témoins prises durant ses enquêtes et coopéré avec lui dans l'élaboration d'un plan visant à obtenir l'accès à la mine pour rassembler d'autres éléments de preuve.



The appellant union is certified under the *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, to represent surface and underground employees of the Westray Coal Mine. The respondent Westray Families' Group is comprised of relatives of the 26 miners who were killed in the May 9 explosion. Both groups, along with the intervener Attorney General of Nova Scotia, were granted general status to participate in the Westray Mine Public Inquiry.

The individual respondents were all employed by Westray Coal, a division of Curragh Resources Inc., in managerial and supervisory positions. Their different positions carried certain responsibilities under the *Coal Mines Regulation Act*. Breach of these responsibilities could invoke consequences under the *Coal Mines Regulation Act* and the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, c. 320. On October 5, 1992, the respondents Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones and Robert Parry, along with Curragh Resources Inc. (the mine owner), were charged with 52 violations of the *Occupational Health and Safety Act*. No charges were laid against the remaining individual respondents.

The individual respondents applied to the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, for a declaration that the Order in Council No. 92-504 was *ultra vires* the province, and that it infringed their rights under ss. 7, 8 and 11(d) of the *Charter*. They also sought an injunction preventing the inquiry from proceeding. On November 13, 1992, Glube C.J.T.D. ruled that the terms of the inquiry were *ultra vires* as they encroached upon the federal criminal law power. The appellants, the Attorney General of Nova Scotia, the Westray Families' Group and the Town of Stellarton appealed to the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court, which allowed the appeal and set aside the declaration. However, the Appeal Division ordered that the public hearings of the Westray Inquiry be

Le syndicat appelant a été accrédité conformément à la *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 475, pour représenter les employés de la mine de charbon Westray qui travaillent en surface ou au fond. Le groupe des familles de Westray intimé est composé de parents des 26 mineurs qui ont perdu la vie lors de l'explosion du 9 mai. Ces deux groupes, de même que le procureur général de la Nouvelle-Écosse intervenant, se sont vu reconnaître la qualité de participants à l'enquête publique sur la mine Westray.

Les individus intimés étaient tous des employés de Westray Coal, division de Curragh Resources Inc., et occupaient des postes de direction ou de surveillance. Leurs diverses fonctions comportaient certaines responsabilités visées par la *Coal Mines Regulation Act*. Le manquement à ces responsabilités risque d'entraîner des conséquences sous le régime de la *Coal Mines Regulation Act* ou de l'*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 320. Le 5 octobre 1992, les intimés Gerald Phillips, Roger Parry, Glyn Jones et Robert Parry, de même que Curragh Resources Inc. (propriétaire de la mine), ont été inculpés de 52 infractions à l'*Occupational Health and Safety Act*. Aucune accusation n'a été portée contre les autres individus intimés.

Les individus intimés ont demandé à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance, de déclarer que le décret n° 92-504 excédait la compétence de la province et qu'il portait atteinte à leurs droits garantis par les art. 7 et 8 et l'al. 11d) de la *Charte*. Ils ont également sollicité une injonction interdisant la poursuite de l'enquête. Le 13 novembre 1992, la juge en chef Glube, de la Section de première instance, a déclaré que le mandat de la commission était inconstitutionnel, parce qu'il empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Les appelants, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le groupe des familles de Westray et la ville de Stellarton en ont appelé devant la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, qui a fait droit à l'appel et annulé le jugement déclaratoire. Toutefois, la Section d'appel a ordonné la suspension des audiences publiques de

stayed pending the resolution of the charges against the individual respondents.

l'enquête Westray en attendant la décision sur les accusations portées contre les individus intimés.

48 Prior to the release of the judgment of the Appeal Division, the Attorney General of Nova Scotia quashed 18 of the 52 charges under the *Occupational Health and Safety Act*. On April 5, 1993, all remaining charges under the Act were quashed. On April 20, criminal charges of manslaughter and criminal negligence causing death were laid against the respondents Roger Parry and Gerald Phillips, along with Curragh Resources Inc. On May 19, 1994, preferred indictments were laid against all three. At the time these charges were laid, the RCMP indicated in a news release that no further charges were contemplated.

Avant que la Section d'appel ait rendu son jugement, le procureur général de la Nouvelle-Écosse avait annulé 18 des 52 inculpations pour des infractions à l'*Occupational Health and Safety Act*. Le 5 avril 1993, les autres inculpations ont été annulées. Le 20 avril, des accusations d'homicide involontaire coupable et de négligence causant la mort ont été portées contre les intimés Roger Parry et Gerald Phillips, et contre Curragh Resources Inc. Le 19 mai 1994, des actes d'accusation ont été présentés contre les trois inculpés. Au moment du dépôt de ces actes d'accusation, la GRC a annoncé par communiqué qu'elle n'envisageait porter aucune autre accusation.

49 On January 17, 1994, this Court granted leave to appeal to both the appellant Commissioner and the appellant union. Since both appeals raise substantially the same issues, I will treat them as a single appeal for the purposes of this judgment. Leave was denied the individual respondents to cross-appeal on the *vires* of the terms of reference.

Le 17 janvier 1994, notre Cour a accordé une autorisation de pourvoi au commissaire et au syndicat appelants. Comme les deux pourvois portent essentiellement sur les mêmes questions, je statuerai sur les deux comme s'ils ne faisaient qu'un seul. L'autorisation de former un pourvoi incident sur la question de la constitutionnalité du mandat a été refusée aux individus intimés.

## II. Relevant Legislation

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

*Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73*

67 Where any accident occurs in any mine from any cause resulting in the loss of life, the *Fatality Inquiries Act* shall not apply, but the following provisions shall have effect:

(e) if, upon such inquiry, the special examiner is of the opinion that death was caused by explosion or accident and resulted from culpable negligence, or that there is reasonable ground for suspecting the same, he shall forthwith file a copy of his report with the clerk of the Crown for the county in which the accident occurred, and transmit a copy thereof to the Attorney General, together with a notice stating that, in his opinion, it is expedient that a further inquiry shall be held respecting the cause of such accident;

III. Judgments Below

A. *Nova Scotia Supreme Court, Trial Division* (1992), 116 N.S.R. (2d) 34

Glube C.J.T.D. began by expressing her hope that a public inquiry would be held into mining in Pictou County and into the details of the May 9 explosion. Nonetheless, after a careful review of

*Charte canadienne des droits et libertés*

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

*Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73*

[TRADUCTION] 67 Quand un accident, quelle qu'en soit la cause, se produit dans une mine et entraîne une perte de vie, la *Fatality Inquiries Act* ne s'applique pas, mais les dispositions qui suivent prennent effet:

e) si, au cours de cette enquête, l'enquêteur spécial est d'avis qu'un décès a été causé par une explosion ou par un accident et qu'il résultait d'une négligence coupable, ou qu'il y a des motifs raisonnables de le soupçonner, il dépose immédiatement une copie de son rapport au bureau du greffier du comté dans lequel l'accident est survenu et en transmet une copie au procureur général, à laquelle il joint un avis indiquant que, selon lui, il est opportun d'enquêter plus à fond sur la cause de cet accident;

III. Les juridictions inférieures

A. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section de première instance* (1992), 116 N.S.R. (2d) 34

Le juge en chef Glube a d'abord dit espérer que l'industrie minière dans le comté de Pictou et les détails de l'explosion du 9 mai fassent l'objet d'une enquête publique. Néanmoins, après avoir

all the material before her, she concluded at p. 50 that the terms of reference creating the Westray Inquiry were “in pith and substance a criminal investigation” because their dominant purpose and effect was to assign criminal, quasi-criminal and civil responsibility for the explosion. She also held that s. 67(e) of the *Coal Mines Regulation Act*, which requires a Special Examiner who is of the opinion that an accident was caused by culpable negligence to transmit a copy of his or her report to the Attorney General, was *ultra vires*.

examiné attentivement tous les éléments de preuve soumis, elle a conclu à la p. 50 que l'enquête Westray telle que définie par le mandat était [TRADUCTION] «de par son caractère véritable une enquête criminelle», parce qu'elle visait principalement à déterminer la responsabilité criminelle, quasi criminelle et civile à l'égard de l'explosion. Elle a conclu en outre à l'inconstitutionnalité de l'al. 67e) de la *Coal Mines Regulation Act*, qui oblige l'enquêteur spécial qui est d'avis qu'un accident a été causé par une négligence coupable à transmettre une copie de son rapport au procureur général.

51 Glube C.J.T.D. found that, because the *Coal Mines Regulation Act* places specific responsibilities upon persons in designated positions, it would be extremely difficult for the appellant Commissioner to determine the matters set out in the terms of reference without identifying individuals. After examining *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, and *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, she concluded at p. 54 that the “commissioner is being effectively asked to determine both civil and criminal responsibility of particular individuals, which the case law says he must not do”. She found that the “double aspect” doctrine did not apply to save the terms of reference and that it was not possible to read them down in order to allow the Inquiry to continue.

Le juge en chef Glube a conclu que, parce que la *Coal Mines Regulation Act* impose des responsabilités précises aux titulaires de fonctions désignées, il serait très difficile pour le commissaire appelant de se prononcer sur les questions visées par le mandat sans désigner nommément des personnes. Après avoir examiné les arrêts *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, et *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, elle a conclu, à la p. 54, que le [TRADUCTION] «commissaire doit en fait enquêter sur la responsabilité tant civile que criminelle de personnes précises, ce qu'il ne doit pas faire selon la jurisprudence». Elle a conclu que la théorie du «double aspect» ne s'appliquait pas et ne pouvait donc pas valider le mandat, auquel il n'était pas possible de donner une interprétation atténuée qui permettrait la poursuite de l'enquête.

52 Glube C.J.T.D. pointed out that findings based on s. 91 of the *Constitution Act, 1867* disposed of the case, but went on to say that the s. 96 argument would fail since the Order in Council established a fact-finding inquiry rather than a court. Turning to the *Charter* issues raised, Glube C.J.T.D. remarked that the individual respondents' argument that their ss. 7, 8 and 11(d) rights would be violated by the Inquiry was “appealing”. However, she declined to rule on these points, which were moot in light of her decision on the s. 91 argument.

Le juge en chef Glube a souligné que les conclusions fondées sur l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* apportaient une solution au litige, mais a ajouté que l'argument fondé sur l'art. 96 serait rejeté car le décret prévoyait une enquête pour établir les faits et non une enquête judiciaire. Quant aux questions relatives à la *Charte*, elle a fait remarquer que l'argument des individus intimés selon lequel les droits que leur garantissent les art. 7 et 8 et l'al. 11d) seraient violés par l'enquête était «attrayant». Toutefois, elle a refusé de statuer sur ces points devenus théoriques, vu sa décision sur l'argument fondé sur l'art. 91.

B. *Court of Appeal* (1993), 117 N.S.R. (2d) 218 (Hallett J.A. for the Court)

Hallett J.A. found that Glube C.J.T.D. had erred in holding that the terms of reference were *ultra vires*. He held that she had wrongly equated the terms of reference in this case with the terms which were found to be *ultra vires* the province of Ontario in *Starr v. Houlden*. He was of the view that the dominant purpose and effect of the Westray Inquiry is to make findings and recommendations relating to a coal mining disaster. It is therefore distinguishable from the inquiry considered in *Starr v. Houlden*, which was primarily aimed at the investigation of whether certain individuals had committed specific criminal offences. Hallett J.A. found support for this conclusion in the decision in *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, in which this Court held that a provincial inquiry into police wrongdoing was valid even though the subject matter of the inquiry might later form the basis for criminal charges. The Court of Appeal concluded at p. 229 that:

The pith and substance of the Westray inquiry is firmly anchored to the province's power to regulate coal mines within the province. The dominant purpose and effect of the Order-in-Council is to authorize Justice Richard to inquire into the explosion with a view to ascertaining the cause of the explosion; whether the explosion was preventable; whether the operation of the Mine complied with the provincial regulatory laws; and by implication, whether amendments need to be made to the provincial laws so as to prevent a disaster of this nature occurring in the future.

Neither the fact that part of this task would involve the investigation of the conduct of the mine managers nor the possibility that criminal charges might ensue once the report was made were fatal to the validity of the terms of reference.

The Court of Appeal found also that s. 67(e) of the *Coal Mines Regulation Act* was not *ultra vires* the Province of Nova Scotia. Hallett J.A. explained that s. 67 establishes a particular type of coroner's inquiry where there is an unexplained death in a coal mine. However, under s. 67(e), the Special

B. *La Cour d'appel* (1993), 117 N.S.R. (2d) 218 (le juge Hallett au nom de la cour)

Le juge Hallett a conclu que le juge en chef Glube avait commis une erreur en décidant que le mandat excédait la compétence de la province. D'après lui, elle avait à tort assimilé le mandat dans la présente espèce à celui qui, selon l'arrêt *Starr c. Houlden*, excédait, la compétence de la province d'Ontario. À son avis, l'objet et l'effet principaux de l'enquête Westray étaient de tirer des conclusions et de faire des recommandations relativement à un désastre dans une mine de charbon. Il y avait donc lieu de la distinguer de l'enquête en cause dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, qui portait principalement sur la question de savoir si certaines personnes avaient perpétré des infractions précises. Le juge Hallett appuie sa conclusion sur l'arrêt *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, dans lequel notre Cour a décidé qu'une enquête provinciale sur des méfaits commis par des policiers était valide même si l'objet de l'enquête pouvait donner lieu par la suite à des accusations criminelles. La Cour d'appel en tire cette conclusion, à la p. 229:

[TRADUCTION] Le caractère véritable de l'enquête Westray est fermement ancré dans le pouvoir de la province de réglementer l'exploitation minière dans la province. L'objet et l'effet principaux du décret sont d'autoriser le juge Richard à enquêter sur l'explosion afin d'en déterminer la cause, de vérifier si elle aurait pu être évitée, de vérifier si l'exploitation de la mine était conforme à la réglementation provinciale et, implicitement, de vérifier s'il convient de modifier les lois provinciales afin de prévenir un désastre pareil dans l'avenir.

Ni le fait que cette tâche comporterait notamment une enquête sur la conduite des directeurs de la mine ni la possibilité que des accusations criminelles soient portées par suite du dépôt du rapport ne justifiaient l'invalidation du mandat.

La Cour d'appel a conclu en outre que l'al. 67e) de la *Coal Mines Regulation Act* n'excédait pas la compétence de la province de la Nouvelle-Écosse. Le juge Hallett a expliqué que l'art. 67 établit un type particulier d'enquête du coroner qui vise les décès inexpliqués dans les mines de charbon. Tou-

Examiner is precluded from assigning criminal responsibility, and can instead only suggest to the Crown that a further investigation into possible criminal conduct is warranted. Hallett J.A. therefore held that s. 67(e), unlike the coroner's inquest in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, did not encroach upon the federal power to legislate in respect of criminal law and criminal procedure.

tefois, aux termes de l'al. 67e), il est interdit à l'enquêteur spécial d'imputer une responsabilité criminelle et il ne peut que suggérer au ministère public d'enquêter plus à fond sur des conduites criminelles possibles. Le juge Hallett a donc conclu que l'al. 67e), contrairement à l'enquête du coroner dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, n'empiétait pas sur la compétence législative fédérale en matière de droit criminel et de procédure criminelle.

55

The Court of Appeal went on to consider the *Charter* issues. Beginning with s. 7 of the *Charter*, Hallett J.A. observed that the four individual respondents who (at that time) faced charges under the *Occupational Health and Safety Act* had significant liberty interests at risk. He noted that *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, was of considerable importance to the determination of whether the s. 7 right to silence was infringed. From this case, Hallett J.A. determined at p. 238 that "where a person's liberty is in jeopardy that person cannot be required to give evidence against himself or herself but rather has the right to choose whether or not to speak". Although the right to silence discussed in *Hebert* applied to a person detained as a suspect, Hallett J.A. held it equally applicable to anyone under the control of the state. This included all those charged with an offence that places their liberty at risk. He concluded that the right to silence of the accused respondents would be violated if the terms of the Order in Council and the *Public Inquiries Act* compelled them to testify at the Westray Inquiry.

La Cour d'appel s'est ensuite penchée sur les questions relatives à la *Charte*. Abordant en premier lieu l'art. 7 de la *Charte*, le juge Hallett a fait remarquer que des aspects importants du droit à la liberté des quatre individus intimés, qui (à l'époque) devaient répondre à des accusations sous le régime de l'*Occupational Health and Safety Act*, était compromis. Il a ajouté que l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, était d'une importance considérable pour ce qui était de décider s'il y avait eu violation du droit de garder le silence garanti par l'art. 7. Le juge Hallett a déduit de cet arrêt à la p. 238 que, [TRADUCTION] «lorsque la liberté d'une personne est en jeu, celle-ci ne peut pas être contrainte de témoigner contre elle-même mais elle a plutôt le choix de parler ou non». Certes, le droit de garder le silence dont il était question dans l'arrêt *Hebert* s'appliquait à une personne détenue à titre de suspect, mais le juge Hallett a décidé qu'il s'appliquait également à quiconque était placé sous le contrôle de l'État, y compris tout accusé dont la liberté est menacée en raison de la nature de l'infraction reprochée. Il a conclu que le droit de garder le silence dont bénéficiaient les accusés intimés serait violé si le décret et la *Public Inquiries Act* les obligeaient à témoigner dans le cadre de l'enquête Westray.

56

Although he did not think it necessary to decide the point, Hallett J.A. would have rejected the s. 8 argument. He was not convinced that any unreasonable seizure had occurred owing to the low expectation of privacy which Curragh Resources Inc. had in corporate documents which it was required to maintain under the *Coal Mines Regulation Act*.

Quoiqu'il n'ait pas estimé nécessaire de trancher cette question, le juge Hallett aurait rejeté l'argument fondé sur l'art. 8. Il n'était pas convaincu qu'une saisie abusive avait eu lieu compte tenu de la portée limitée de l'attente en matière de vie privée de Curragh Resources Inc. quant aux registres que la *Coal Mines Regulation Act* l'obligeait à tenir.

1996 CanLII 66 (CSC)

On the s. 11(d) issue, Hallett J.A. held that, owing to the inevitable media coverage of the Inquiry, the fair trial interests of those respondents charged with provincial offences would be violated if the Westray Inquiry were to hear any evidence which would implicate them in either provincial or criminal offences. This was true whether or not the accused respondents were themselves compelled to testify. He noted that the present case could be distinguished from *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (Nfld. S.C.T.D.). In *Kenny*, the publicity which was damaging to the accused's fair trial interests had already occurred and the only options open to the trial judge were to stay the proceedings or allow the trial to continue. In this case, other options exist because the public hearings of the Inquiry have not yet begun. Hallett J.A. therefore turned to s. 24(1) of the *Charter* to determine what an appropriate remedy would be.

Even though no breach of the respondents' *Charter* rights had yet occurred, Hallett J.A. observed at p. 244 that *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, and *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, established that a court of competent jurisdiction can order relief for an anticipated *Charter* violation when there is a "high degree of probability" that the harm feared will occur. He noted the risk that the accused respondents' fair trial interests would be compromised by pre-trial publicity which would affect the ability to impanel an impartial jury and by the fact that the Crown would be able to take advantage of the Commission's inquiry without being subject to the limitations imposed upon the police investigating a crime. He also found that the procedural fairness requirements of s. 7 would be breached if the accused respondents were to be simultaneously subjected to a public inquiry, to charges under a provincial act, and to a criminal investigation and possible criminal charges. Hallett J.A. noted that this case differed from both *Vermette* and *Kenny* because the conduct relied upon to show potential damage has not yet occurred, and also referred to

En ce qui concerne la question de l'al. 11d), le juge Hallett a conclu que, en raison de l'inévitable couverture médiatique de l'enquête, il y aurait atteinte au droit à un procès équitable des intimés inculpés d'infractions à des lois provinciales si des témoignages les impliquant dans des infractions à des lois provinciales ou dans des infractions criminelles étaient rendus dans le cadre de l'enquête Westray. La même conclusion valait, peu importe que les accusés intimés aient ou non été eux-mêmes contraints de témoigner. Il a fait remarquer que la présente espèce pouvait être distinguée de l'affaire *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (C.S. 1<sup>re</sup> inst. T.-N.). Dans cette affaire, la publicité préjudiciable au droit de l'accusé à un procès équitable existait déjà et le juge du procès n'avait d'autre choix que d'arrêter les procédures ou de permettre la poursuite du procès. En l'espèce, il y a d'autres possibilités, parce que les audiences publiques de l'enquête n'ont pas encore commencé. Le juge Hallett a donc analysé le par. 24(1) de la *Charte* pour déterminer quelle serait la réparation convenable.

Bien qu'il n'y ait encore eu aucune atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux intimés, le juge Hallett a fait remarquer à la p. 244 que, d'après les arrêts *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, et *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, une cour compétente peut ordonner une réparation pour une menace de violation de la *Charte* en cas de «haut degré de probabilité» que le préjudice appréhendé se produise. Il a mis en lumière le risque que le droit des accusés intimés à un procès équitable ne soit compromis par la publicité antérieure au procès qui réduirait la possibilité de choisir des jurés impartiaux et par le fait que le ministère public serait à même de tirer profit de l'enquête de la commission sans être assujéti aux limitations d'une enquête policière. Il a conclu en outre à un manquement aux exigences de l'art. 7 en matière d'équité procédurale dans le cas où les accusés intimés feraient simultanément l'objet d'une enquête publique, d'accusations portées en vertu d'une loi provinciale et d'une enquête criminelle pouvant entraîner des accusations. Le juge Hallett a souligné que la présente espèce différerait des affaires *Vermette* et *Kenny*, car la conduite

the risk that any eventual criminal charges could be stayed as a result of the adverse effects of the Inquiry upon the respondents' *Charter* rights. He concluded at p. 253 that "there is a very real risk that the investigation by the Commissioner if it proceeds forthwith to public hearings will result in the infringement of the four respondents' s. 7 *Charter* right to liberty and right to silence as well as their right to a fair trial as guaranteed by s. 11(d)".

After satisfying himself that he, rather than the eventual trial judge, had jurisdiction to grant *Charter* relief, Hallett J.A. stated that on the facts of this case the rights of the individual respondents must prevail over the interests of the state in proceeding expeditiously with the Inquiry. He rejected other proposed remedies on the grounds that they did not provide sufficient protection to those who were accused of crimes, and ordered that the public hearings of the Inquiry be stayed until the completion of the criminal investigations, and until all provincial charges and any criminal charges against the respondents had been disposed of by a trial court or stayed.

#### IV. Issues on Appeal

1. Whether the decision of this Court in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, applies in the circumstances of this case such that the respondents Roger Parry and Gerald Phillips would be compellable witnesses at the Westray Inquiry.
2. Whether proceeding with the hearings of the Westray Mine Public Inquiry would give rise to an actual or an apprehended breach of s. 7 of the *Charter*.
3. Whether proceeding with the hearings of the Westray Mine Public Inquiry would give rise to an actual or an apprehended breach of s. 11(d) of the *Charter*.
4. If the answer to (2) or (3) is yes, whether a temporary stay of the public hearings is a just and

invoquée pour montrer un préjudice possible n'a pas encore eu lieu, et il a aussi fait état du risque que les poursuites éventuelles ne soient arrêtées à cause des effets préjudiciables de l'enquête sur les droits que la *Charte* garantit aux intimés. Il a conclu, à la p. 253, qu'il [TRADUCTION] «existe un risque très réel que l'enquête du commissaire, s'il tient immédiatement des audiences publiques, n'entraîne la violation du droit à la liberté et du droit de garder le silence garantis aux quatre intimés par l'art. 7 de la *Charte*, ainsi que de leur droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d)».

Persuadé que c'était lui et non le juge du procès éventuel qui était compétent pour accorder une réparation fondée sur la *Charte*, le juge Hallett a dit qu'étant donné les faits de l'espèce, les droits des individus intimés devaient l'emporter sur les intérêts de l'État dans le déroulement expéditif de l'enquête. Il a rejeté les autres réparations proposées pour le motif qu'elles n'offraient pas une protection suffisante à ceux qui étaient accusés de crimes, et il a ordonné la suspension des audiences publiques de l'enquête jusqu'à la fin des enquêtes criminelles et jusqu'à ce que toutes les accusations portées pour des infractions à des lois provinciales ou pour des infractions criminelles aient fait l'objet d'une décision judiciaire en première instance ou que les procédures aient été arrêtées.

#### IV. Questions soulevées par le pourvoi

1. L'arrêt de notre Cour *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, est-il applicable aux circonstances du présent pourvoi, de sorte que les intimés Roger Parry et Gerald Phillips pourraient être contraints de témoigner à l'enquête Westray?
2. La tenue des audiences de l'enquête publique sur la mine de Westray donnerait-elle lieu à une violation réelle ou appréhendée de l'art. 7 de la *Charte*?
3. La tenue des audiences de l'enquête publique sur la mine de Westray donnerait-elle lieu à une violation réelle ou appréhendée de l'al. 11d) de la *Charte*?
4. Si la réponse à la deuxième ou à la troisième question est affirmative, la suspension des



appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter*?

## V. Analysis

### A. *Commissions of Inquiry*

Commissions of inquiry have a long history in Canada. This Court has already noted (*Starr v. Houlden, supra*, at pp. 1410-11) the significant role that they have played in our country, and the diverse functions which they serve. As *ad hoc* bodies, commissions of inquiry are free of many of the institutional impediments which at times constrain the operation of the various branches of government. They are created as needed, although it is an unfortunate reality that their establishment is often prompted by tragedies such as industrial disasters, plane crashes, unexplained infant deaths, allegations of widespread child sexual abuse, or grave miscarriages of justice.

At least three major studies on the topic have stressed the utility of public inquiries and recommended their retention: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry* (1977); Ontario Law Reform Commission, *Report on Public Inquiries* (1992); and Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). They have identified many benefits flowing from commissions of inquiry. Although the particular advantages of any given inquiry will depend upon the circumstances in which it is created and the powers it is given, it may be helpful to review some of the most common functions of commissions of inquiry.

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover "the truth". Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their man-

audiences publiques serait-elle une réparation juste et convenable au sens du par. 24(1) de la *Charte*?

## V. Analyse

### A. *Les commissions d'enquête*

Les commissions d'enquête existent depuis longtemps au Canada. Notre Cour a déjà souligné (*Starr c. Houlden, précité*, aux pp. 1410 et 1411) le rôle important qu'elles ont joué dans notre pays et les nombreuses fonctions qu'elles remplissent. En tant qu'organismes *ad hoc*, les commissions d'enquête sont libres d'un bon nombre des entraves institutionnelles qui limitent parfois l'action des diverses branches de gouvernement. Elles sont constituées pour répondre à un besoin, bien qu'il faille malheureusement admettre qu'elles doivent souvent leur existence à des tragédies comme un désastre industriel, des écrasements d'avions, des décès inexplicables de jeunes enfants, des allégations d'exploitation sexuelle d'enfants largement répandue ou des erreurs judiciaires graves.

Au moins trois études d'importance sur le sujet ont mis en évidence l'utilité des enquêtes publiques et ont recommandé qu'elles soient maintenues: Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Droit administratif: les commissions d'enquête* (1977); Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Public Inquiries* (1992); Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). D'après ces études, les commissions d'enquête présentent de nombreux avantages. Bien que ces avantages dépendent du contexte de la création de chaque commission et des pouvoirs qui lui sont conférés, il peut être utile de passer en revue certaines des fonctions les plus courantes de ces commissions.

L'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la «vérité», en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elles sont

60

1995 CanLII 86 (CSC)

61

62

dates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public.

souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d'enquête, parce qu'elles seraient un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets.

63

This important characteristic was commented upon by Ontario Supreme Court Justice S. Grange following his inquiry into infant deaths at the Toronto Hospital for Sick Children:

I remember once thinking egotistically that all the evidence, all the antics, had only one aim: to convince the commissioner who, after all, eventually wrote the report. But I soon discovered my error. They are not just inquiries; they are *public* inquiries. . . . I realized that there was another purpose to the inquiry just as important as one man's solution to the mystery and that was to inform the public. Merely presenting the evidence in public, evidence which had hitherto been given only in private, served that purpose. The public has a special interest, a right to know and a right to form its opinion as it goes along. [Emphasis in original.]

Le juge S. Grange de la Cour suprême de l'Ontario a souligné cette importante caractéristique à la suite de son enquête sur le décès de jeunes enfants à l'hôpital pour enfants de Toronto:

[TRADUCTION] Je me souviens m'être un jour pris à penser égoïstement que toute la preuve présentée, tout ce cirque, ne visait qu'un but: convaincre le commissaire qui, après tout, rédigerait le rapport. Mais je me suis vite aperçu de mon erreur. Ce n'est pas seulement une enquête; c'est une enquête *publique*. [ . . . ] [J]e me suis rendu compte que l'enquête avait un autre but, tout aussi important que la solution qu'une seule personne allait proposer au mystère, celui d'informer la population. Simplement présenter en public la preuve qui avait jusqu'ici été produite à huis clos permettait d'atteindre ce but. La population a un intérêt particulier, le droit de savoir et le droit de se former une opinion au fur et à mesure. [En italique dans l'original.]

(S. G. M. Grange, "How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?", in A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of*

(S. G. M. Grange, «How Should Lawyers and the Legal Profession Adapt?», dans A. Paul Pross, Innis Christie et John A. Yogis, dir., *Commissions*

*Inquiry* (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151, at pp. 154-55.)

The public inquiry has been even more broadly characterized as serving a particular “social function” within our democratic culture:

... a commission ... has certain things to say to government but it also has an effect on perceptions, attitudes and behaviour. Its general way of looking at things is probably more important in the long run than its specific recommendations. It is the general approach towards a social problem that determines the way in which a society responds to it. There is much more than law and governmental action involved in the social response to a problem. The attitudes and responses of individuals at the various places at which they effect the problem are of profound importance.

What gives an inquiry of this kind its social function is that it becomes, whether it likes it or not, part of this ongoing social process. There is action and interaction. ... Thus this instrument, supposedly merely an extension of Parliament, may have a dimension which passes beyond the political process into the social sphere. The phenomenon is changing even while the inquiry is in progress. The decision to institute an inquiry of this kind is a decision not only to release an investigative technique but a form of social influence as well.

(Gerald E. Le Dain, “The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System”, in Jacob S. Ziegel, ed., *Law and Social Change* (1973), 79, at p. 85.)

The investigative, educational and informative aspects of inquiries clearly benefit society as a whole. As well, many commissions of inquiry have, through their recommendations, achieved improvements in the particular situation being reviewed. Nonetheless, it cannot be forgotten that harsh and persuasive criticisms have been levelled against them. Every inquiry created must proceed carefully in order to avoid complaints pertaining to excessive cost, lengthy delay, unduly rigid procedures or lack of focus. More importantly for the purposes of this appeal is the risk that commissions of inquiry, released from many of the institutional constraints placed upon the various branches of government, are also able to operate free from the

*of Inquiry* (1990), 12 *Dalhousie L.J.* 151, aux pp. 154 et 155.)

Un auteur a poussé plus loin cette caractérisation et affirmé que l’enquête publique remplissait une «fonction sociale» particulière dans notre culture démocratique:

[TRADUCTION] ... une commission [...] a des choses à dire au gouvernement, mais elle a aussi un effet sur les perceptions, les attitudes et les comportements. Sa manière générale de voir les choses sera probablement plus importante avec le temps que ses recommandations précises. C’est le point de vue général sur un problème social qui détermine la réaction de la société. La réponse de la société à un problème met en cause bien plus que le droit et l’action gouvernementale. Les attitudes et les réactions des particuliers aux différents endroits où ils peuvent intervenir revêtent une profonde importance.

Ce qui donne à une enquête de ce genre sa fonction sociale c’est qu’elle devient, bon gré mal gré, une partie de ce processus social en cours. Il y a une action et une interaction. [...] Par conséquent, cet instrument, qui est censé n’être qu’un prolongement du Parlement, peut avoir une dimension qui dépasse le processus politique pour entrer dans le domaine social. Le phénomène évolue pendant que se déroule l’enquête. La décision d’instituer une enquête de ce genre est une décision non seulement de recourir à une technique d’enquête, mais encore d’exercer une influence sociale.

(Gerald E. Le Dain, «The Role of the Public Inquiry in our Constitutional System», dans Jacob S. Ziegel, dir., *Law and Social Change* (1973), 79, à la p. 85.)

De toute évidence, les enquêtes profitent à toute la société sur ces trois plans: établissement des faits, éducation et information. Par surcroît, beaucoup de commissions d’enquête ont, par leurs recommandations, permis d’améliorer la situation en cause. Néanmoins, on ne peut pas oublier qu’elles ont été l’objet de critiques dures et convaincantes. Chaque enquête doit être entourée de précautions visant à éviter les plaintes contre les coûts excessifs, les longs délais, la trop grande rigidité du fonctionnement ou l’éparpillement des efforts. Plus important, en ce qui a trait au présent pourvoi, il y a le risque que les commissions d’enquête, libérées d’un bon nombre des contraintes institutionnelles auxquelles sont assujetties les

safeguards which ordinarily protect individual rights in the face of government action. These are very real dangers that must be carefully considered. First, however, it may be helpful to examine the need for and the positive attributes of this inquiry.

66 Coal mining has been a vital contributor to the Nova Scotia economy for nearly three hundred years. Pictou County encompasses numerous small mining communities which owe their existence to the Foord seam into which the Westray mine was sunk. Several generations of Pictou County men have earned their livelihood as miners working in conditions that were always difficult and all too often dangerous. The first commercial mine was begun around 1807, and the area developed and grew in tandem with the coal mining industry. Companies established mining communities and recruited immigrants to work the mines. It was the coal which provided the cargo for the ships built locally and acted as an incentive for steel manufacturers to locate in Nova Scotia.

67 From the 1860s until the 1950s, coal was the source of livelihood for more inhabitants of Pictou County than any other industry or profession. With the opening of the Westray Mine, the apparently defunct Pictou County coal industry was revitalized. Coal became again a source of steady employment and income. It was once again the economic bulwark of the region. (See Judith Hoegg Ryan, *Coal in Our Blood* (1992), and James M. Cameron, *The Pictonian Colliers* (1974).)

68 Mining coal in this area of Nova Scotia is a hazardous undertaking. The depth of the seams and the pockets of methane gas contained in the coal have created dangerous and highly volatile working conditions for the miners. Despite sketchy early records, one author has estimated that more than 600 men have been killed in Pictou County mines since 1827: see Hoegg Ryan, *supra*, at p. 12. Probably the worst disaster was the Allan Shaft explosion of 1918, in which 88 men were killed. Caught between their economic need for the industry and their fear of its destructive nature, the inhabitants of Pictou County and their employers

diverses branches de gouvernement, soient aussi en mesure d'agir sans les garanties qui protègent d'ordinaire les droits individuels contre l'action gouvernementale. Ce sont des dangers très réels qu'il faut peser avec soin. Mais il est utile de nous arrêter d'abord à la nécessité et aux avantages de la présente enquête.

Les mines de charbon apportent une grande contribution à l'économie de la Nouvelle-Écosse depuis près de trois cents ans. Le comté de Pictou renferme plusieurs petites localités minières qui doivent leur existence au filon Foord qu'exploite la mine de Westray. Plusieurs générations d'hommes du comté de Pictou ont gagné leur vie en exerçant le métier de mineur dans des conditions toujours difficiles et trop souvent dangereuses. La première mine commerciale remonte aux environs de 1807 et la région s'est développée parallèlement aux charbonnages. Les sociétés minières ont bâti des villes et recruté des mineurs immigrants. Le charbon constituait la cargaison des navires construits sur place; il a en outre attiré des aciéries en Nouvelle-Écosse.

Des années 1860 aux années 1950, le charbon plus que toute autre industrie ou profession a été le gagne-pain des habitants du comté de Pictou. L'ouverture de la mine de Westray a ranimé les charbonnages du comté de Pictou qui semblaient moribonds. Le charbon est redevenu une source d'emplois et de revenus stables. Il était à nouveau le rempart économique de la région. (Voir Judith Hoegg Ryan, *Coal in Our Blood* (1992), et James M. Cameron, *The Pictonian Colliers* (1974).)

L'exploitation du charbon dans cette région de la Nouvelle-Écosse est une entreprise périlleuse. La profondeur des filons et les poches de méthane contenues dans le charbon ont créé des conditions de travail dangereuses et très précaires pour les mineurs. Malgré le caractère sommaire des premières archives, un auteur a estimé à plus de 600 le nombre des pertes de vies dans les mines du comté de Pictou depuis 1827: voir Hoegg Ryan, *op. cit.*, à la p. 12. Le pire désastre a probablement été l'explosion du puits Allan en 1918, qui a causé la mort de 88 hommes. Pris entre la nécessité économique de cette industrie et leur peur de sa nature

have struggled to develop safe mining practices. Unfortunately, the strongest impetus for the enactment, implementation and enforcement of safety regulation has been the tragic and recurring mine accidents.

As the appellant Commissioner observes in his factum, an inquiry has been created subsequent to every major mining disaster in the area since 1938 (as well as many before). The first inquiries were in the nature of coroner's inquests. Following the 1918 explosion in the Allan Shaft, the *Coal Mines Regulation Act* was amended to provide for the appointment of a "Special Examiner" to investigate mining disasters. It was common practice for both coroner's juries and special examiners to attempt to identify the cause of a disaster, to determine whether any blame should be assigned, and to make recommendations to avoid future accidents: see Cameron, *supra*, at pp. 200-245.

These inquiries were supplemented by both federal public inquiries into general matters affecting the coal mining industry and, later, by public inquiries into serious accidents: see Cameron, *supra*, at pp. 288-304. As early as 1895, the Nova Scotia Government commissioned Edwin Gilpin, Jr. to "enquire into the cause, history, and effects of fires in the Pictou Coal Mines". Many of the recent mining tragedies in Nova Scotia have been the subject of subsequent Royal Commissions. (See *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*; *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by the Cumberland Railway and Coal Company, on the 23rd Day of October, A.D. 1958*; *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia*; *Report of Commission of*

destructrice, les habitants du comté de Pictou et leurs employeurs se sont efforcés d'élaborer des méthodes sûres d'exploitation des mines. Malheureusement, ce sont les multiples accidents tragiques qui ont été la principale incitation à prendre, à appliquer et à faire respecter une réglementation en matière de sécurité.

Comme le fait observer le commissaire appelant dans son mémoire, une enquête a suivi chaque désastre minier dans la région depuis 1938 (et un bon nombre avant cela). Au début, il s'est agi d'enquêtes du coroner. Après l'explosion de 1918 dans le puits Allan, la *Coal Mines Regulation Act* a été modifiée de sorte qu'un [TRADUCTION] «enquêteur spécial» soit nommé et chargé d'enquêter sur les désastres miniers. Suivant l'usage, les jurys du coroner et les enquêteurs spéciaux tâchaient simultanément de déterminer la cause du désastre, de vérifier s'il y avait lieu de jeter le blâme sur quelqu'un et de faire des recommandations destinées à prévenir d'autres accidents: voir Cameron, *op. cit.*, aux pp. 200 à 245.

À ces enquêtes se sont ajoutées des enquêtes publiques fédérales sur des questions générales touchant l'industrie houillère et, plus tard, des enquêtes publiques sur des accidents graves: voir Cameron, *op. cit.*, aux pp. 288 à 304. Dès 1895, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a mandaté Edwin Gilpin, Jr. pour [TRADUCTION] «enquêter sur la cause, les précédents et les effets des incendies dans les mines de charbon de Pictou». Nombre des tragédies récentes dans les mines de la Nouvelle-Écosse ont été l'objet de commissions royales d'enquête. (Voir *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Explosion and Fire in No. 4 Mine at Springhill, N.S. on the 1st Day of November, 1956*; *Report of the Royal Commission Appointed to Inquire into the Upheaval or Fall or other Disturbance Sometimes Referred to as a Bump in No. 2 Mine at Springhill, in the County of Cumberland, Province of Nova Scotia, Operated by the Cumberland Railway and Coal Company, on the 23rd Day of October, A.D. 1958*; *Report to the Minister of Labour in the Matter of an Inquiry under Section 86 of the Canada Labour Code Concerning a Fire on June 19, 1975 in the*

*Inquiry: Explosion in No. 26 Colliery, Glace Bay, Nova Scotia, on February 24, 1979; Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984.*) The appellant Commissioner suggested in oral argument that the long history of inquiries in Nova Scotia has created an expectation in the industry that any mining disaster will be followed by an inquiry.

*No. 26 Colliery at Glace Bay, Nova Scotia; Rapport de la commission d'enquête sur l'explosion au charbonnage n° 26 de Glace Bay, Nouvelle-Écosse, le 24 février 1979; Report of Investigation into Mine Rescue Operations at No. 26 Colliery Fire on April 5, 1984.*) Durant sa plaidoirie, le commissaire appelant a émis l'avis qu'en raison des nombreux précédents en Nouvelle-Écosse, on s'attend dans cette industrie à ce que tout désastre minier soit suivi d'une enquête.

71 Equally important are the expectations of the public. Many Nova Scotians have friends or family who are or have been affiliated with the mining industry. Those who do not are at least very much aware of its historic and economic importance. The concerns of the Westray families which arose in the wake of the May 9 explosion were shared by the whole of the province. The loss of faith in the practices of the mining industry and in the government regulatory processes relating to it has not been limited to the residents of Pictou County. The Westray disaster and the lack of progress of the Inquiry must be matters of concern for all caring Nova Scotians. The appellant Commissioner estimated that since the time of the explosion, about 860 articles relating to the incident have appeared in the two leading Halifax papers alone. This is evidence of the strong community interest in the Westray disaster. There is a clear and pressing public interest in having, as soon as possible, a broad and open investigation of the events leading up to the deaths of the miners. This is essential in order to reduce the fear that the same thing might happen again to other miners, to identify preventative measures, and to relieve the frustrations and concerns of the families of the victims. The longer this public inquiry is postponed, the greater the likelihood of increasing public disillusionment, frustration and mistrust.

Les attentes de la population présentent tout autant d'importance. Bon nombre de Néo-Écossais ont des amis ou des parents qui ont ou qui ont eu des liens avec l'industrie minière. Les autres sont à tout le moins bien au courant de son importance du point de vue historique et sur le plan économique. Les préoccupations des familles de Westray par suite de l'explosion du 9 mai ont été partagées par toute la province. Les habitants du comté de Pictou n'ont pas été les seuls à perdre confiance dans les pratiques de l'industrie minière et dans les processus de réglementation publics à ce chapitre. Le désastre de Westray et le piétinement de l'enquête peuvent être des sujets d'inquiétude pour tous les citoyens touchés. Le commissaire appelant a estimé que, depuis la date de l'explosion, environ 860 articles sur l'incident ont paru dans les deux principaux quotidiens de Halifax seulement. Voilà qui atteste que la collectivité est profondément affectée par le désastre de Westray. Il y va nettement de l'intérêt public qu'il y ait, le plus tôt possible, une enquête approfondie et transparente sur les faits qui ont précédé la mort des mineurs. Cette action est essentielle pour dissiper la crainte que d'autres mineurs ne subissent le même sort, pour définir des mesures préventives et pour soulager les frustrations et les inquiétudes des familles des victimes. Plus cette enquête publique sera reportée, plus les désillusions, les frustrations et la méfiance de la population sont susceptibles d'augmenter.

72 There is therefore a compelling community interest in proceeding expeditiously with the Inquiry. It must be determined in this appeal whether the protection of individuals, particularly those accused of crimes, guaranteed under the

L'intérêt de la collectivité rend donc impérieuse la nécessité de procéder promptement à l'enquête. Il s'agit de décider dans le présent pourvoi si la protection des individus, en particulier de ceux qui sont accusés de crimes, garantie par la *Charte* est

*Charter* is incompatible with the immediate resumption of the work of the Commission.

incompatible avec la reprise immédiate des travaux de la commission.

*B. Compellability of Witnesses and the Prohibition against Self-Incrimination*

*B. La contraignabilité des témoins et l'interdiction de l'auto-incrimination*

The issue which concerned the various Attorneys General participating in this case is whether, if the Inquiry were to proceed prior to any criminal trials, the mine managers could be compelled to testify before the Commissioner. After these reasons were circulated, the criminal trial began before a judge alone. Nevertheless, since a criminal trial and a public inquiry may still proceed concurrently, the compellability of the respondents before the public inquiry remains a live issue.

La question qui intéresse les divers procureurs généraux qui participent au présent pourvoi est de savoir si, au cas où l'enquête reprendrait avant les procès criminels, les directeurs de la mine pourraient être contraints de témoigner devant le commissaire. Après que les présents motifs eurent été distribués, le procès criminel a commencé devant un juge seul. Toutefois, comme il est encore possible qu'un procès criminel et une enquête publique se déroulent en même temps, la question de la contraignabilité des intimés à l'enquête publique se pose toujours.

Those parties who submitted that the stay of the Inquiry should be lifted were generally of the view that the subpoena powers of the Commissioner are unlimited. The notable exception amongst this group was the appellant United Steelworkers, which was prepared to concede that the two mine managers charged with *Criminal Code* offences would not be compellable witnesses before the Commissioner. The respondent mine managers argued that neither the two accused nor the remaining named individuals (since they may be suspected of having committed a criminal offence) would be compellable witnesses.

Les parties qui ont soutenu que la suspension de l'enquête devrait être levée étaient généralement d'avis que le commissaire jouissait de pouvoirs illimités quant à l'assignation de témoins. Parmi ce groupe, une exception mérite d'être notée, soit le syndicat des Métallurgistes unis d'Amérique appellant, qui était prêt à concéder que les deux directeurs de la mine accusés d'infractions au *Code criminel* ne pourraient pas être contraints de témoigner par le commissaire. Les directeurs de la mine intimés ont soutenu que ni les deux accusés ni les autres personnes nommées (puisqu'ils peuvent être soupçonnés d'avoir commis une infraction criminelle) ne seraient des témoins contraignables.

In light of the conclusions I have reached, nothing turns upon whether the individuals sought to be compelled to testify are accused or merely suspected of criminal offences, and I do not propose to dwell upon this distinction. The fact that I refer primarily to "accused" persons in the discussion which follows should not be taken as excluding, in appropriate situations, the use of the same approach for determining the compellability of "suspects" as well.

Vu les conclusions auxquelles je suis arrivé, il n'est pas utile de décider si les personnes que l'on veut contraindre à témoigner sont accusées ou simplement soupçonnées d'infractions criminelles et je n'entends pas m'étendre sur cette distinction. Parce que je parle principalement d'«accusés» dans les pages qui suivent, il ne faut pas croire que l'analyse que je fais ne vaut pas aussi, dans les cas qui s'y prêtent, pour la question de la contraignabilité des «suspects».

73

1995 CanLII 86 (CSC)

74

75

1. *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*

76 To a large extent the debate on this point has focused upon the current status of a decision rendered by this court nearly thirty years ago: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*. In *Batary*, that part of the *Coroners Act*, R.S.S. 1953, c. 106, which purported to make an individual charged with murder a compellable witness at a coroner's inquest into the death of the person with whose murder he was charged was held to be *ultra vires* the Province of Saskatchewan. A majority of this Court was of the view that for a province to endow a coroner with such a power amounted to an infringement of the exclusive federal legislative authority in respect of the criminal law found in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

77 As the submissions in this case have demonstrated, the ratio and the continuing validity of *Batary* have been the subject of fierce debate. Despite the fact that the case turned on a division of powers point and that subsequent decisions of this Court (see for example *Faber v. The Queen*, *supra*, and *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152) appear to have limited its scope, the mine managers contend that *Batary* applies in these circumstances. Other parties suggest that *Batary* is either distinguishable or obsolete, and in any event is no obstacle to the compellability of witnesses at the Westray Inquiry.

78 In addition to examining the status of *Batary*, it is also necessary to consider the extent to which the *Charter* now provides additional protections to accused persons in proceedings other than their own criminal trial. The task of fully investigating these difficult questions has recently been very ably undertaken by my colleagues Iacobucci J. in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and Sopinka and Iacobucci JJ. in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3. These reasons provide great assistance and guidance in resolving the issue of compellability.

1. *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*

Dans une large mesure, le débat sur ce point a été centré sur l'applicabilité d'un arrêt que notre Cour a rendu il y a près de trente ans: *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, précité. Dans cet arrêt, la Cour a déclaré que la partie de la *Coroners Act*, R.S.S. 1953, ch. 106, aux termes de laquelle une personne inculpée de meurtre était un témoin contraignable à l'enquête du coroner portant sur le décès de la victime, excédait les pouvoirs de la province de la Saskatchewan. À la majorité, notre Cour était d'avis qu'en investissant le coroner d'un tel pouvoir, la province portait atteinte à l'autorité exclusive du gouvernement fédéral en matière de droit criminel prévue au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Comme le montrent les arguments avancés dans le présent pourvoi, le fondement et la valeur actuelle de l'arrêt *Batary* ont été l'objet d'un débat acharné. En dépit du fait qu'il portait sur le partage des pouvoirs et que des arrêts plus récents de notre Cour (voir par exemple *Faber c. La Reine*, précité, et *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152) semblent en avoir limité la portée, les directeurs de la mine prétendent que l'arrêt *Batary* s'applique dans le cas présent. D'autres parties affirment que la situation n'était pas la même dans l'arrêt *Batary* ou qu'il est dépassé et que, de toute façon, il ne fait pas obstacle à la contraignabilité des témoins dans le cadre de l'enquête Westray.

Outre la valeur de l'arrêt *Batary*, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure les personnes accusées jouissent, dans d'autres procédures que leur propre procès criminel, des protections additionnelles prévues par la *Charte*. Mes collègues le juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et les juges Sopinka et Iacobucci dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, ont fait avec beaucoup d'acuité l'étude exhaustive de ces questions difficiles. Ces motifs nous sont d'un grand secours et nous guident dans l'examen de la question de la contraignabilité.



As Iacobucci J. explained at pp. 525 ff. of *S. (R.J.)*, the majority in *Batary* may have erred in determining compellability by focusing upon the status of an individual in other proceedings (i.e., a criminal prosecution). Regardless of whether or not *Batary* was correctly decided, the important point to remember is that any court faced with a question of compellability must investigate the nature of the proceedings in which the testimony is sought to be compelled rather than merely looking to the status of the individual subject to a subpoena. This approach also applies under the *Charter*, although the various rights guaranteed under ss. 7, 11(d), and 13 afford an accused greater protection than he or she was previously guaranteed.

2. Analysis to be followed in light of *S. (R.J.)* and *British Columbia Securities Commission v. Branch*

The fundamental principle which guides the analysis concerning compellability is the long cherished principle prohibiting self-incrimination. That principle has been described in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, and *S. (R.J.)*, at pp. 488 ff. This same principle finds expression in ss. 11(c) and 13 of the *Charter*, as well as in the residual protections contained in s. 7. The paramount concern is to ensure that the state is not permitted to conscript individuals against themselves. Rather, the state must always be subject to a positive obligation to establish a case to meet against the accused through other sources or only with the informed and voluntary cooperation of the accused. In order to ensure compliance with these principles, the court must strive to identify the extent to which they may be jeopardized by compelled testimony outside a criminal trial. Like Iacobucci J. at pp. 535-36 of *S. (R.J.)*, I adopt the following passage from Ed Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), at p. 484, as illustrative of the type of mischief which can result from compelled testimony:

Comme l'explique le juge Iacobucci aux pp. 525 et suiv. de l'arrêt *S. (R.J.)*, la majorité a peut-être fait une erreur dans son examen de la contraignabilité dans l'arrêt *Batary* en mettant l'accent sur la situation juridique d'une personne dans d'autres instances (c'est-à-dire dans des poursuites au criminel). Peu importe que l'arrêt *Batary* soit correct ou non, il ne faut surtout pas oublier que tout tribunal appelé à trancher une question de contraignabilité doit analyser la nature de l'instance dans laquelle le témoignage doit être fait plutôt que de s'en tenir à la situation juridique de la personne visée par l'assignation. Cette solution vaut aussi sous le régime de la *Charte*, bien que les divers droits garantis par les art. 7 et 13 et par l'al. 11(d) accordent aux accusés une plus grande protection qu'auparavant.

2. Analyse commandée par les arrêts *S. (R.J.)* et *British Columbia Securities Commission c. Branch*

Le principe fondamental qui nous guide pour l'analyse relative à la contraignabilité est le principe vénéré qui interdit l'auto-incrimination. Ce principe a été décrit dans les arrêts *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, et *S. (R.J.)* (aux pp. 488 et suiv.). On retrouve le même principe dans les dispositions de l'al. 11(c) et de l'art. 13 de la *Charte*, de même que dans les garanties résiduelles que comporte l'art. 7. Il importe avant tout de faire en sorte que l'État ne soit pas autorisé à mobiliser les individus contre eux-mêmes. L'État doit plutôt avoir en tout temps l'obligation positive de prouver l'accusation en recourant à d'autres sources ou seulement en obtenant la coopération éclairée et volontaire de l'accusé. Pour assurer le respect de ces principes, le tribunal doit s'efforcer de cerner dans quelle mesure ils peuvent être compromis par un ordre de témoigner dans une autre procédure qu'un procès criminel. À l'instar du juge Iacobucci, aux pp. 535 et 536 dans *S. (R.J.)*, je fais miens les propos qui suivent de Ed Ratushny, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 541, qui illustrent le préjudice auquel est exposé l'accusé contraint à témoigner:

The earlier hearing might be used as a “fishing expedition” to subject the witness to extensive questioning with a view to uncovering possible criminal conduct. The questioning might also be used to investigate a particular offence. For example, the accused might be required to reveal possible defences, the names of potential defence witnesses and other evidence. Moreover, the publicity generated by the hearing may seriously prejudice the likelihood of a fair trial.

The problem is that the initial hearing is likely to have none of the protections guaranteed by the criminal process. There will be no specific accusation, no presumption of innocence, no protections against prejudicial publicity, no rules of evidence and so on.

81 At the outset, it must be emphasized that a witness who is compelled to testify is not bereft of protection against self-incrimination. Pursuant to this Court’s reasons in *S. (R.J.)* and *Branch*, a witness who is compelled to testify will receive the protection of s. 13 of the *Charter* against the self-incriminatory use of his or her testimony and, as well, protection under s. 7 of the *Charter* against the use of evidence which has been derived from that testimony.

82 In *S. (R.J.)* and *Branch*, this Court recognized the need to strike an appropriate balance between the state’s interest in obtaining the evidence for a valid public purpose and the individual’s right to remain silent and to have a fair trial. To that end, a two-stage analysis has been developed to ascertain whether a witness is compellable in particular proceedings. First, the court must consider the importance to the state of obtaining compelled testimony from the witness. As noted in *Branch*, at p. 15, “the crucial question is whether the predominant purpose for seeking the evidence is to obtain incriminating evidence against the person compelled to testify or rather some legitimate public purpose.” Second, even where the purpose of compelling testimony is valid, it is necessary to assess the prejudicial effect of such compulsion upon the witness.

Il est possible qu’on utilise la procédure comme une «expédition de pêche» où l’on interrogera le témoin de façon serrée pour tenter de découvrir s’il a déjà participé à des infractions. Ou encore, on tentera de voir s’il a participé à une infraction en particulier. L’accusé pourrait, par exemple, être obligé de révéler ses défenses possibles, le nom de personnes qui pourraient être appelées comme témoin de la défense ainsi que d’autres preuves. De plus, la publicité que susciterait l’audition risque de compromettre ses chances d’avoir un procès équitable.

Le problème vient de ce que cette première procédure ne comportera sans doute pas les garanties du procès criminel. Il n’y aura pas d’accusation précise, pas de présomption d’innocence, pas de protection contre la publicité préjudiciable, les règles de la preuve ne joueront pas en sa faveur et ainsi de suite.

Il y a lieu de souligner, d’entrée de jeu, qu’une personne contrainte à témoigner n’est pas privée de protection contre l’auto-incrimination. À la suite des motifs de notre Cour dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*, une personne contrainte à témoigner bénéficie de la protection de l’art. 13 de la *Charte* contre une utilisation de son témoignage qui pourrait l’auto-incriminer, ainsi que de la protection de l’art. 7 de la *Charte* contre l’utilisation de la preuve dérivée de ce témoignage.

Dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*, notre Cour a reconnu la nécessité d’atteindre un équilibre approprié entre l’intérêt qu’a l’État à obtenir le témoignage dans un but public valable et le droit du particulier de garder le silence et de bénéficier d’un procès équitable. À cette fin, une analyse en deux étapes a été élaborée dans le but de déterminer si un témoin est contraignable dans des procédures données. Premièrement, le tribunal doit évaluer l’importance que présente pour l’État l’obtention du témoignage par la contrainte. Comme l’indique l’arrêt *Branch*, à la p. 15, «la question cruciale y est de savoir si la demande de témoignage a pour objet prédominant d’obtenir des éléments de preuve incriminants contre la personne contrainte à témoigner, ou si elle vise une autre fin publique légitime.» Deuxièmement, même lorsque le but pour lequel la personne est contrainte de témoigner est valable, il faut évaluer l’effet préjudiciable de cette contrainte sur le témoin.

The first stage of this analysis involves a consideration of the nature and public importance of the proceedings, the purposes for which the compelled testimony is sought, and the likely importance of that testimony. *Branch* provides guidelines for determining the predominant purpose of obtaining evidence in a non-criminal proceeding in these words at p. 15:

Where evidence is sought for the purpose of an inquiry, we must first look to the statute under which the inquiry is authorized. The fact that the purpose of inquiries under the statute may be for legitimate public purposes is not determinative. The terms of reference may reveal an inadmissible purpose notwithstanding that the statute did not so intend: see *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. Indeed, even if the terms of reference authorize an inquiry for a legitimate purpose in some circumstances, the object of compelling a particular witness may still be for the purpose of obtaining incriminating evidence.

The same case recognized, at p. 16, that when the purpose for calling a particular witness is not readily apparent, it may often be inferred from the overall effect of the evidence proposed to be called:

If the overall effect is that it is of slight importance to the proceeding in which it is compelled but of great importance in a subsequent proceeding against the witness in which the witness is incriminated, then an inference may be drawn as to the real purpose of the compelled evidence. If that relationship is reversed then no such inference may be drawn.

If, at this stage, the court is of the opinion that the proceedings are undertaken or functioning primarily in such a way as to obtain evidence for the prosecution of the witness, then s. 7 requires that the accused person be exempted from testifying. To allow the authorities to utilize separate proceedings as a substitute for a criminal investigation amounts to a breach of the fundamental requirement that the state must build its case without the unwilling assistance of the accused, and is incompatible with s. 7. In those situations, there is no need to proceed further with the analysis. The accused person will not be a compellable witness. I wish to point out, however, that the situations in

La première étape de cette analyse comporte un examen de la nature et de l'importance publique des procédures, des buts dans lesquels le témoignage forcé est recherché et de l'importance probable de ce témoignage. L'arrêt *Branch* donne des lignes directrices suivantes, à la p. 15, pour déterminer l'objet prédominant de l'obtention du témoignage dans une procédure non criminelle:

Lorsque le témoignage est demandé aux fins d'une enquête, nous devons d'abord examiner la loi qui autorise la tenue de cette enquête. Le fait que les enquêtes tenues en vertu de la loi puissent viser des fins publiques légitimes n'est pas déterminant. Le mandat peut révéler un objet inacceptable, même si cela n'était pas voulu dans la loi: voir *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366. En fait, même si le mandat prévoit la tenue d'une enquête à une fin légitime dans certaines circonstances, la contrainte à témoigner exercée contre une personne donnée peut quand même viser à obtenir des éléments de preuve incriminants.

Dans ce même arrêt, on a reconnu à la p. 16 que lorsque le but poursuivi en assignant une personne particulière à témoigner n'est pas si évident, il peut souvent être inféré de l'effet global du témoignage que l'on se propose de recueillir:

Si, de par son effet global, le témoignage a peu d'importance aux fins des poursuites au cours desquelles la personne est contrainte à témoigner, mais revêt une grande importance dans des procédures ultérieures engagées contre le témoin qui est alors incriminé, une déduction peut alors être faite quant à l'objet réel du témoignage forcé. Dans la situation inverse, on ne peut pas faire une telle déduction.

Si le tribunal estime alors que la procédure est utilisée principalement pour soutirer des éléments de preuve servant à poursuivre le témoin, l'art. 7 exige dans ce cas que l'accusé soit soustrait à l'obligation de témoigner. Permettre aux autorités d'utiliser une procédure distincte au lieu d'une enquête criminelle équivaut à porter atteinte à l'exigence fondamentale selon laquelle l'État doit faire sa preuve sans que l'accusé soit forcé de l'y aider et est incompatible avec l'art. 7. S'il s'agit d'un cas de cette nature, il est inutile de poursuivre l'analyse. L'accusé ne sera pas un témoin contraignable. Je tiens toutefois à souligner que les cas où une personne est contrainte de témoigner dans un

which an improper purpose for compelling evidence arises may be infrequent: see, for example, *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.), and *Buffalo v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1. Where, on the other hand, the court finds that the proceedings in question were created to achieve goals of substantial public importance and not to further a criminal prosecution, it must continue to the second stage of the analysis.

86 The second stage of the analysis requires the court to balance the rights of the individual accused against the interests of the state in receiving the compelled testimony in a way which ensures that all the requirements of the *Charter* are upheld. The result of the balancing will depend upon the circumstances of each case. The reasons in *Branch*, at p. 16, provided some guidelines to this end:

If it is shown that the only prejudice is the possible subsequent derivative use of the testimony then the compulsion to testify will occasion no prejudice for that witness. The witness will be protected against such use. Further, if the witness can show any other significant prejudice that may arise from the testimony such that his right to a fair trial will be jeopardized, then the witness should not be compellable.

What must now be done is to apply the principles set out in *S. (R.J.)* to the situation presented on this appeal.

### 3. Application of the Principles

87 The accused managers claim that their criminal trial will be compromised because evidence introduced at the Inquiry, which is not subject to the rules governing the admissibility of evidence in criminal trials, will later be used against them. This, they say, will be the inevitable result because the overlap between the criminal charges and the mandate of the Inquiry is so great that the findings of the Commissioner will be tantamount to findings as to criminal responsibility. Further, as a consequence of being forced to speak, their own testimony may lead the authorities to other evi-

but inapproprié seront probablement rares: voir par exemple *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.), et *Buffalo c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (1994), 86 F.T.R. 1. Par contre, si le tribunal estime que la procédure en cause a pour but de réaliser des objectifs de grande importance pour le bien public et non de favoriser des poursuites au criminel, il doit alors passer à la deuxième étape de l'analyse.

Pour cette étape, le tribunal doit également soulever les droits de l'accusé et ceux de l'État qui veut obtenir le témoignage par la contrainte, de façon que toutes les exigences de la *Charte* soient respectées. Le résultat de cette pondération dépendra des circonstances de chaque cas. On trouve dans l'arrêt *Branch*, à la p. 16, des lignes directrices à cette fin:

S'il est établi que le seul préjudice est la possibilité que les éléments de preuve dérivée, obtenus grâce au témoignage, soient utilisés ultérieurement, alors la contrainte à témoigner ne causera aucun préjudice au témoin en question. Celui-ci sera protégé contre une telle utilisation. De plus, le témoin qui peut établir que son témoignage risque de causer un autre préjudice important susceptible de compromettre son droit à un procès équitable ne devrait pas être contraignable.

Il s'agit maintenant d'appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *S. (R.J.)* à la situation en cause dans le présent pourvoi.

### 3. Application des principes

Les directeurs accusés prétendent que leur procès criminel sera compromis, parce que la preuve présentée à l'enquête, qui n'est pas soumise aux règles relatives à l'admissibilité de la preuve dans les procès criminels, sera ultérieurement utilisée contre eux. Ce résultat sera, selon eux, inévitable car le chevauchement des accusations criminelles et du mandat de la commission d'enquête est tel que les conclusions du commissaire équivaudront à une imputation de responsabilité criminelle. En outre, s'ils sont contraints de témoigner, leur propre témoignage peut mener les autorités à d'autres

1995 CanLII 86 (CSC)

dence which can later be used against them at trial. It is important to note, however, that these concerns focus more upon the detrimental effects of the publication of Inquiry evidence and its conclusions rather than upon the mere conduct of the proceedings. Yet, as will be seen, I think that s. 11(d) of the *Charter* can adequately protect the accused and provides an answer to their concerns.

The first stage of the analysis requires that the public interest in obtaining the compelled testimony be identified. The nature and purpose of the Inquiry must be examined. In this case the division of powers issue has already been decided. The Court of Appeal found that the Inquiry came within the jurisdiction of the province. Leave to appeal on that issue was refused by this Court. In discussing the nature of the Westray Inquiry, Hallett J.A. was of the opinion, at pp. 224-25, that the Commissioner's legislative mandate is:

... to conduct a wide-ranging inquiry which includes investigation, of the role of, not only the managers and supervisory personnel at the mine, but inspectors of the Department of Labour charged with the responsibility of monitoring the operation of the mine. He is directed to inquire into the geological structure in the area where the mine is located, and whether neglect caused or contributed to the explosion. By implication he is to inquire into and report on the adequacy of the existing legislation regulating coal mines. He is empowered to inquire into "all other matters relating to the establishment and operation of the mine"; to report and make recommendations.

In other words, the primary purposes of the Inquiry are to identify the causes of the explosion, to determine whether or not it could have been prevented, and to suggest the means for preventing the recurrence of such a disaster. Its aim is not to conduct a criminal investigation or assign criminal responsibility.

These purposes are of very significant public importance. The mandate of the Inquiry is of a similar nature to the types of proceedings which the Law Reform Commission of Canada has sug-

éléments de preuve qui pourront servir contre eux au procès. Il importe cependant de noter que ces inquiétudes se rapportent davantage aux effets préjudiciables de la publication de la preuve recueillie dans le cadre de l'enquête et de ses conclusions, qu'à la simple tenue de l'enquête. Pourtant, comme nous le verrons, je crois que l'al. 11d) de la *Charte* protège suffisamment les accusés et permet de dissiper leurs inquiétudes.

La première étape de l'analyse nous oblige à préciser en quoi il y va de l'intérêt public d'obtenir des témoignages par la contrainte. Il faut prendre en considération la nature et le but de l'enquête. Dans la présente espèce, la question du partage des pouvoirs a déjà été tranchée. La Cour d'appel a conclu que l'enquête relevait de la compétence de la province. Notre Cour a refusé l'autorisation de pourvoi sur ce point. Le juge Hallett, qui a examiné la nature de l'enquête Westray, a déclaré, aux pp. 224 et 225, que le mandat donné au commissaire par la loi était le suivant:

[TRADUCTION] ... faire une enquête approfondie qui comprend l'examen du rôle non seulement des directeurs et du personnel de surveillance de la mine, mais aussi des inspecteurs du ministère du Travail chargés de la surveillance de l'exploitation de la mine. Il a pour mission d'étudier la structure des couches géologiques de la région où se trouve la mine et de déterminer si la négligence a pu causer l'explosion ou y contribuer. Implicitement, il est chargé de décider si les lois réglementant les mines de charbon sont suffisantes. Il a le pouvoir d'étudier «toutes autres questions concernant l'établissement et l'exploitation de la mine», de faire rapport de ses conclusions et de présenter des recommandations.

Autrement dit, les objectifs premiers de l'enquête sont de trouver les causes de l'explosion, de déterminer si elle aurait pu être évitée et de proposer des moyens d'empêcher que pareil désastre ne se reproduise. Son but n'est pas de faire une enquête criminelle ni d'imputer une responsabilité criminelle.

Ces objectifs sont très importants au regard du bien public. Le mandat de la commission d'enquête est de la même nature que l'objet des procédures dont la Commission de réforme du droit du

gested in its Working Paper 17, at p. 31, are important enough to warrant broad investigatory powers:

What is of "substantial public importance"? A new statute should not list categories of such matters; legislative life being what it is, inevitably such a list would quickly prove incomplete and obstructive. In most instances, however, whether a given matter is of such a kind should be evident. Does it involve, for example, serious accusations of incompetence or venality in government itself? Serious breakdown in the implementation or administration of an established government policy? Natural disaster badly handled or an unexplained serious accident? It is fair to say that, although one cannot anticipate all questions that can reasonably be deemed to be of substantial public importance, "one will know one when one sees one". [Emphasis added; quoted at pp. 538-39 of the majority reasons in *S. (R.J.)*.]

Canada a dit, dans son document de travail 17, aux pp. 32 et 33, qu'elles sont assez importantes pour justifier de larges pouvoirs d'enquête:

Quelles sont les questions «importantes pour le bien public»? Il n'y a pas lieu pour la nouvelle loi d'énumérer les catégories; les possibilités d'évolution de la législation étant ce qu'elles sont, une telle énumération serait bientôt jugée incomplète et gênante. Dans la plupart des cas, toutefois, l'importance d'une question donnée ne devrait pas faire de doute. Parmi les hypothèses susceptibles de faire envisager la création d'une commission d'enquête, on peut penser à de graves accusations d'incompétence ou de vénalité à l'intérieur de l'administration, à de graves insuffisances dans la mise en œuvre ou l'application d'une décision politique, ou à un désastre naturel auquel on n'a pas su faire face ou un grave accident demeuré sans explication. On peut raisonnablement penser que même si l'on ne peut prévoir toutes les questions susceptibles d'être jugées importantes pour le bien public, on saura les reconnaître lorsqu'il s'en présentera. [Je souligne; passage cité aux pp. 538 et 539 des motifs de la majorité dans l'arrêt *S. (R.J.)*.]

90 In this case the magnitude of the tragedy, its impact throughout Nova Scotia, the extensive publicity which has followed the explosion and accompanied the progress of the Inquiry, and the undeniable importance of the mining industry to the Nova Scotia economy all emphasize the great public significance of the inquiry. The public interest in learning the truth about what happened includes a very real desire to obtain all of the relevant information in as timely a manner as possible. The scale of this disaster and its widespread impact are of such a notable and exceptional nature that the strong and continuing community interest in holding an open inquiry must be given ample weight.

En l'espèce, l'ampleur de la tragédie, son impact sur l'ensemble de la Nouvelle-Écosse, la publicité abondante qui a suivi l'explosion et accompagné le déroulement de l'enquête et l'importance indéniable de l'industrie minière dans l'économie néo-écossaise sont tous des facteurs qui mettent en évidence l'importance considérable de l'enquête pour le bien public. L'intérêt qu'a la population à connaître la vérité sur les faits englobe un désir très réel d'obtenir toute l'information pertinente le plus tôt possible. L'étendue du désastre et ses répercussions généralisées sont d'une nature tellement marquante et exceptionnelle qu'il faut accorder beaucoup de poids à l'intérêt manifesté avec vigueur et persistance par la collectivité dans la tenue d'une enquête transparente.

91 Under the second stage of the analysis, there are three important factors which must be considered in the effort to achieve a fair balance between the threat to individual rights and the public interest in compelling testimony. First, to conduct the inquiry without full access to the information which will be provided by the testimony of the two most senior mine managers would severely impair the effectiveness of the Inquiry. More importantly, it

La deuxième étape de l'analyse comporte trois facteurs importants à prendre en considération pour tenter de réaliser un juste équilibre entre la menace pour les droits individuels et l'intérêt public dans l'obtention de témoignages par la contrainte. Premièrement, mener l'enquête sans le plein accès à l'information que fournira le témoignage des directeurs titulaires des deux postes les plus élevés nuirait gravement à l'efficacité de l'en-

would aggravate rather than assuage the public cynicism concerning the ability of government to protect industrial labourers adequately or to investigate the circumstances surrounding this tragedy properly. A good deal of the public interest in proceeding with the Inquiry is therefore dependent upon the Inquiry having access to the testimony of the respondents.

Second, the long-standing and unique Canadian approach to the problems of compelling witnesses to testify must be considered. As explained in *S. (R.J.)*, at p. 534, “the Canadian solution is to couple compellability with protection in the form of evidentiary immunity”, and our Constitution is “willing to permit a unique balancing of individual and societal interests”. This situation has not been altered by the passage of the *Charter*, which has instead added to the protections enjoyed by an accused. Thus, s. 11(c) provides that an accused is not compellable at his own trial and s. 13 prevents any evidence given by an accused in prior proceedings from being introduced at that trial. Further, the residual guarantees contained in s. 7 can prevent evidence discovered or appreciated by the authorities as a result of the earlier testimony from being introduced at the later criminal trial. Witnesses subpoenaed before the Westray Inquiry are protected against the subsequent use of that testimony at their later criminal trial by s. 13 of the *Charter*, without having to request such protection expressly. They are also protected against the use of certain types of evidence which would not be discovered by the authorities “but for” the earlier compelled testimony of the witnesses. (See the discussion of the derivative use immunity contained at pp. 544-66 of *S. (R.J.)*.) Although, as stated in *Branch*, the issue of improper purpose may be raised at the subpoena stage, it will be difficult to establish at that point since the true purpose of the evidence will often not be apparent until the subsequent proceeding.

quête. Fait plus important encore, cela augmenterait au lieu d’atténuer le cynisme de la population à l’égard de la capacité du gouvernement de protéger adéquatement les travailleurs ou d’enquêter comme il se doit sur les circonstances de cette tragédie. L’intérêt public dans la poursuite de l’enquête dépend donc en grande partie de l’accès au témoignage des intimés dans le cadre de l’enquête.

Deuxièmement, il y a lieu de prendre en considération le point de vue particulier adopté au Canada depuis longtemps quant aux problèmes que pose la contraignabilité des témoins. Comme cela est expliqué dans l’arrêt *S. (R.J.)*, à la p. 534, «la solution canadienne consiste à conjuguer la contraignabilité avec la protection sous forme d’immunité relative à la preuve» et notre Constitution «est disposé[e] à permettre l’établissement d’un équilibre unique entre les intérêts du particulier et ceux de la société». L’adoption de la *Charte* n’a pas modifié cette situation, celle-ci n’ayant plutôt qu’augmenté les protections dont jouissent les accusés. Ainsi, l’al. 11c) dit que l’inculpé ne doit pas être contraint de témoigner à son propre procès et l’art. 13 empêche l’utilisation au procès du témoignage qu’il a donné dans une autre procédure. De plus, les garanties résiduelles contenues à l’art. 7 peuvent empêcher l’utilisation au procès criminel des éléments de preuve découverts ou évalués par les autorités par suite du témoignage antérieur. Les témoins assignés dans le cadre de l’enquête Westray sont protégés contre l’utilisation ultérieure de leur témoignage à leur procès criminel par l’art. 13 de la *Charte*, sans qu’ils aient à s’en prévaloir expressément. Ils sont aussi protégés contre l’utilisation de certains types de preuve qui n’auraient pas été découverts par les autorités «n’eût été» le témoignage qu’ils ont été contraints de faire antérieurement. (Voir l’analyse de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée aux pp. 544 à 566 de l’arrêt *S. (R.J.)*.) Bien que, comme il est souligné dans *Branch*, la question de l’objet inapproprié peut être soulevée à l’étape de l’assignation, ce point sera difficile à établir à cette étape puisque l’objet véritable du témoignage ne deviendra souvent évident qu’à la procédure ultérieure.

93 At this point, it may be helpful to examine briefly the protection against the use of derivative evidence. Although the issue is not, at this stage, directly before the Court, it may be helpful to say something about the broad scope of the protections afforded to an accused at a later stage in the proceedings. In *S. (R.J.)*, Iacobucci J. noted the semantic difficulties involved in any attempt to define "derivative evidence". He therefore proposed instead not a definition of the term, but rather a test to identify the types of derivative evidence which should be excluded at a later criminal trial. This approach (at p. 561) excludes "evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the testimony of a witness". This "but for" test is to be applied in a flexible and practical manner at the discretion of the trial judge. The burden of proving that the admission of this evidence would violate the residual protection against self-incrimination found in s. 7 rests with the accused person claiming the violation. However, as a practical matter, much of the evidentiary burden will be borne by the Crown. This must follow since once the accused can point to a "plausible connection" between the compelled testimony and the evidence, then realistically only the Crown will have access to information as to how the evidence was obtained. This is the test which will eventually have to be applied at the criminal trial of the respondents Gerald Phillips and Roger Parry should they claim that evidence relied upon by the Crown was derived from their earlier testimony given at the Westray Inquiry.

Il peut être utile de s'arrêter un peu sur la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. Bien qu'à ce moment-ci, notre Cour ne soit pas directement saisie de cette question, il peut être utile de dire quelque chose au sujet de l'étendue des protections offertes aux accusés à une étape postérieure de la procédure. Dans l'arrêt *S. (R.J.)*, le juge Iacobucci a souligné les difficultés d'ordre sémantique liées à toute tentative de définir le terme «preuve dérivée». Il a donc proposé, au lieu d'une définition, un critère permettant de recenser les types de preuve dérivée qui devraient être écartés au procès criminel. Selon cette méthode (à la p. 561), serait écartée «la preuve [. . .] qui n'aurait pas pu être obtenue, ou dont on n'aurait pas pu apprécier l'importance, n'eût été le témoignage d'une personne». Le juge du procès doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, appliquer ce critère («n'eût été») de manière souple et pratique. C'est à l'accusé qui invoque la violation de prouver que l'utilisation de cette preuve violerait la protection résiduelle contre l'auto-incrimination offerte par l'art. 7. Toutefois, en pratique, la charge de la preuve revient en grande partie au ministère public. Cela s'impose étant donné qu'une fois que l'accusé a pu établir «l'existence plausible d'un lien» entre le témoignage fait sous la contrainte et la preuve, seul le ministère public a accès aux renseignements qui permettent de savoir comment la preuve a été obtenue. C'est ce critère qu'il faudra en fin de compte appliquer au procès criminel des intimés Gerald Phillips et Roger Parry s'ils soutiennent que la preuve invoquée par le ministère public est dérivée de leur témoignage antérieur recueilli à l'enquête Westray.

94 There are as well other protections available under the *Charter* to an accused compelled to testify before a public inquiry. Section 11(d) allows an accused to seek limits upon the publication of inquiry proceedings while they are continuing. In cases of severe prejudice, an accused can seek a stay of the criminal charges if the inquiry is found to function primarily as a substitute for a proper criminal investigation or if the accused can demonstrate that he can no longer obtain a fair trial

L'accusé qui a été contraint de témoigner dans le cadre d'une enquête publique bénéficie d'autres protections sous le régime de la *Charte*. L'alinéa 11d) permet à l'accusé de demander que la publication des comptes rendus de l'enquête pendant qu'elle suit son cours fasse l'objet de restrictions. En cas de préjudice grave, l'accusé peut demander à un tribunal d'arrêter les poursuites au criminel s'il estime que l'enquête vise principalement à atteindre les buts d'une enquête criminelle en



as a result of adverse publicity pertaining to the inquiry.

Therefore, although there is no absolute rule that all witnesses other than accused at their own trials are compellable, there is a presumption in our system of criminal justice that persons will in fact be compellable witnesses. Any harm which may be suffered by a witness as a result of compelled testimony can be avoided by granting the appropriate *Charter* remedy short of testimonial immunity. If this approach is adopted, *Charter* relief can be properly tailored to the actual harm suffered. Further, the search for truth is promoted by such a system which couples a principle of broad compellability with *Charter* protections for the witness in subsequent criminal proceedings.

The third factor relevant to the balance which must be struck between the rights of the individual mine managers and the public interest in proceeding with a full inquiry with compelled testimony is the consideration of the role of government in the circumstances of this case. There are, in this case, two separate sets of proceedings; one is a public inquiry and the other is a criminal trial. They are initiated by the government, which is ultimately responsible for their conduct. There is clearly a strong public interest in proceeding with the Inquiry, but there is also a public interest in seeing that those guilty of criminal offences are brought to trial. Even if, in the circumstances of this case, there is a reasonable likelihood that the immediate holding of the Westray Inquiry is constitutionally incompatible with later criminal trials, it will not, as a general rule, be for the courts to decide which of the two proceedings should take precedence.

In the circumstances of this case, for example, the government must, and undoubtedly has, carefully considered the choices open to it. If it chooses to proceed with the Westray Inquiry and to endow the Commissioner with an unlimited power to subpoena, then it runs the risk that the criminal trials of the accused managers may possibly be irreparably compromised either because much of

bonne et due forme ou si l'accusé peut montrer qu'il ne peut plus avoir un procès équitable à cause de la publicité défavorable découlant de l'enquête.

Par conséquent, bien qu'il n'existe pas de règle absolue voulant que tous les témoins soient contraignables, sauf l'accusé à son procès, il existe dans notre système de justice criminelle une présomption dans ce sens. Tout préjudice causé à une personne contrainte à témoigner peut être évité en accordant la réparation convenable, autre que l'immunité, prévue par la *Charte*. Si cette solution est choisie, la réparation fondée sur la *Charte* peut être adaptée au préjudice subi. En outre, la recherche de la vérité est favorisée par un tel système qui combine à un principe de large contraignabilité les protections offertes par la *Charte* au témoin dans les procédures criminelles ultérieures.

Le troisième facteur qui concerne l'équilibre à atteindre entre les droits des directeurs de la mine individuellement et l'intérêt public dans la poursuite d'une enquête exhaustive au moyen de témoignages obtenus par la contrainte, est celui du rôle du gouvernement dans les présentes circonstances. Il y a en l'espèce deux procédures distinctes: une enquête publique et un procès criminel. Ils ont tous deux été entrepris à l'initiative du gouvernement, à qui il incombe en fin de compte de voir à leur bonne marche. De toute évidence, il y va de l'intérêt public de poursuivre l'enquête, mais il y va aussi de l'intérêt public de traduire en justice ceux qui se sont rendus coupables d'infractions criminelles. Même s'il est assez probable, vu les circonstances de l'espèce, que la reprise immédiate de l'enquête Westray soit, du point de vue constitutionnel, incompatible avec la tenue de procès criminels par la suite, il n'appartient pas en règle générale aux tribunaux de décider laquelle des procédures devrait arriver la première dans le temps.

Dans les présentes circonstances, par exemple, le gouvernement doit examiner soigneusement les choix offerts, et l'a sûrement fait. S'il opte pour la poursuite de l'enquête Westray et pour l'attribution au commissaire d'un pouvoir illimité en matière d'assignation, il courra alors le risque de voir les procès criminels des directeurs accusés irréparablement compromis soit parce qu'une grande par-

95

1995 CanLII 86 (CSC)

96

97

the evidence given at the Inquiry may prove to be inadmissible testimony or derivative evidence at the criminal trial, or because excessive publicity will make a fair trial impossible. On the other hand, if the government wishes to take every possible precaution to ensure that there is no risk to the criminal trials, then it could choose to halt, delay, or limit the powers of the Inquiry. To follow this latter course, however, involves the inevitable risk that the public will lose faith both in the government's ability and willingness to get at the truth and in the political system as a whole. Whatever route is selected, the courts must, as a general rule, respect the government's choice. A similar approach has been taken in the United States in respect of criminal proceedings which followed a highly publicized congressional inquiry. In *Delaney v. United States*, 199 F.2d 107 (1st Cir. 1952), Magruder C.J. stated at p. 114:

We think that the United States is put to a choice in this matter: If the United States, through its legislative department, acting conscientiously pursuant to its conception of the public interest, chooses to hold a public hearing inevitably resulting in such damaging publicity prejudicial to a person awaiting trial on a pending indictment, then the United States must accept the consequence that the judicial department, charged with the duty of assuring the defendant a fair trial before an impartial jury, may find it necessary to postpone the trial until by lapse of time the danger of the prejudice may reasonably be thought to have been substantially removed.

98 In oral argument before this Court, the Attorney General of Nova Scotia acknowledged the risks in proceeding immediately with a full inquiry. He nonetheless stated that his government considered the immediate resumption of the Inquiry to be of such overriding importance to the community that it is willing to accept the risk that the criminal prosecutions may be adversely affected or even stayed as a result of the Inquiry proceedings. The government is almost certainly better placed than the courts to assess the need for and value of the Inquiry. It is best able to calculate and weigh the risks and benefits to the public of proceeding with the Inquiry. In the absence of demonstrated mis-

tie des témoignages entendus dans le cadre de l'enquête seront inadmissibles ou constitueront une preuve dérivée au moment du procès criminel, soit parce que la publicité excessive rendra impossible la tenue d'un procès équitable. En revanche, si le gouvernement veut prendre toutes les précautions afin de garantir l'intégrité des procès criminels, il peut choisir d'arrêter ou de remettre l'enquête ou de limiter les pouvoirs du commissaire. Toutefois, s'il opte pour cette seconde solution, il court inévitablement le risque que la population perde confiance dans sa capacité et sa volonté de découvrir la vérité et dans le système politique dans son ensemble. Quelle que soit l'option retenue, les tribunaux doivent, en règle générale, respecter ce choix. Un point de vue semblable a été adopté aux États-Unis à l'égard des poursuites criminelles qui ont suivi une enquête du Congrès fortement médiatisée. Dans l'arrêt *Delaney c. United States*, 199 F.2d 107 (1st Cir. 1952), le juge en chef Magruder a dit, à la p. 114:

[TRADUCTION] Nous croyons que les États-Unis doivent faire un choix dans cette affaire: si les États-Unis, par le truchement du pouvoir législatif, choisissent consciencieusement et en conformité avec leur conception de l'intérêt public, de tenir une enquête publique qui entraînera inévitablement une publicité dommageable à une personne qui attend son procès sur une inculpation, ils doivent alors accepter les conséquences, savoir que le département de la Justice, à qui il incombe de veiller à ce que l'accusé ait un procès équitable devant un jury impartial, estime nécessaire de remettre le procès jusqu'à ce que le danger de préjudice se soit suffisamment éloigné.

Dans sa plaidoirie devant notre Cour, le procureur général de la Nouvelle-Écosse a reconnu les risques de la tenue immédiate d'une enquête exhaustive. Il a néanmoins déclaré que son gouvernement estimait que la reprise immédiate de l'enquête présentait une importance tellement considérable pour la collectivité qu'il était prêt à courir le risque qu'un préjudice soit causé aux poursuites criminelles ou que celles-ci soient même arrêtées à cause de l'enquête. Il est presque absolument certain que le gouvernement est mieux placé que les tribunaux pour juger de la nécessité et de la valeur de l'enquête. Il est mieux à même de calculer et de peser les risques et les avantages de la reprise de

conduct on the part of government, such as a refusal to enforce the criminal law in a manner that amounts to a flagrant impropriety, courts should not interfere with the choice it has made.

To put it another way, unless it can be shown that the government is acting in bad faith, prior restraint of government action in creating and proceeding with a public inquiry that is within its jurisdiction will be rare. There is no evidence of bad faith or of a refusal to enforce the criminal law in this case. The government of Nova Scotia has appreciated and considered the possibility that Gerald Phillips and Roger Parry may never be brought to trial, and there is nothing to indicate that its decision should be reviewed by this Court. If the Inquiry were to be held prior to the criminal trials by jury, it would be for the trial judge to determine the appropriate remedy for the breach of any *Charter* rights which the hearings might have occasioned.

To summarize, there can be no doubt that the respondents Gerald Phillips and Roger Parry would be compellable witnesses before the public Inquiry. They clearly meet all the requirements set out in *S. (R.J.)* and in *Branch*. They are not being called to testify in order to demonstrate their criminal guilt. Rather, the predominant purpose of obtaining their evidence is to further the objectives of the Inquiry which are of very significant public importance central to the nature and effectiveness of the Inquiry.

Nonetheless, although Phillips and Parry are compellable witnesses, there may be grounds for objecting to individual questions posed to them which might go beyond the purposes of the Inquiry. For the moment, however, the only prejudice which they stand to suffer relates to the use of evidence derived from their testimony. As indicated in *Branch*, this is not a sufficient ground for refusing to compel them.

l'enquête au regard du bien public. S'il n'a pas été prouvé que la conduite du gouvernement a été répréhensible, celui-ci ayant refusé par exemple d'appliquer le droit criminel d'une manière qui équivaut à une irrégularité flagrante, les tribunaux ne doivent pas s'immiscer dans le choix qu'il a fait.

Autrement dit, sauf si l'on peut démontrer que le gouvernement agit de mauvaise foi, les tribunaux interviendront rarement pour lui interdire par avance d'agir s'il a décidé de constituer une commission d'enquête qui relève de sa compétence. Rien n'indique dans le présent dossier qu'il y ait eu mauvaise foi ou refus d'appliquer le droit criminel. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a évalué et pris en considération la possibilité que Gerald Phillips et Roger Parry ne puissent jamais être cités à leur procès, et rien n'indique qu'il y ait lieu que notre Cour révise sa décision. Si l'enquête devait se tenir avant les procès criminels avec jury, il appartiendrait au juge du procès de statuer sur la réparation convenable au cas où les audiences auraient entraîné une violation de droits garantis par la *Charte*.

En résumé, il ne fait aucun doute que les intimés Gerald Phillips et Roger Parry seraient des témoins contraignables à l'enquête publique. Ils répondent de toute évidence aux exigences formulées dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*. Ils ne sont pas appelés à témoigner pour démontrer leur culpabilité criminelle. Le but prédominant de l'obtention de leur témoignage est plutôt de favoriser les objectifs de l'enquête, qui ont une très grande importance pour le public et sont au cœur même de la nature et de l'efficacité de l'enquête.

Néanmoins, bien que Phillips et Parry soient des témoins contraignables, il existe peut-être des motifs de s'opposer à ce que leur soient posées certaines questions qui pourraient aller au-delà des buts de l'enquête. Toutefois, pour le moment, le seul préjudice qu'ils risquent de subir est celui qui se rapporte à l'utilisation d'éléments de preuve dérivés de leur témoignage. Ainsi qu'il est mentionné dans l'arrêt *Branch*, il ne s'agit pas là d'un motif suffisant pour refuser qu'ils soient contraints de témoigner.

99  
1995 CanLII 86 (CSC)

100

101

C. *Section 11(d): The Right to a Fair Trial*

102 The respondents Gerald Phillips and Roger Parry contend that the Appellate Division of the Nova Scotia Supreme Court correctly determined that their rights to a fair trial would be violated if the Westray Inquiry were to proceed prior to or at the same time as their trials. Their position differs from that of some of the other participants in this appeal in two respects. First, they argue that the Court of Appeal applied the correct test as to when relief should be granted for a threatened Charter breach. This point is disputed by the appellant United Steelworkers of America. Secondly, the respondent managers assert that the Court of Appeal properly considered the relevant factors which would affect the fairness of the trial and appropriately weighed these factors in light of the circumstances of this case. A contrary position is taken by the Steelworkers, the Commissioner, those Attorneys-General who address the issue and, to a lesser extent, the Westray Families' Group.

1. The threshold test for Charter relief

104 Section 11(d) of the *Charter* guarantees to every person charged with an offence the right:

11. . . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. . . .

104 The right to be presumed innocent is the single most important principle of our system of criminal justice. In *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, Lamer C.J. explained, at pp. 282-83, the necessity of independence and impartiality to

ensure that a person is tried by a tribunal that is not biased in any way and is in a position to render a decision which is based solely on the merits of the case before it, according to law. The decision-maker should not be influenced by the parties to a case or by outside forces except to the extent that he or she is persuaded by

C. *L'alinéa 11d): le droit à un procès équitable*

Les intimés Gerald Phillips et Roger Parry soutiennent que la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a déclaré à bon droit que leur droit à un procès équitable serait violé si l'enquête Westray était reprise avant leur procès ou en même temps que celui-ci. Leur thèse diffère de celle d'autres participants au présent pourvoi sous deux aspects. Premièrement, ils affirment que la Cour d'appel a appliqué le critère qui convient lorsqu'il s'agit de statuer sur l'opportunité d'accorder une réparation en cas de menace de violation de la Charte. Le syndicat des Métallurgistes unis d'Amérique appelant conteste cet argument. Deuxièmement, les directeurs intimés soutiennent que la Cour d'appel a tenu compte à juste titre des facteurs pertinents qui influent sur l'équité du procès et qu'elle a apprécié avec justesse ces facteurs compte tenu des circonstances de l'espèce. Les Métallurgistes affirment le contraire, à l'instar du commissaire et des procureurs généraux qui se prononcent sur ce point et, dans une moindre mesure, du groupe des familles de Westray.

1. Le critère préliminaire concernant la réparation fondée sur la Charte

Aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*, tout inculpé a le droit:

11. . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Le droit à la présomption d'innocence est le principe le plus important de notre système de justice criminelle. Dans l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, le juge en chef Lamer explique, aux pp. 282 et 283, la nécessité de l'indépendance et de l'impartialité pour

s'assurer que la personne est jugée par un tribunal qui n'est aucunement partial et qui est apte à rendre une décision fondée seulement sur la preuve dont il est saisi, conformément à la loi. Le décideur ne devrait pas être influencé par les parties ni par des forces extérieures, sauf dans la mesure où il est convaincu par les argu-

submissions and arguments pertaining to the legal issues in dispute. Secondly, however, irrespective of any actual bias on the part of the tribunal, s. 11(d) seeks to maintain the integrity of the judicial system by preventing any reasonable apprehensions of such bias.

It is the fond hope and reasonable expectation of all Canadians that the unifying foundation of these guarantees is the concept of fairness. All persons charged with an offence must have their criminal liability determined in proceedings which are fair. The Nova Scotia Court of Appeal found that this fundamental constitutional entitlement would be breached were the Westray Inquiry to proceed to hold public hearings prior to the trials of the accused managers (on charges of, at that time, violating provisions of the *Occupational Health and Safety Act*). It must now be determined whether the threat to the fair trial rights of the respondents Gerald Phillips and Roger Parry require that the Inquiry proceedings be stayed.

The respondent mine managers and the Westray Families' Group identify several aspects of the Inquiry which pose a risk to the fair trial interests of the accused. The foremost is the concern that Gerald Phillips and Roger Parry will be prejudiced by the pre-trial publicity which will undoubtedly accompany the Inquiry hearings. It is also contended that it would be unfair to subject these two respondents to simultaneous proceedings (inquiry and trial) in respect of their role in the Westray disaster, and to allow the Inquiry to continue prior to trial in light of the record of close cooperation by Inquiry staff with the police.

No public hearings have yet been held by the Commissioner. When this appeal was argued the trials of the accused mine managers had not yet begun. Any infringement of their rights to a fair trial was then prospective in nature. It will still be helpful to address the preliminary question of when relief can be granted for an anticipated *Charter* breach before turning to a consideration of the specific question as to whether the impugned state action (the Inquiry) would have the effects that it is alleged would flow from it, and whether those

ments et les plaidoiries portant sur les questions de droit en litige. Deuxièmement, indépendamment de tout préjugé réel de la part du tribunal, l'al. 11d) cherche à maintenir l'intégrité du système judiciaire en empêchant toute crainte raisonnable de tels préjugés.

C'est l'espoir cher et l'attente raisonnable de tous les Canadiens que le fondement unificateur de ces garanties soit la notion d'équité. La responsabilité criminelle de tout inculpé doit être établie à l'issue d'un procès équitable. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que ce droit constitutionnel fondamental serait violé si les audiences publiques de l'enquête Westray précédaient les procès des directeurs accusés (sur l'inculpation, à ce moment-là, d'avoir contrevenu à des dispositions de l'*Occupational Health and Safety Act*). Il s'agit maintenant de décider si la menace pour le droit à un procès équitable des intimés Gerald Phillips et Roger Parry commande la suspension des audiences de l'enquête.

Pour les directeurs de la mine intimés et le groupe des familles de Westray, plusieurs aspects de l'enquête menacent le droit des accusés à un procès équitable. Vient au premier rang la crainte que la publicité qui accompagnera sans aucun doute l'enquête, et ce avant le procès, ne cause un préjudice à Gerald Phillips et à Roger Parry. On prétend en outre qu'il serait injuste de soumettre ces deux intimés à des procédures simultanées (enquête et procès) concernant leur rôle dans le désastre de Westray et d'autoriser la poursuite de l'enquête avant le procès, étant donné l'étroite collaboration manifestée par le personnel de la commission et les policiers.

Le commissaire n'a encore tenu aucune audience publique. Au moment où le présent pourvoi a été entendu, les procès des directeurs de la mine inculpés n'avaient pas encore commencé. Toute atteinte à leur droit à un procès équitable n'était donc qu'une éventualité. Il sera utile d'examiner la question préliminaire de savoir dans quels cas une réparation peut être accordée pour une menace de violation de la *Charte* avant d'étudier la question précise de savoir si l'action gouvernementale attaquée (l'enquête) aurait les effets

105

1995 CanLII 86 (CSC)

106

107

effects would amount to a violation of s. 11(d) of the *Charter*.

2. When will relief be granted for a prospective *Charter* breach?

The onus of proving a *Charter* breach lies upon the individual who claims it. It is true that relief may be granted for a prospective *Charter* violation. (See *Operation Dismantle Inc.*, *supra*.) However, relief will only be granted in circumstances where the claimant is able to prove that there is a sufficiently serious risk that the alleged violation will in fact occur. In *Operation Dismantle Inc.*, *supra*, where the anticipated violation was of s. 7, Dickson C.J. adopted (at p. 458) the requirement that the individual seeking to restrain government action must demonstrate a "high degree of probability" that the *Charter* infringement will occur before the court will grant relief.

Two cases have considered the issue of the proper test to apply to an apprehended breach of s. 11(d). In *Canadian Broadcasting Corp. v. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76, at p. 78, the Alberta Court of Appeal phrased the test as follows: "is there a real and substantial risk that a fair trial will be impossible in the circumstances of the case, if [the action is not restrained]". The Ontario Court of Appeal adopted this test in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* (1992), 99 D.L.R. (4th) 326. The majority reasons of Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, focus upon arguments for and against a specific type of relief (a publication ban) and do not specifically address the prior issue of the standard of proof which must be met in order to obtain relief for prospective harm to a *Charter* right.

Frankly, I cannot see much difference between the test of "high degree of probability" and that of "a real and substantial risk". The essence of both

allégués et si ces effets équivalaient à une violation de l'al. 11d) de la *Charte*.

2. Dans quels cas une réparation sera-t-elle accordée pour une menace de violation de la *Charte*?

C'est à celui qui fait valoir une violation de la *Charte* qu'il incombe de la prouver. Il est vrai qu'une réparation peut être accordée pour une menace de violation de la *Charte*. (Voir *Operation Dismantle Inc.*, précité.) Toutefois, la réparation ne sera accordée que si le demandeur peut prouver qu'il existe un risque assez grave que la violation alléguée se produira effectivement. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc.*, précité, où la violation appréhendée portait sur l'art. 7, le juge en chef Dickson a adopté (à la p. 458) l'exigence selon laquelle le tribunal n'accordera une réparation à la personne qui cherche à empêcher une action gouvernementale que si elle démontre qu'il y a un «haut degré de probabilité» que la violation de la *Charte* se produira.

La question du critère approprié pour les cas de violation appréhendée de l'al. 11d) a été étudiée dans deux affaires. Dans l'arrêt *Canadian Broadcasting Corp. c. Keegstra* (1986), 35 D.L.R. (4th) 76, à la p. 78, la Cour d'appel de l'Alberta a énoncé ce critère dans les termes suivants: [TRADUCTION] «existe-t-il un risque réel et important qu'un procès équitable sera impossible dans les circonstances de l'espèce si [l'action n'est pas interdite]». La Cour d'appel de l'Ontario a adopté ce critère dans l'arrêt *Dagenais c. Canadian Broadcasting Corp.* (1992), 99 D.L.R. (4th) 326. Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, les motifs du juge en chef Lamer, au nom de la majorité, mettent l'accent sur le pour et le contre d'un type particulier de réparation (une interdiction de publication) et ne traitent pas expressément de la question préalable de la norme de preuve à laquelle satisfaire pour obtenir une réparation en cas de menace de violation d'un droit garanti par la *Charte*.

Franchement, je ne vois pas beaucoup de différence entre le critère du «haut degré de probabilité» et celui du «risque réel et important». Ces

tests is that before a court will restrain government action, it must be satisfied that there is a very real likelihood that in the absence of that relief an individual's *Charter* rights will be prejudiced. This determination cannot be made in the abstract. Rather, the proper approach should be a contextual one, which takes into account all the surrounding circumstances, including, for example, the nature of the right said to be threatened and the extent to which the anticipated harm is susceptible of proof. This was the method advocated by Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. The nature and importance of the government action sought to be restrained is also a significant factor but it should be considered under s. 1 of the *Charter*.

Thus the applicable standard may fluctuate between the requirement of "a real and substantial risk", "a high probability" or even a "virtual certainty" of a *Charter* breach depending upon all the circumstances presented by the particular case and the particular applicant.

In assessing a threatened breach of s. 11(d) of the *Charter*, it must be remembered that the right to a fair trial is of fundamental importance to the criminal process. This Court has already decided that the question of a breach or potential breach of the s. 11(d) fair trial right is best determined at the time of trial: *Vermette, supra*, at p. 992. While this is not an absolute rule, it is a factor which complicates the task of an individual seeking to establish a prospective breach of the section as it requires a court to speculate as to whether or not the right to a fair trial will be violated when, in the future the criminal charges against the accused are brought to trial. Because it is an exercise in speculation, it will be difficult for the applicant to demonstrate the high degree of probability that a *Charter* breach will occur which is required to warrant relief being granted. As well it must be remembered that an applicant will always have the opportunity to apply for relief to the trial court once the prejudice, flowing, for example, from the

deux critères signifient essentiellement que le tribunal n'interdira une action gouvernementale que s'il est convaincu qu'il est fort probable qu'en l'absence de cette réparation, il y aura préjudice aux droits d'une personne garantis par la *Charte*. Cette décision ne peut être prise dans l'abstrait. Il convient plutôt de tenir compte du contexte, de toutes les circonstances, dont notamment la nature du droit prétendument menacé et la mesure dans laquelle le préjudice appréhendé est prouvable. C'est la méthode préconisée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. La nature et l'importance de l'action gouvernementale dont l'interdiction est demandée sont aussi des facteurs importants, mais qu'il y a lieu d'examiner au regard de l'article premier de la *Charte*.

Par conséquent, la norme applicable peut varier de l'exigence d'un «risque réel et important» ou d'un «haut degré de probabilité» à une «quasi-certitude» de violation de la *Charte*, selon les circonstances et selon le demandeur.

Lorsqu'on apprécie une menace de violation de l'al. 11d) de la *Charte*, il ne faut pas oublier que le droit à un procès équitable revêt une importance fondamentale dans notre système de justice criminelle. Notre Cour a déjà décidé que c'était le juge du procès qui était le mieux placé pour trancher la question de la violation ou de la menace de violation du droit à un procès équitable garanti par l'al. 11d): *Vermette*, précité, à la p. 992. Certes, ce n'est pas une règle absolue, mais c'est un facteur qui complique la tâche de la personne qui tente de démontrer une menace de violation de la disposition, car il oblige le tribunal à conjecturer sur la question de savoir si le droit à un procès équitable sera violé lorsque s'instruira le procès sur les accusations criminelles portées contre l'inculpé. Comme il s'agit de conjectures, le demandeur aura de la difficulté à démontrer, avec le haut degré de probabilité exigé pour justifier la réparation demandée, qu'une violation de la *Charte* se produira. Et il ne faut pas oublier qu'il reste toujours loisible au demandeur de demander une réparation au juge du procès une fois que le préjudice décou-

publicity, is more easily ascertainable and demonstrable.

### 3. Section 11(d): Public Inquiry and Pre-Trial Publicity

113 When this appeal was argued the trial of the respondents Roger Parry and Gerald Phillips had not yet begun. Their counsel indicated that they would probably elect to be tried by a judge with a jury. Since these reasons were circulated their trial has begun before a judge sitting without a jury. As a result the concern raised pertaining to the effect of pre-trial publicity on potential jurors is no longer relevant. Yet, the question was argued at length before the Nova Scotia Court of Appeal and this Court. The reasons of the Nova Scotia Court of Appeal dealt with the issue and complete submissions were made in the factums and oral argument. In those circumstances I thought it might be helpful to consider the issue.

114 On this appeal, the bulk of the argument regarding a potential breach of s. 11(d) dealt with the alleged prejudice the two accused would suffer if the inquiry hearings are held prior to or concurrently with their trials. Although objections were taken to the holding of any public hearings, it is clear that it is not the hearings themselves, but rather the publication of evidence given at those hearings which probably will be read by potential jurors in the subsequent criminal trials which the accused find objectionable. The Court of Appeal did not feel that it would be possible or practical to conduct the hearings with anything short of full and unrestricted publicity. I disagree with this view. Nonetheless, in order to assess the merits of the s. 11(d) claims, it is necessary to consider the effects which unrestricted public hearings would have upon the rights of the two accused to a fair trial by jury.

115 The May 9 blast killed 26 men. A tragedy of this magnitude, occurring within a vital local industry, will inevitably be followed by an explosion of public concern and a great deal of publicity relat-

lant, par exemple, de la publicité pourra plus facilement être constaté et démontré.

### 3. L'alinéa 11d): Enquête publique et publicité antérieure au procès

Au moment de l'audition du présent pourvoi, le procès des intimés Roger Parry et Gerald Phillips n'avait pas encore commencé. Leurs avocats ont indiqué qu'ils opteraient probablement pour un procès avec jury. Depuis la diffusion des motifs, leur procès a commencé devant un juge seul. En conséquence, la question soulevée quant à l'effet sur les futurs jurés de la publicité antérieure au procès ne se pose plus. Cette question a toutefois été longuement débattue devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et devant notre Cour. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse en traitait dans ses motifs et elle a été analysée à fond dans les mémoires et dans les arguments oraux. Dans les circonstances, j'ai cru qu'il pourrait être utile de l'analyser.

Dans le présent pourvoi, les arguments relatifs à la violation possible de l'al. 11d) portent pour l'essentiel sur le préjudice allégué que subiraient les deux accusés si les audiences de l'enquête avaient lieu avant leur procès ou en même temps que celui-ci. Quoiqu'ils se soient opposés à la tenue de quelque audience publique que ce soit, il est clair que ce n'est pas aux audiences elles-mêmes que les accusés trouvent à redire, mais plutôt à la publication des témoignages faits durant celles-ci, qui seront probablement lus par les futurs jurés appelés à juger les procès criminels. De l'avis de la Cour d'appel, il n'était pas possible ni pratique de tenir les audiences sans publicité intégrale et libre de toute entrave. Je ne partage pas son avis. Néanmoins, pour évaluer le bien-fondé des arguments qui reposent sur l'al. 11d), il est nécessaire de prendre en considération les effets que des audiences publiques libres d'entrave auraient sur le droit des deux accusés à un procès équitable avec jury.

La déflagration du 9 mai a tué 26 hommes. Il est inévitable qu'une tragédie de cette ampleur qui frappe une industrie vitale pour la localité suscite beaucoup d'inquiétude dans la population et soit la



ing to the event. The public appetite for information and the tremendous media response to it arise from the nature of the event itself. An inquiry may increase this appetite, but it is not responsible for its creation. The task here is to assess the prejudice which may arise from the media coverage of the Inquiry. This analysis cannot be undertaken in a vacuum. The extensive publicity which the events of May 9 have already received must be borne in mind.

Openness has long been a feature of our system of criminal justice. Various justifications for the public nature of most criminal proceedings have been put forward. Most relate in some way to the simple truth that an individual is much less likely to be subject to unfair or oppressive treatment at the hands of the State if tried in open proceedings. As well, the public is much more likely to have confidence in an open system. The benefits of openness are not restricted to the criminal justice system but apply as well to civil proceedings: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, *supra*. The conduct of a public inquiry is no different, although it may differ from a criminal trial in that the inquiry process itself may be more important than the result.

Open hearings function as a means of restoring the public confidence in the affected industry and in the regulations pertaining to it and their enforcement. As well, it can serve as a type of healing therapy for a community shocked and angered by a tragedy. It can channel the natural desire to assign blame and exact retribution into a constructive exercise providing recommendations for reform and improvement. In the wake of the Sick Children Hospital Inquiry conducted by Justice Grange it was written:

Imagine that the public had no access to the proceedings of the lengthy and costly Grange Inquiry into the deaths of babies at Toronto's Sick Children's Hospital, and was

source d'une abondante publicité. La soif d'information de la population et l'avalanche médiatique que cette tragédie a déclenchée vont de pair avec la nature même de l'événement. Une enquête peut exacerber cette soif, mais elle n'en est pas la cause. Notre tâche consiste à évaluer le préjudice qui peut découler de la couverture médiatique de l'enquête. Nous ne pouvons entreprendre cette analyse dans l'abstrait. Il faut tenir compte de la publicité considérable dont les événements du 9 mai ont déjà fait l'objet.

La transparence est depuis longtemps une caractéristique de notre système de justice criminelle. Divers arguments ont été avancés pour justifier la publicité des débats de la plupart des procès criminels. La plupart participent d'une façon ou d'une autre de cette vérité toute simple: un particulier risque beaucoup moins d'être victime d'un traitement injuste ou oppressif sous la coupe de l'État s'il est jugé en séance publique. Par surcroît, il y a bien plus de chances que la population ait confiance dans un système transparent. Les avantages de la transparence ne sont pas limités au système de justice criminelle, mais valent aussi pour les actions civiles: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, précité. Il n'en va pas autrement d'une enquête publique, encore qu'elle puisse différer d'un procès criminel du fait que le processus même de l'enquête est peut-être plus important que son résultat.

Les audiences publiques sont un moyen de rétablir la confiance du public dans l'industrie visée, ainsi que dans la réglementation en vigueur et son application. De plus, elles peuvent en quelque sorte exercer une action thérapeutique sur une collectivité qui est sous le coup du choc et de la colère par suite d'une tragédie. Elles peuvent canaliser le désir naturel de trouver un coupable et de le châtier, vers une démarche constructive aboutissant à des recommandations de réforme et d'amélioration. À la suite de l'enquête menée par le juge Grange sur l'hôpital pour enfants de Toronto, on a écrit:

[TRADUCTION] Imaginez-vous une situation où le public n'aurait pas eu accès aux séances de la longue et onéreuse enquête Grange sur le décès de bébés à l'hôpital

informed at the end of its vague conclusion that some babies had been killed by an unknown or unnamed individual. Such a conclusion to the state's failure to solve a string of murders deeply troubling to the population, after extensive investigation, prosecution and inquiry procedures, would have been entirely unacceptable. The Grange Inquiry was open, however, and one of the virtues of the exercise in openness was that the public became privy to the problems the state faced in trying to solve the mysterious deaths and could assess the efficacy of the state's actions. Where different phases of the proceedings are closed or where information about them is censored, the public's ability to judge the functioning of the system, rate the government's performance and call for change is effectively removed.

(Jamie Cameron, "Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter" in Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 331, at pp. 340-41.)

118 Brandeis J. writing extra-judicially of the need for openness put it very succinctly and well when he said that "sunlight is the most powerful of disinfectants". (See Sir Louis Blom-Cooper, "Public Inquiries" (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204, at p. 211, n. 9.)

119 What, then, are the interests which must be weighed in determining whether or not the Westray Inquiry should proceed? On one side stand the interests of the public in a timely and open inquiry into a tragedy occurring in an important local industry. There is, as well, the government interest in having the state-appointed Commissioner proceed with the tasks assigned to him by the Order in Council, including the making of recommendations which might prevent a future tragedy.

120 On the other side are the fair trial interests of the accused. The experience of the Grange Inquiry, and, more recently, the Hughes Inquiry into events at the Mount Cashel Orphanage, serve as examples of the extent to which the details of public hearings

pour enfants de Toronto et où il aurait pris connaissance à l'issue de cette enquête de la conclusion vague selon laquelle des bébés avaient été tués par une personne inconnue ou dont on tait le nom. Pareille issue démontrant l'impuissance de l'État à résoudre une série de meurtres qui a infiniment inquiété la population, après une enquête policière, des poursuites et une commission d'enquête qui ont pris beaucoup de temps, aurait été tout à fait inacceptable. Or, les audiences de l'enquête Grange ont été publiques et cela a eu pour avantage notamment que la population a pu se rendre compte par elle-même des obstacles que l'État a dû surmonter pour tenter de résoudre le mystère de ces décès et qu'elle a pu apprécier l'efficacité de l'action de l'État. Quand diverses phases de la procédure ont lieu à huis clos ou quand l'information les concernant est censurée, le public n'est alors plus en mesure de juger le fonctionnement du système, d'évaluer les moyens pris par le gouvernement et d'exiger des changements.

(Jamie Cameron, «Comment: The Constitutional Domestication of our Courts — Openness and Publicity in Judicial Proceedings under the Charter» dans Philip Anisman et Allen M. Linden, dir., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 331, aux pp. 340 et 341.)

Au sujet de la nécessité de la transparence, le juge Brandeis a déjà dit de façon laconique et judiciaire, dans un écrit extra-judiciaire, que [TRADUCTION] «la lumière du jour est le plus puissant des désinfectants». (Voir sir Louis Blom-Cooper, «Public Inquiries» (1993), 46 *Cur. Leg. Prob.* 204, à la p. 211, note 9.)

Quels intérêts doit-on alors soupeser pour décider s'il convient de permettre la poursuite de l'enquête Westray? D'un côté, il y a l'intérêt du public dans la tenue d'une enquête prompte et transparente sur une tragédie qui a frappé une importante industrie locale, ainsi que l'intérêt du gouvernement dans l'exécution par le commissaire nommé par l'État des tâches que le décret lui a attribuées, dont celle de formuler des recommandations susceptibles de prévenir d'autres tragédies.

De l'autre côté, il y a le droit des accusés à un procès équitable. L'expérience de l'enquête Grange et, plus récemment, celle de l'enquête Hughes sur ce qui s'est passé à l'orphelinat Mount Cashel, illustrent l'importance que les médias

will receive media coverage. These Inquiries demonstrate that there is a risk that jurors may hear and be influenced by evidence which is not admissible at trial but which, owing to its more relaxed procedures, has been admitted during an inquiry. This will be particularly true of the testimony of accused persons given at a public inquiry. These individuals may be compellable at the public inquiry but certainly not at their trial. The notoriety which they have achieved merely by virtue of being charged will almost certainly guarantee that their testimony at the Inquiry will be widely reported. Therefore, in order to avoid the risks that potential jurors will be influenced by exposure to this evidence which, unless the accused elects to testify, will certainly be inadmissible at trial, a court may, upon proper notice to interested parties, order a restraint on the publication of the testimony or a portion of the testimony of accused persons. This procedure would accord with the ability of courts to order bans on the publication of evidence given in other pre-trial proceedings, which may not be admissible at trial. See for example, *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 517 (bail hearings) and 539 (preliminary inquiries).

Another feature of public inquiries with potential implications for juror impartiality and fair trial rights is the fact that the inquiry will normally reach some conclusions on the facts. The reasoning in *Nelles v. Ontario*, *supra*, referred to with approval by this Court in *Starr v. Houlden*, *supra*, precludes a provincial inquiry from reaching any conclusions as to criminal liability, or "naming names". Yet it is quite possible that some of the findings of fact reached by an inquiry would, if known and accepted by jurors, impair their ability to judge a case impartially.

Counsel for the respondent Roger Parry gave an example which I find persuasive. In filing his report, the Commissioner may, for example, state that, in his opinion, the May 9 explosion was caused by an excessive build-up of coal dust. Coal

accordent aux détails des audiences publiques. Ces enquêtes montrent qu'il existe un risque que les jurés soient influencés par des témoignages entendus qui ne sont pas admissibles au procès mais qui, à cause du peu de formalisme de la procédure, auront été admis dans le cadre de l'enquête. C'est particulièrement vrai du témoignage d'accusés à une enquête publique. Ces derniers y sont contraignables, mais ils ne le seraient certainement pas à leur procès. La notoriété qu'ils ont acquise du seul fait d'avoir été inculpés aura sûrement pour résultat que leurs témoignages seront largement diffusés. Par conséquent, le tribunal qui veut éviter le risque que les jurés soient plus tard influencés par la diffusion de ces témoignages qui, sauf si les accusés choisissent de témoigner, seront certainement inadmissibles au procès, peut, après en avoir avisé les parties intéressées, interdire la publication de la totalité ou d'une partie du témoignage. Cette façon de procéder serait conforme au pouvoir des tribunaux d'interdire la publication des témoignages rendus dans d'autres procédures préalables au procès, qui ne seront peut-être pas admissibles au procès. Voir par exemple les art. 517 (enquêtes pour cautionnement) et 539 (enquêtes préliminaires) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Une autre caractéristique des enquêtes publiques qui pourrait avoir des conséquences quant à l'impartialité des jurés et au droit à un procès équitable est qu'une enquête aboutit normalement à certaines constatations de fait. Selon le raisonnement tenu dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, précité, et approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, précité, une commission d'enquête provinciale ne peut pas formuler de conclusions concernant la responsabilité criminelle ou «donner des noms». Pourtant, il est tout à fait possible que la capacité des jurés de juger une cause impartialement soit diminuée s'ils prennent connaissance et acceptent certaines des conclusions de fait tirées par une commission d'enquête.

L'avocat de l'intimé Roger Parry a cité un exemple que je trouve convaincant. Lorsqu'il présentera son rapport, le commissaire pourrait déclarer entre autres qu'à son avis, l'explosion du 9 mai a été causée par une accumulation excessive de

dust build-up is a variable which can usually be controlled by careful mine management techniques. The responsibility for ensuring that such tasks are carried out is assigned to the manager and the underground manager under the *Coal Mines Regulation Act*. It may be, however, that the defence presented by the two accused mine managers at their trial will be that the explosion was not caused by an accumulation of coal dust, but rather by an unforeseen and unpreventable build-up of methane gas. Jurors who have already heard the conclusions of the Commissioner as to the cause of the explosion may reject that defence out of hand rather than examining its merit on the basis of the evidence presented at the criminal trial.

poussière de charbon. L'accumulation de poussière de charbon est une variable que des méthodes prudentes de gestion d'une mine permettent habituellement de maîtriser. Suivant la *Coal Mines Regulation Act*, il appartient au directeur et au directeur des opérations souterraines de voir à la bonne exécution des tâches en cause. Il peut arriver, cependant, qu'à leur procès, les deux directeurs de la mine accusés fassent valoir pour leur défense que l'explosion n'a pas été causée par l'accumulation de poussière de charbon, mais plutôt par l'accumulation imprévue et inévitable de méthane. Les jurés qui auront déjà entendu les conclusions du commissaire sur la cause de l'explosion pourraient rejeter ce moyen de défense sommairement plutôt que d'en examiner le bien-fondé sur la base de la preuve produite au procès criminel.

123 The respondents Gerald Phillips and Roger Parry argued that our jury system is incapable of disabusing jurors of the effects of any pre-trial reports they may have heard concerning the proceedings of an inquiry. I cannot accept that argument in its entirety. However, I do accept the distinction drawn by the respondent Parry between the prejudicial effects of the publication of evidence taken at the Inquiry and the prejudicial effects of the publication of the Commissioner's final report.

Les intimés Gerald Phillips et Roger Parry soutiennent que l'institution du jury est incapable de désabuser les jurés des effets des reportages sur l'enquête qu'ils ont pu entendre avant le procès. Je ne peux pas accepter cet argument dans son intégralité. Toutefois, j'accepte la distinction que fait l'intimé Parry entre les effets préjudiciables de la publication des témoignages rendus à l'enquête et ceux de la publication du rapport final du commissaire.

124 Public inquiries such as the one which is the subject of this appeal are not and cannot be mere substitutes for criminal proceedings. That their primary purpose is not to assign responsibility or blame is not always recognized by the public. In the eyes of most citizens, a public inquiry has many of the characteristics of a criminal trial. The inquiry is often chaired by a judge, who hears the testimony of witnesses under oath and the submissions of lawyers, and who draws conclusions from the evidence presented. A potential juror watching parts of televised hearings may not be unduly influenced by the testimony of any particular witness or witnesses. Common sense, however, suggests that the potential for lasting impartiality is much less when what is published are the carefully reasoned conclusions of a judge who has heard all the testimony and examined all of the evidence rel-

Les enquêtes publiques comme celle qui fait l'objet du présent pourvoi ne sont pas et ne sauraient être de simples substituts de poursuites criminelles. Le grand public ne reconnaît pas toujours qu'elles ne visent pas principalement à imputer une responsabilité criminelle ou à rejeter le blâme sur quelqu'un. Aux yeux de la plupart des citoyens, une enquête publique comporte beaucoup des caractéristiques d'un procès criminel. C'est souvent un juge qui préside l'enquête, qui entend les témoignages sous serment et les arguments des avocats, et qui tire des conclusions de la preuve présentée. Un futur juré qui regarde une partie des audiences à la télévision peut ne pas être trop influencé par le témoignage de l'un ou l'autre témoin. Cependant, le bon sens nous dit que sa capacité d'être impartial risque d'être grandement diminuée si ce qui est publié, ce sont les conclu-

1995 CanLII 16600

evant to the inquiry mandate. The publication of these findings of facts and conclusions will create a much greater risk of prejudice to fair trial rights. It is this distinction which may require a different treatment of evidence presented in a public hearing and the final inquiry report. Thus, for example, the publication of the final report of the Hughes Inquiry was delayed until the completion of the trials of all the former brothers of Mount Cashel.

Some of the ideas expressed recently in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, concerning the nature of the risks posed by pre-trial publicity to the fair trial rights of individual accused should be repeated. The influence which publicity will have upon jurors must be assessed in light of the circumstances presented by each case. Despite the helpful studies of social scientists in this area, identifying the lasting effects of publicity on jurors remains an inexact science. Recent increases in the number of studies which have been done on juror prejudice are encouraging and promise better guidance for the future. I do not think it possible yet, however, to disregard the warning given in 1952 by Frankfurter J. dissenting in *Stroble v. California*, 343 U.S. 181 (1952), at p. 201:

Science with all its advances has not given us instruments for determining when the impact of such newspaper exploitation has spent itself or whether the powerful impression bound to be made by such inflaming articles as here preceded the trial can be dissipated in the mind of the average juror by the tame and often pedestrian proceedings in court.

Perhaps science will one day be able to prove that in certain situations juror prejudice is inescapable. Until that time, common sense must provide guidance in these decisions.

sions d'un juge qui a minutieusement analysé tous les témoignages et tous les éléments de preuve pertinents par rapport au mandat de la commission d'enquête. La publication de ces constatations de fait et de ces conclusions créera un risque beaucoup plus grave d'atteinte au droit à un procès équitable. C'est à cause de cette distinction qu'il peut être nécessaire de traiter différemment les témoignages présentés dans le cadre d'une enquête publique et le rapport final du commissaire. Ainsi, la publication du rapport final de la commission Hughes a été retardée jusqu'à la fin des procès de tous les anciens frères du Mount Cashel.

Il convient de reprendre certaines des idées exprimées récemment dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité, au sujet de la nature des risques que présente la publicité antérieure au procès pour le droit des accusés à un procès équitable. Il faut évaluer l'influence de la publicité sur les jurés selon les circonstances de l'espèce. Malgré les études utiles des spécialistes des sciences humaines dans ce domaine, les recherches sur les effets durables de la publicité sur les jurés ne produisent toujours pas de données exactes. L'augmentation récente du nombre d'études sur la partialité des jurés est encourageante et promet des informations plus précises à l'avenir. Toutefois, je ne pense pas qu'il soit possible encore aujourd'hui de laisser de côté la mise en garde faite par le juge Frankfurter en 1952 dans ses motifs de dissidence dans l'affaire *Stroble c. California*, 343 U.S. 181 (1952), à la p. 201:

[TRADUCTION] Malgré tous ses progrès, la science ne nous a pas encore donné d'instruments qui nous permettent de vérifier si l'impact de cette exploitation par les journaux s'est apaisé ou si les débats insipides et souvent prosaïques de notre cour peuvent dissiper dans l'esprit du juré moyen l'impression puissante que ne manquent pas de produire des articles incendiaires comme ceux qui ont précédé le procès en l'espèce.

Peut-être la science pourra-t-elle un jour prouver que, dans certaines situations, il est inévitable que les jurés soient partiaux. Jusqu'à ce que ce jour arrive, les décisions en cette matière devront être affaire de bon sens.

126

What factors should be considered in assessing the effect of publicity? The circumstances in which the impugned publicity or threatened publicity occurs must be reviewed. The form which the publicity takes (i.e., television or print), the size of the geographical area over which it is disseminated and the extent of the audience are all relevant considerations. The existence of prior unrestrained publicity or other publication sources which are not subject to restraint proceedings is pertinent. So too is the nature of the publicity sought to be restrained. For example, if a docudrama were to identify the accused in all but name and portray them clearly as the actual perfidious perpetrators of the crime with which they were charged then the docudrama might well have a negative impact upon the presumption of innocence with which each juror must begin a trial. Consideration must also be given to the extent to which the publicity is a complete report or at least a comprehensive summary of the proceedings rather than merely a collection of "soundbites" which do not accurately represent the proceedings as a whole. Further, the way in which the publication is presented is important particularly if the testimony is commented upon in an unfair and prejudicial manner by journalists or others.

Quels sont les facteurs en jeu dans l'évaluation de l'effet de la publicité? Il y a lieu de tenir compte des circonstances de la publicité existante ou appréhendée. La forme sous laquelle la publicité se présente (c'est-à-dire à la télévision ou dans la presse), l'étendue du territoire dans lequel l'information est diffusée et l'indice d'audience sont tous pertinents. L'existence d'une publicité antérieure libre d'entrave ou d'autres sources de publicité non visées par une demande de restriction est pertinente. L'est aussi la nature de la publicité qu'on veut faire restreindre. Par exemple, si un docudrame révélait l'identité des accusés sans toutefois les nommer et en faisait clairement les auteurs perfides du crime dont ils sont inculpés, alors ce docudrame pourrait bien avoir un impact négatif sur la présomption d'innocence qui doit habiter tout juré au début du procès. Il faut également prendre en considération la mesure dans laquelle la publicité représente un compte rendu complet ou du moins un résumé détaillé des audiences plutôt qu'un simple rassemblement d'extraits qui ne dépeignent pas fidèlement l'ensemble des débats. En outre, la manière dont la publicité est présentée est importante, surtout si des journalistes ou d'autres personnes font des commentaires sur les témoignages dans des termes injustes et préjudiciables.

127

A related factor is whether or not the publication is inflammatory. For example, there may be expression by journalists or others that the accused are criminally liable. In cases such as *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, *Kenny*, *supra*, and *R. v. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14 (Nfld. S.C.T.D.), etc., it was easier to assess the effect upon the impartiality of jurors since the publications had already occurred. Where, as here, publication pertaining to the Inquiry testimony is anticipated, the assessment is necessarily more speculative.

Constitue un facteur connexe la question de savoir si la publicité est incendiaire. Par exemple, des journalistes ou d'autres ont pu affirmer que les accusés étaient criminellement responsables. Dans des décisions telles que *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, *Kenny*, précitée, et *R. c. French (No. 2)* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 14 (C.S. 1<sup>re</sup> inst. T.-N.), etc., il était plus facile d'évaluer l'effet de la publicité sur l'impartialité des jurés car la publicité avait déjà eu lieu. Lorsque, comme en l'espèce, on s'attend à ce que les témoignages rendus dans le cadre de l'enquête fassent l'objet de publicité, l'évaluation est nécessairement plus conjecturale.

128

All these considerations form a part of the judicial task in determining an application to restrain an alleged impending breach of s. 11(d). They should not, however, overshadow the true goal of

Toutes ces considérations jouent dans la décision du juge de restreindre ou non une prétendue menace de violation de l'al. 11(d). Elles ne doivent cependant pas éclipser l'objectif véritable de l'ana-

the analysis. What must be found in order for relief to be granted is that there is a high probability that the effect of publicizing inquiry hearings will be to leave potential jurors so irreparably prejudiced or to so impair the presumption of innocence that a fair trial is impossible. Such a conclusion does not necessarily follow upon proof that there has been or will be a great deal of publicity given to the hearings. Evidence establishing the probable effects of the publicity is also required.

It is for this reason that I must respectfully disagree with the suggestion made by the trial judge in *Kenny, supra*, at p. 351, that an accused enjoys a constitutional right to “be free from excessive adverse publicity while his or her trial is pending”. The right which the accused enjoys is a right to a fair trial. If excessive adverse pre-trial publicity will violate this right, then s. 24(1) of the *Charter* requires that judicial relief be given. But relief should only follow satisfactory proof of a link between the publicity and its adverse effects. Negative publicity does not, in itself, preclude a fair trial. The nexus between publicity and its lasting effects may not be susceptible of scientific proof, but the focus must be upon that link and not upon the mere existence of publicity.

Further, the examination of the effects of publicity cannot be undertaken in isolation. The alleged partiality of jurors can only be measured in the context of the highly developed system of safeguards which have evolved in order to prevent just such a problem. Only when these safeguards are inadequate to guarantee impartiality will s. 11(d) be breached. This simple determination requires the resolution of two difficult questions. First, what is an impartial juror? Second, when do the safeguards of the jury system prevent juror prejudice?

The difficulties inherent in defining an impartial jury were pointed out by Newton N. Minow and Fred H. Cate in “Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?” (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631. The authors note (at pp. 637-38) that

lyse. Ce à quoi il faut conclure pour accorder une réparation c’est qu’il existe une forte probabilité que la publicité des audiences de l’enquête aura pour effet de porter atteinte de manière irréparable à l’impartialité des futurs jurés ou de miner la présomption d’innocence à un point tel qu’il sera impossible de tenir un procès équitable. Il ne suffit pas pour que pareille conclusion soit tirée qu’on prouve que les audiences ont fait ou feront l’objet d’une publicité abondante. Il faut établir en outre quels seront les effets probables de la publicité.

C’est pourquoi je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec le juge du procès dans l’affaire *Kenny*, précitée, à la p. 351, selon qui l’accusé jouit du droit constitutionnel [TRADUCTION] d’«être soustrait à toute publicité défavorable excessive avant son procès». Le droit dont jouit l’accusé est le droit à un procès équitable. Si la publicité défavorable excessive avant le procès viole ce droit, le par. 24(1) de la *Charte* commande au tribunal d’accorder une réparation, mais à la condition qu’il soit prouvé de manière satisfaisante qu’il y a un lien entre la publicité et ses effets défavorables. La publicité négative n’est pas en soi incompatible avec un procès équitable. Le lien entre la publicité et ses effets durables n’est peut-être pas susceptible de démonstration scientifique, mais l’accent doit être mis sur ce lien et non sur la simple existence de la publicité.

En outre, les effets de la publicité ne doivent pas être pris isolément. La partialité alléguée des jurés ne peut être appréciée que dans le contexte du système élaboré de garanties qui a justement été conçu pour prévenir un tel problème. C’est uniquement lorsque ces garanties sont insuffisantes pour protéger l’impartialité qu’il y aura atteinte à l’al. 11d). Pour en arriver à cette simple conclusion, il faut répondre à deux questions difficiles. Premièrement, qu’est-ce qu’un juré impartial? Deuxièmement, dans quels cas les garanties de l’institution du jury préviennent-elles la partialité des jurés?

Les difficultés inhérentes à la définition de l’impartialité des jurés ont été mises en lumière par Newton N. Minow et Fred H. Cate dans «Who Is an Impartial Juror in an Age of Mass Media?» (1991), 40 *American Univ. L. Rev.* 631. Les

in the early days of the jury system, jurors were required to be familiar with the facts and parties to a case in order to be eligible to serve. An accused was literally "judged by his peers". Juries and trials became more sophisticated, and it was no longer seen as necessary that individual jurors be familiar with the case. As concern for the individual rights of the accused developed, it became preferable for jurors to be objective, and this was facilitated if they had no previous knowledge of the facts. However, even before the days of television and mass media coverage, this ideal was criticized by the American writer Mark Twain, as quoted in Minow and Cate, *supra*, at p. 634:

[when juries were first used] news could not travel fast, and hence [one] could easily find a jury of honest, intelligent men who had not heard of the case they were called to try — but in our day of telegraph and newspapers [this] plan compels us to swear in juries composed of fools and rascals, because the system rigidly excludes honest men and men of brains.

132 The objective of finding 12 jurors who know nothing of the facts of a highly-publicized case is, today, patently unrealistic. Just as clearly, impartiality cannot be equated with ignorance of all the facts of the case. A definition of an impartial juror today must take into account not only all our present methods of communication and news reporting techniques, but also the heightened protection of individual rights which has existed in this country since the introduction of the *Charter* in 1982. It comes down to this: in order to hold a fair trial it must be possible to find jurors who, although familiar with the case, are able to discard any previously formed opinions and to embark upon their duties armed with both an assumption that the accused is innocent until proven otherwise, and a willingness to determine liability based solely on the evidence presented at trial.

133 I am of the view that this objective is readily attainable in the vast majority of criminal trials

auteurs font observer (aux pp. 637 et 638) que, pour être admissibles à la fonction de juré pendant les premiers temps de l'institution du jury, les jurés devaient bien connaître les faits et les parties en litige. Un accusé était littéralement «jugé par ses pairs». Puis, les jurys et les procès devenant plus raffinés, il n'a plus été jugé nécessaire que les jurés connaissent bien l'affaire. À mesure que s'est développée la préoccupation pour les droits individuels, il est devenu préférable d'avoir des jurys objectifs et, pour cela, il valait mieux qu'ils n'aient aucune connaissance des faits. Toutefois, même avant l'époque de la télévision et des grands médias, cet idéal avait été critiqué par l'écrivain américain Mark Twain (cité dans Minow et Cate, *loc. cit.*, à la p. 634):

[TRADUCTION] [au tout début des jurys] les nouvelles ne circulaient pas vite et il était donc facile de trouver des jurés honnêtes, intelligents, qui n'étaient pas au fait de l'affaire qu'ils devaient juger — mais de nos jours avec le télégraphe et les journaux, [cet] état de choses nous oblige à assermenter des jurys formés d'imbéciles et de vauriens, parce que le système inflexible exclut les hommes honnêtes et les hommes intelligents.

Il est manifestement peu réaliste de nos jours de penser trouver 12 jurés qui ignorent tout des faits d'une affaire à laquelle les médias ont porté beaucoup d'attention. Il est tout aussi évident que l'on ne saurait assimiler l'impartialité à l'ignorance de tous les faits d'une affaire. Pour définir en quoi consiste l'impartialité chez un juré de nos jours, il faut tenir compte non seulement de tous nos moyens actuels de communication et nos techniques de diffusion des informations, mais encore de la meilleure protection accordée aux droits individuels dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte* en 1982. Voici donc à quoi se réduit l'objectif visé: pour qu'il soit possible de tenir un procès équitable, il faut trouver des jurés qui, bien qu'ils soient au fait de l'affaire, sont capables d'écarter leurs préventions et de s'atteler à leur tâche en gardant à l'esprit la présomption que l'accusé est innocent jusqu'à preuve du contraire et en ayant la volonté de décider de sa culpabilité seulement sur la base de la preuve produite au procès.

Je suis d'avis que l'on peut facilement atteindre cet objectif dans la grande majorité des procès cri-



even in the face of a great deal of publicity. The jury system is a cornerstone of our democratic society. The presence of a jury has for centuries been the hallmark of a fair trial. I cannot accept the contention that increasing mass media attention to a particular case has made this vital institution either obsolete or unworkable. There is no doubt that extensive publicity can prompt discussion, speculation, and the formation of preliminary opinions in the minds of potential jurors. However, the strength of the jury has always been the faith accorded to the good will and good sense of the individual jurors in any given case. The confidence in the ability of jurors to accomplish their tasks has been put in this way in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 761:

Today's jurors are intelligent and conscientious, anxious to perform their duties as jurors in the best possible manner. They are not likely to be forgetful of instructions. The following passage from *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.), at p. 279, approved in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695, is apposite:

The danger of a miscarriage of justice clearly exists and must be taken into account but, on the other hand, I do not feel that, in deciding a question of this kind, one must proceed on the assumption that jurors are morons, completely devoid of intelligence and totally incapable of understanding a rule of evidence of this type or of acting in accordance with it. If such were the case there would be no justification at all for the existence of juries. . . . [Emphasis in original.]

The solemnity of the juror's oath, the existence of procedures such as change of venue and challenge for cause, and the careful attention which jurors pay to the instructions of a judge all help to ensure that jurors will carry out their duties impartially. In rare cases, sufficient proof that these safeguards are not likely to prevent juror bias may warrant some form of relief being granted under s. 24(1) of the *Charter*. The relief may take many forms. It may be the enjoining of hearings at a public inquiry, a publication ban on some of the evidence given at the inquiry, a staying of the criminal charges, or the imposition of additional protections for the defence at the stage of jury

minels même lorsqu'ils font l'objet d'une publicité abondante. L'institution du jury est un élément fondamental de notre société démocratique. Depuis des siècles, la présence du jury a été le garant d'un procès équitable. Je ne peux pas accepter l'argument qu'en raison de l'attention accrue portée par les médias à une affaire donnée, cette institution vitale soit tombée en désuétude ou ne puisse plus remplir sa fonction. Il est certain que la publicité abondante peut susciter des réflexions et des conjectures, et inciter de futurs jurés à se faire d'avance une opinion. Toutefois, la force du jury a toujours résidé dans la confiance qu'on a eue dans la bonne volonté et le bon sens de chacun des jurés relativement à une affaire donnée. La confiance dans la capacité des jurés d'accomplir leur tâche a été décrite dans les termes suivants dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 761:

De nos jours, les jurés sont intelligents et consciencieux et ils veulent remplir leur devoir de jurés du mieux qu'ils peuvent. Ils sont peu susceptibles d'oublier des directives. Le passage suivant de l'arrêt *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.), à la p. 279, approuvé dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 695 convient très bien:

(TRADUCTION) Il y a évidemment un danger réel de déni de justice, ce qui doit être pris en considération mais, d'un autre côté, je ne crois pas qu'en tranchant une question de ce genre, on doit supposer que les jurés sont des crétins, tout à fait dénués d'intelligence et totalement incapables de comprendre une règle de preuve de ce type ou de la suivre. S'il en était ainsi, les jurys n'auraient aucune raison d'être . . . [Souligné dans l'original.]

La solennité du serment du juré, l'existence de procédures telles que le changement de lieu du procès et la récusation motivée, ainsi que la grande attention que les jurés prêtent aux directives d'un juge, contribuent tous à faire en sorte que les jurés exerceront leurs fonctions avec impartialité. Dans de rares cas, une preuve suffisante que ces garanties n'empêcheront vraisemblablement pas les jurés de manifester un parti pris pourra autoriser le tribunal à accorder une réparation sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Celle-ci peut prendre diverses formes. Il peut s'agir de l'interdiction de la tenue d'audiences par une commission d'enquête, de l'interdiction de publication d'une partie

selection: see, as an early example, *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, referred to with approval in *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, aff'd [1977] 2 S.C.R. 267. As this Court has held in the past, this type of relief will not be granted on the basis of speculation alone. Normally the time for assessing whether or not an accused's fair trial rights have been so impaired that s. 24(1) relief is required will be at the time of jury selection: *Vermette, supra*; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509.

des témoignages rendus à l'enquête, de l'arrêt des procédures criminelles ou de l'imposition d'autres mesures protectrices en faveur de la défense au stade de la sélection des jurés: voir par exemple l'affaire qui remonte à quelque temps *R. c. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, mentionnée et approuvée dans *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, conf. par [1977] 2 R.C.S. 267. Comme notre Cour l'a décidé dans le passé, la décision d'accorder ce type de réparation ne doit pas reposer sur de simples conjectures. Normalement, c'est au moment de la sélection des jurés qu'il convient que le tribunal décide si l'atteinte portée au droit à un procès équitable justifie une réparation sous le régime du par. 24(1): *Vermette*, précité; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.

135

It is not necessary to spend time reviewing the proper method of considering a publication ban. That is now set out in the reasons of Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* Namely, the publications ban should only be ordered when: (a) such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. This is the test that must be applied in this case.

Il n'est pas nécessaire de s'attarder à la méthode qui conviendrait pour examiner une interdiction de publication. Ce point est maintenant établi dans les motifs du juge en chef Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*. C'est-à-dire que l'interdiction de publication ne doit être ordonnée que si: a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque, et b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance. C'est le critère qu'il faut appliquer dans le présent pourvoi.

136

It is significant that other jurisdictions have also adopted stringent tests that must be met by those seeking to ban pre-trial publication in order to prevent an accused's fair trial being compromised. In England, fair trial rights are statutorily protected and enforced by means of a contempt of court process. There the Court of Appeal recently held that the section of the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49, which endows courts with the power to order bans imposes three requirements which an applicant must satisfy. These are: (1) "that publication would create 'a substantial risk of prejudice to the administration of justice'"; (2) that the ban "appears to be necessary for avoiding" that risk"; and (3) that the court, "having regard to the competing public interests of ensuring a fair

Il est significatif que les tribunaux étrangers aient aussi adopté des critères stricts auxquels doivent satisfaire ceux qui demandent l'interdiction de publication avant le procès dans le but de prévenir toute menace pour l'équité du procès d'un accusé. En Angleterre, le droit à un procès équitable est protégé par un recours pour outrage au tribunal inscrit dans la loi. La Cour d'appel y a décidé récemment que l'article de la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, qui habilite les tribunaux à prononcer l'interdiction de publication, impose trois conditions aux demandeurs: (1) [TRANSDUCTION] «la publication "risque fort de porter préjudice à l'administration de la justice"»; (2) l'interdiction «"semble nécessaire pour éviter" ce risque», et (3) le tribunal «estime opportun de ren-

1995 CanLII 66 (C.C.C.)

trial and of open justice, considers it appropriate to make an order". See *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971, at p. 975.

The American position can be even stricter. In a leading "prior restraint" case the United States Supreme Court ruled that an applicant for a publication ban must introduce evidence to prove (1) the probable nature of and extent to which pre-trial publicity would influence potential jurors; (2) that other measures would not be likely to mitigate the effects of pre-trial publicity; and (3) that the limit on publication will probably prevent the threatened prejudice. See *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), at p. 562. However, in a later case the court suggested that this test should be relaxed when applied to pre-trial proceedings, where judges may order "protective measures even when they are not strictly and inescapably necessary": *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), at p. 378.

One other issue which was raised in the context of fair trial rights and pre-trial publicity was whether an accused who has elected trial by judge alone can nonetheless assert a breach of his or her fair trial rights by reason of pre-trial publicity. This issue does not arise directly in this appeal since, as of the date of the hearing of the appeal, both accused were deemed to have elected trial by judge and jury. Nonetheless, the point was raised in argument as it appears that both accused respondents had indicated some interest in a trial by judge alone prior to the laying of the preferred indictments.

In my view, an individual who has elected to be tried by judge alone cannot also claim that his fair trial rights have been breached by excessive pre-trial publicity. This was the view of the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 191, at p. 208 (*per* Gushue

dre une telle ordonnance, eu égard aux intérêts opposés que représentent, dans l'optique du bien public, l'équité du procès et la transparence de la justice». Voir l'arrêt *Ex parte Telegraph plc*, [1993] 2 All E.R. 971, à la p. 975.

Un point de vue encore plus strict a été exprimé aux États-Unis. Dans un arrêt de principe sur la «restriction préalable», la Cour suprême a décidé que celui qui demande l'interdiction de publication doit prouver trois éléments: (1) la nature probable de la publicité antérieure au procès et la mesure dans laquelle elle influencerait les futurs jurés; (2) le fait qu'aucune autre solution ne serait susceptible d'atténuer les effets de la publicité antérieure au procès, et (3) le fait que la restriction de la publication préviendra probablement le préjudice appréhendé. Voir *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), à la p. 562. Toutefois, dans un arrêt postérieur, la cour a émis l'avis qu'il y a lieu d'appliquer ce critère de façon plus libérale lorsqu'il s'agit d'une procédure préalable au procès car les juges peuvent imposer [TRADUCTION] «des mesures protectrices même dans les cas où elles ne seraient pas strictement et inévitablement nécessaires»: *Gannett Co. c. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), à la p. 378.

Une autre question soulevée à propos du droit à un procès équitable et de la publicité antérieure au procès est celle de savoir si l'accusé qui a choisi d'être jugé par un juge seul peut néanmoins prétendre que la publicité antérieure au procès porte atteinte à son droit à un procès équitable. Cette question ne se pose pas directement en l'espèce puisque, à la date de l'audition du pourvoi, les deux accusés étaient réputés avoir opté pour un procès devant juge et jury. Malgré tout, ce point a été soulevé lors des plaidoiries car il semble que les deux accusés intimés ont manifesté leur intérêt pour un procès devant un juge seul avant le dépôt des actes d'accusation.

À mon avis, la personne qui a choisi d'être jugée par un juge seul ne peut pas prétendre que son droit à un procès équitable a été violé par une publicité excessive avant le procès. C'est l'avis qu'a exprimé la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'arrêt *R. c. Burke (No. 3)* (1994), 117 Nfld. &

137

1995 CanLII 86 (CSC)

138

139

J.A., dissenting on another point). The process of electing the mode of trial is a voluntary exercise freely undertaken by the accused. It follows that an accused must accept all of the consequences flowing from his choice of mode of trial. One of these is that if trial by judge alone is selected it must be assumed that a trial judge trained to be objective and well-versed in the legal burden resting upon the prosecution can readily disabuse him- or herself of the prejudicial effects of pre-trial publicity.

P.E.I.R. 191, à la p. 208 (le juge Gushue, dissident sur un autre point). L'accusé choisit librement le mode du procès. Il s'ensuit qu'il doit accepter toutes les conséquences de son choix, dont le fait que, s'il opte pour un procès devant un juge sans jury, il faut présumer que le juge du procès, qui est, de par sa formation, objectif et averti que la charge de persuasion retombe sur l'accusation, peut facilement écarter de son esprit les effets préjudiciaires de la publicité antérieure au procès.

140

In summary the following can be stated. The public Inquiry is important to the province of Nova Scotia and all concerned with the mining industry. The compelled testimony of the mine managers is vitally important to this Inquiry. Canadian statutes relating to evidence and the *Charter* have indicated a preference for compelled testimony coupled with later protection for the witness. The Nova Scotia Government has considered and acknowledged the risk it runs with regard to the criminal charges in choosing to proceed with the inquiry. That decision should not be reversed by the court. At this time the balance between individual and public rights which must be drawn under s. 7 favours the public interest in proceeding with the Westray Inquiry and with the hearing of whatever compelled testimony the Commissioner may decide is necessary to perform his allotted task.

Voici un résumé de mes conclusions. L'enquête publique est importante pour la province de la Nouvelle-Écosse et pour tous les intéressés dans l'industrie minière. Aux fins de cette enquête, la possibilité de contraindre les directeurs de la mine à témoigner présente une importance primordiale. Les lois canadiennes en matière de preuve et la *Charte* donnent la préférence à la contraignabilité conjuguée à la protection offerte au témoin dans les procédures ultérieures. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a évalué et reconnu le risque au regard des poursuites criminelles que comportait sa décision de tenir une enquête. Le tribunal ne doit pas révoquer cette décision. À ce stade-ci, puisque l'art. 7 nous commande de soupeser les droits individuels et le bien public, la balance penche en faveur de l'intérêt public dans la poursuite de l'enquête Westray et dans l'obtention par la contrainte des témoignages que le commissaire estime nécessaires pour l'accomplissement de son mandat.

141

As well, some general principles can be seen to apply to the problems which may arise from proceeding with both public inquiries and criminal charges against some witnesses to be called at those public inquiries.

On peut voir en outre que certains principes généraux sont applicables aux problèmes que pose la tenue à la fois d'une enquête publique et de poursuites criminelles contre certains témoins qui doivent comparaître devant la commission d'enquête.

142

1. Public inquiries often play an important role in satisfying public interest and concern as to the cause of a tragedy, the safety of persons involved in the operation of the institution or industry to be investigated, the nature of the applicable safety regulations, the governmental enforcement of those regulations and procedures, and recommen-

1. Les enquêtes publiques jouent souvent un rôle important, parce qu'elles répondent aux attentes et aux préoccupations de la population par rapport à la détermination de la cause d'une tragédie, à la sécurité des travailleurs de l'établissement ou de l'industrie en cause, à la nature de la réglementation et des mesures en matière de sécurité et à leur

1999 CanLII 86 (CSC)

dations for the future safety of the industry or institution.

2. The right to a fair trial is of fundamental importance and must always be carefully considered in determining whether *Charter* remedies should be granted in order to protect that right.

3. The importance of public inquiries requires that all persons with relevant evidence to be given will be subject to subpoena and compellable to testify as witnesses.

4. The rights of those witnesses are generally protected by the provisions of the *Charter*, particularly ss. 11(d), 13 and 7.

5. Not only will the witness have the right not to have the testimony given used to incriminate him or her, there will also be protection from the use of "derivative evidence" as provided by S. (R.J.).

6. Those seeking to have the court ban the publication of evidence have the burden of establishing the necessity of the ban. That is to say they must demonstrate that the effect of publicizing the evidence will be to leave potential jurors irreparably prejudiced or so impair the presumption of innocence that a fair trial is impossible. Before relief is granted in order to preserve the right to a fair trial, satisfactory proof of the link between the publicity and its adverse effect must be given.

7. Assessment of the effect of the publicity on the right to a fair trial must take place in the context of the existing procedures to safeguard the selection of jurors. Further, the nature and extent of the publicity must be considered.

application par l'État, ainsi qu'aux recommandations destinées à assurer la sécurité à l'avenir dans l'industrie ou l'établissement.

2. Le droit à un procès équitable revêt une importance fondamentale et il doit toujours être pris en compte quand il s'agit de décider s'il y a lieu d'accorder une réparation sous le régime de la *Charte* afin de protéger ce droit.

3. Étant donné l'importance des enquêtes publiques, il est indispensable que toutes les personnes susceptibles de rendre un témoignage pertinent puissent être assignées comme témoins et contraintes de témoigner.

4. Les droits de ces témoins sont généralement protégés par les dispositions de la *Charte*, en particulier par l'al. 11d) et par les art. 13 et 7.

5. Non seulement les témoins ont droit à ce qu'aucun témoignage qu'ils donnent ne soit utilisé pour les incriminer, mais encore ils sont protégés contre l'utilisation de la «preuve dérivée» suivant l'arrêt S. (R.J.).

6. Ceux qui demandent au tribunal d'interdire la publication des témoignages ont la charge de démontrer la nécessité d'une telle ordonnance. C'est-à-dire qu'ils doivent démontrer que la publication de la preuve aura pour effet de porter atteinte de manière irréparable à l'impartialité des futurs jurés ou de miner la présomption d'innocence à un point tel qu'il sera impossible de tenir un procès équitable. Avant d'accorder une réparation pour préserver le droit à un procès équitable, le tribunal doit disposer d'une preuve satisfaisante du lien entre la publicité et son effet préjudiciable.

7. L'évaluation de l'effet de la publicité sur le droit à un procès équitable doit tenir compte du contexte des garanties existantes que comporte le mode de sélection des jurés. La nature et la portée de la publicité doivent aussi être prises en considération.

143  
144  
1995 CanLII 86 (CSC)

145

146

147

148

149 8. The applicant seeking the ban must establish that there are no alternative means available to prevent the harm the ban seeks to prevent.

8. Le requérant qui sollicite l'interdiction doit établir qu'il n'existe aucune autre solution permettant de prévenir le préjudice que l'interdiction cherche à prévenir.

150 9. The remedy should not extend beyond the minimum relief required to ensure the fair trial of the witness.

9. La réparation ne doit pas excéder le minimum nécessaire pour garantir un procès équitable au témoin.

151 10. In some circumstances proceeding with the public inquiry may so jeopardize the criminal trial of a witness called at the inquiry that it may be stayed or result in important evidence being held to be inadmissible at the criminal trial. In those situations it is the executive branch of government which should make the decision whether to proceed with the public inquiry. That decision should not, except in rare circumstances, be set aside by a court.

10. Dans certaines circonstances, la tenue d'une enquête publique pourrait compromettre le procès criminel d'un témoin assigné à l'enquête au point d'entraîner l'arrêt des procédures ou d'amener la cour à conclure que des éléments de preuve importants sont inadmissibles. En pareil cas, il appartient au pouvoir exécutif de prendre la décision de tenir une enquête publique. Sauf dans de rares cas, les tribunaux ne devraient pas annuler la décision prise.

152 11. If the accused elect trial before a judge alone then pre-trial publicity will not be a factor to be taken into consideration in assessing the fairness of the trial.

11. Si les accusés optent pour un procès devant un juge seul, la publicité antérieure au procès ne sera pas un facteur à prendre en considération dans l'appréciation de l'équité du procès.

#### 4. Application of the Principles

#### 4. Application des principes

##### A. *Would the Section 11(d) Rights of the Accused be Violated by Proceeding with the Inquiry?*

##### A. *La tenue de l'enquête porterait-elle atteinte aux droits que l'al. 11d) garantit aux accusés?*

153 First, it must be determined whether the respondent mine managers have satisfied the burden of proof which lies upon them to demonstrate that the holding of the public hearings prior to or concurrently with the trials of the two accused would violate their fair trial rights. In my opinion, subject to two possible exceptions, they have not. This conclusion does not preclude them from making submissions to a court at a later time that they have by that time suffered more prejudice to their fair trial rights than I can reasonably foresee at this point. If at that stage they successfully establish the requisite degree of prejudice, they will no doubt be granted appropriate relief.

Il faut d'abord déterminer si les directeurs de la mine intimés se sont acquittés de la charge qui leur incombe de prouver que la tenue des audiences publiques avant le procès des deux accusés ou simultanément violerait leur droit à un procès équitable. À mon avis, ils ne l'ont pas fait, sous réserve de deux exceptions possibles. Cette conclusion ne les empêche pas de faire valoir plus tard devant un tribunal qu'un préjudice plus grave que celui que je peux raisonnablement prévoir aujourd'hui a été causé à leur droit à un procès équitable. Si, à ce stade, ils réussissent à établir un préjudice suffisant, la réparation convenable leur sera certainement accordée.

154 The two accused contend that there are three general types of unfairness which they will suffer as a result of the Inquiry hearings. These are: the adverse effects of the publicity which is sure to

Les deux accusés soutiennent que le préjudice causé par les audiences publiques à l'équité de leur procès prend trois formes: les effets défavorables de la publicité dont les audiences publiques feront

accompany the public hearings of the inquiry, the fact that the two accused may be subject to simultaneous criminal and inquiry proceedings, and the allegedly unfair and oppressive collaboration of the RCMP and the Commission staff.

(i) Adverse publicity

There is no doubt that the Westray disaster has been the subject of intense media attention for over two years. It is reasonable to assume that this same attention will continue unabated at both the Westray Inquiry and the criminal trials of the accused mine managers. Evidence was adduced that over 860 articles pertaining to the event and the subsequent proceedings have appeared in the two Halifax newspapers alone. The sheer magnitude of coverage indicates that there is a risk that the fair trial interests of the accused individuals may be jeopardized.

Little evidence was lead, however, on the nature of this coverage. The sample newspaper articles submitted deal principally with the progress of the Inquiry. The articles are not inflammatory, and seem to be objective. The two accused are mentioned only in passing. I have no reason to doubt the claims made by some of the respondents that the press has reported allegations of poor mining and safety practices at the mine while it was under the supervision of the two accused, but unfortunately no examples of this negative publicity were produced.

The form of the publicity is also relevant. The publicity to this point is news coverage which, in theory, should mean the accurate and unbiased reporting of events as they unfold. This is a far different and less damaging form of publicity than say a fictionalized docudrama which appears to identify the accused as evil people who have committed the very crime with which they are charged.

There has been no evidence put forward that the publicity to date has resulted in any actual bias in

sûrement l'objet, le fait que les deux accusés puissent être soumis simultanément à un procès criminel et à une enquête, et la collaboration injuste et oppressive qu'ils reprochent à la GRC et au personnel de la commission.

(i) Publicité défavorable

Il n'y a pas de doute que les médias ont porté un intérêt considérable au désastre de Westray depuis plus de deux ans. Il est raisonnable de supposer que leur intérêt ne diminuera pas en ce qui concerne tant l'enquête Westray que les procès criminels des directeurs de la mine accusés. Selon la preuve produite, les deux journaux de Halifax ont publié à eux seuls plus de 860 articles sur l'explosion et sur les instances qui en ont résulté. L'ampleur même de la couverture tend à confirmer l'existence d'un risque que le droit des accusés à un procès équitable soit compromis.

Cependant, peu d'éléments de preuve ont été présentés sur la nature de cette couverture. Les quelques articles produits traitent principalement du progrès de l'enquête. Ils ne sont pas incendiaires et semblent être objectifs. Si on y fait mention des deux accusés ce n'est qu'en passant. Je n'ai aucune raison de mettre en doute l'affirmation faite par certains des intimés selon laquelle la presse aurait fait état d'allégations concernant des pratiques insatisfaisantes dans l'exploitation et la sécurité, du temps où les deux accusés surveillaient les opérations, mais malheureusement aucun exemple de cette publicité défavorable n'a été produit.

La forme de la publicité est également pertinente. Jusqu'ici, la publicité a consisté dans la couverture des faits d'actualité, ce qui, en théorie, s'entend de reportages exacts et non tendancieux sur les faits au fur et à mesure qu'ils se produisent. C'est une forme de publicité bien différente et moins préjudiciable que, mettons, un docudrama qui semble faire passer les accusés pour des méchants qui ont perpétré le crime même qui leur est reproché.

Aucun élément de preuve n'a été produit qui montre que la publicité a, jusqu'à maintenant,

155

1995 CanLII 86 (CSC)

156

157

158

the community from which the jury pool will eventually be drawn. Nor has any explanation been offered as to why the standard safeguards for guaranteeing an impartial jury will not function adequately in this case. Neither has there been any attempt to demonstrate why publicity from the inquiry in particular will prejudice jurors more than any of the publicity which has already occurred.

159 Although the Court of Appeal held that nothing short of a stay of the inquiry hearings could adequately prevent the threat posed to the *Charter* rights of the accused persons, a closer review of the reasons of Hallett J.A., at p. 259, suggests that the threat posed by publicity was not his primary concern:

I have considered whether in camera sessions or publication bans or a combination of the two would be sufficient safeguards to allow the inquiry to proceed. That solution does not respond to the anticipated breaches of the respondents' right to silence if the hearings proceed. I also agree with Chief Justice Glube that public inquiries should be public.

Delaying the filing of the Commissioner's report until after the trials does not answer the problem as the public hearings would have gone ahead in the meantime with the consequent infringement of the respondents' *Charter* rights. Most importantly the Commissioner's mandate cannot be fulfilled until he delves into the cause of the explosion and that can only be done after the respondents' trials. [Emphasis added.]

Hallett J.A. also conceded at pp. 251-52 that:

There is a temptation to apply *Vermette* and simply say any *Charter* infringement issues can be dealt with at the trial. . . . While such a course of action might be satisfactory to deal with the effect of pretrial publicity on the respondents right to a fair trial, it would not take into account the unfairness that is created by the Commissioner's ability to conduct an investigation into the respondents' involvement, if any, leading to the explosion without the respondents having the protection of normal criminal law procedures. . . . [Emphasis added.]

suscité un parti pris au sein de la collectivité dont les membres seront appelés à former le tableau des jurés. Et aucune raison n'a été fournie qui explique pourquoi les garanties normales de l'impartialité du jury seraient insuffisantes dans la présente espèce. On n'a pas tenté non plus de démontrer pourquoi la publicité dont l'enquête fera l'objet minera davantage l'impartialité des jurés que la publicité déjà faite.

Bien que la Cour d'appel ait conclu que seule la suspension des audiences de l'enquête pouvait écarter de façon adéquate la menace pour les droits garantis aux accusés par la *Charte*, l'examen plus attentif des motifs du juge Hallett révèle, à la p. 259, que la menace que constituait la publicité n'était pas ce qui le préoccupait le plus:

[TRADUCTION] Je me suis demandé si le huis clos ou l'interdiction de publication ou une combinaison des deux solutions serait une garantie suffisante qui permettrait la poursuite de l'enquête. Cette solution ne tient pas compte de la menace de violation du droit des intimés de garder le silence que représenteraient les audiences. En outre, je suis d'avis, comme le juge en chef Glube, qu'une enquête publique devrait être tenue en public.

Remettre le dépôt du rapport du commissaire à une date postérieure aux procès ne règle pas le problème, car les audiences publiques auraient eu lieu entre temps et une atteinte aurait donc été portée aux droits des intimés garantis par la *Charte*. Et, fait des plus important, le commissaire ne peut pas remplir son mandat sans étudier la cause de l'explosion, et cela il ne pourra le faire qu'après les procès des intimés. [Je souligne.]

Le juge Hallett a également admis, aux pp. 251 et 252:

[TRADUCTION] On serait tenté d'appliquer l'arrêt *Vermette* et de dire simplement que toute question relative à une violation de la *Charte* doit être examinée au procès [ . . . ] Quoique cette ligne de conduite puisse être satisfaisante en ce qui a trait à l'effet de la publicité antérieure au procès sur le droit des intimés à un procès équitable, elle ne tient cependant pas compte du caractère inéquitable de la situation où le commissaire est habilité à mener une enquête sur le rôle des intimés, le cas échéant, dans l'explosion, sans que ceux-ci ne puissent invoquer la protection de procédures criminelles normales . . . [Je souligne.]



These statements indicate that the hearings were stayed primarily on the basis of an apprehended violation of the accused persons' right to silence, rather than owing to a threat to their fair trial rights. In light of the protection provided to the witnesses relative to the testimony at the Inquiry, no such threat to the right to silence exists in the circumstances of this case. In the absence of that threat, it appears that the Court of Appeal might have concluded that merely proceeding with the public hearing did not present a serious risk to the s. 11(d) rights of the respondents Roger Parry and Gerald Phillips.

In my view, the Westray Inquiry hearings would not present an unacceptable risk to the s. 11(d) fair trial rights of the respondent managers. Often the publicity pertaining to the evidence given at the Inquiry will have little effect on potential jurors. The impact may be fleeting and quickly fade away. How very quickly the details of a news story can be forgotten. The passage of a very few days may suffice to dim if not obliterate the memory of the reporting of Inquiry evidence. The likelihood of a prejudicial effect upon fair trial rights may be small indeed, a minor item washed away in the flood of information generated daily by the media.

However, the publication of the testimony of the two accused managers presents a very different situation. Obviously anything said by the accused will have a far greater impact than the evidence of many other witnesses. There is a real possibility that it will be stressed in media reports and well remembered by potential jurors. Yet, as accused, the managers can never be required to testify at their trial. The publication of their evidence at the Inquiry might mean that potential jurors would have been exposed to testimony that they might never hear at the trial. This coupled with the fact that it came from the accused themselves would make it difficult for jurors, despite their good intentions and the best of instructions from the trial judge to set it aside and leave it out of their consid-

Il ressort de ces propos que les audiences ont été suspendues principalement en raison d'une menace de violation du droit des accusés de garder le silence plutôt que d'une atteinte appréhendée à leur droit à un procès équitable. Vu la protection accordée aux témoins relativement aux témoignages qu'ils donnent à l'enquête, il n'y a aucune menace en l'espèce pour leur droit de garder le silence. En l'absence de cette menace, il semble que la Cour d'appel aurait pu conclure que la tenue des audiences publiques en soi ne représentait pas un risque grave de violation des droits garantis par l'al. 11d) aux intimés Roger Parry et Gerald Phillips.

À mon avis, les audiences de l'enquête Westray ne mettraient pas en danger de manière inacceptable le droit à un procès équitable que l'al. 11d) garantit aux directeurs intimés. Souvent, la publicité dont font l'objet les témoignages rendus à une enquête aura peu d'effet sur les futurs jurés. Il peut s'agir d'un effet passager, qui disparaîtra rapidement. Comme on oublie vite les détails d'un fait d'actualité! Au bout de quelques jours à peine, le souvenir des reportages sur les témoignages entendus dans le cadre de l'enquête se sera estompé, sinon effacé. La probabilité d'un effet préjudiciable sur le droit à un procès équitable peut être très faible en effet; une nouvelle de peu d'importance noyée dans la mer d'informations diffusées quotidiennement par les médias.

Toutefois, la situation est tout autre dans le cas de la publication du témoignage des deux directeurs accusés. De toute évidence, tout ce qu'ils diront aura des répercussions beaucoup plus grandes que le témoignage de nombre d'autres témoins. Il est tout à fait possible que les médias y prêtent beaucoup d'attention et que les futurs jurés s'en souviennent. Pourtant, en tant qu'accusés, les directeurs ne peuvent en aucun cas être contraints de témoigner à leur procès. La publication de leur témoignage à l'enquête pourrait signifier que les futurs jurés ont pu prendre connaissance de témoignages qu'il ne leur serait jamais donné d'entendre aux procès. Si l'on y ajoute le fait que ce sont les accusés eux-mêmes qui les auraient rendus, il serait difficile pour les jurés, malgré leurs bonnes

erations. In respect of this evidence, then, there is a clearly identifiable and serious risk that the fair trial rights of the two accused will be jeopardized. The risk does not warrant the staying of the hearings. Rather, if the trial had proceeded before a judge and jury an appropriate remedy for this breach would have been an application by Roger Parry and Gerald Phillips to the Commissioner for an order banning the publication of all or a part of their testimony. The decision of the Commissioner could have been appealed to a judge of the court with jurisdiction to hear the pending criminal charges. This issue is no longer relevant in light of the election of Parry and Phillips to be tried by a judge alone.

163 The second condition relates to the Commissioner's final report. For the reasons set out earlier, I am of the view that the publication of the Commissioner's conclusions prior to the completion of the criminal trials could have very well influenced the jurors in their deliberations. The publication of the report should be delayed until such time as Parry and Phillips have had an opportunity to review it and, if so advised, to bring an application to ban its publication until such time as the criminal charges had been disposed of after trial or stayed.

#### (ii) Concurrent Proceedings

164 The respondent Roger Parry takes the position that the oppressive nature of the state's simultaneously taking action against himself and Gerald Phillips in two separate proceedings constitutes a violation of his s. 11(d) rights. In my opinion, this submission is not sufficiently supported by the evidence to warrant the granting of prospective relief.

165 Neither the fact that an individual is subject to other judicial or state-initiated proceedings in addition to a criminal trial (*Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (Alta. C.A.)) nor that these proceedings may be held contemporaneously with the criminal trial (*Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.)) precludes the fair-

intentions et les meilleures directives du juge du procès, de les écarter et de ne pas en tenir compte au moment de délibérer. En ce qui concerne ces témoignages, il existe un risque grave, nettement discernable, que le droit des deux accusés à un procès équitable soit mis en danger. Ce risque ne justifie pas la suspension des audiences. Si le procès s'était déroulé devant un juge et jury, une réparation convenable aurait plutôt été que Roger Parry et Gerald Phillips demandent au commissaire d'interdire la publication de la totalité ou d'une partie de leurs témoignages. La décision du commissaire aurait pu être portée en appel devant un juge du tribunal compétent pour entendre les accusations criminelles. La question n'est plus pertinente vu que Parry et Phillips ont choisi d'être jugé par un juge seul.

La seconde condition concerne le rapport final du commissaire. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je suis d'avis que la publication des conclusions du commissaire avant la fin des procès criminels aurait bien pu infléchir les délibérations des jurés. La publication du rapport devrait être retardée jusqu'à ce que Parry et Phillips aient eu la possibilité de l'examiner et, si on leur avait conseillé de le faire, de demander que sa publication soit interdite jusqu'à ce que les accusations aient fait l'objet d'une décision après procès ou d'un arrêt des procédures.

#### (ii) Procédures concomitantes

L'intimé Roger Parry soutient que la nature oppressive de l'action de l'État, qui les poursuit, Gerald Phillips et lui, dans deux procédures distinctes et simultanées, constitue une violation des droits que lui garantit l'al. 11(d). À mon avis, cet argument n'est pas suffisamment étayé par la preuve pour justifier une réparation préventive.

Ni le fait qu'un particulier soit soumis à d'autres procédures judiciaires ou à une instance engagée à l'initiative de l'État en plus du procès au criminel (*Re Orysiuk and The Queen* (1977), 37 C.C.C. (2d) 445 (C.A. Alb.)), ni le fait que ces procédures et le procès criminel puissent être simultanés (*Stickney v. Trusz* (1973), 2 O.R. (2d) 469 (H.C.)), ne ren-

ness of that trial. As with pre-trial publicity or any other action or circumstance which is alleged to jeopardize an accused's fair trial rights, what must be proven is not simply the act itself or the existence of the circumstances, but rather the prejudice which flows from them. That prejudice has not been demonstrated in this case. As a general rule, it is desirable that the public inquiry proceed as quickly as possible. However, in the present case, as the Attorney General has elected to proceed with and is now well into the criminal trial, I trust that such care and courtesy will be displayed by the Commission and the judge presiding at the trial that the managers and their counsel will not be unduly prejudiced by the commencement of simultaneous proceedings.

The respondent Parry claims that he will be subjected to increased legal costs if the Inquiry is held concurrently with the trial. I am not convinced that this is necessarily so, but in any event it has never been recognized that the cost of a criminal trial to the accused constitutes a denial of constitutional rights. It is true that simultaneous proceedings may impose a higher level of stress upon an accused. Yet this does not establish that the accused will be unable to obtain a fair trial. It might conversely be argued that an accused's stress, although higher in intensity, will be shorter in duration since concurrent proceedings will lead to a quicker resolution of all matters than would be the case if the proceedings were consecutive.

Should the criminal trials of the two accused have been held simultaneously with the public inquiry they would present no more than a potential risk. That potential risk would not be enough to establish a breach of s. 11(d). To hold to the contrary would jeopardize all civil actions, administrative hearings, and professional disciplinary proceedings which relate in some manner to criminal trials and proceed contemporaneously with them.

dent en soi ce procès inéquitable. Comme pour la publicité antérieure au procès ou toute action ou situation qui, selon ce qui est allégué, compromettrait le droit d'un accusé à un procès équitable, il ne suffit pas de prouver l'action elle-même ou l'existence de la situation, mais plutôt de prouver le préjudice qui en résulte. Ce préjudice n'a pas été établi dans le présent pourvoi. En règle générale, il est souhaitable que l'enquête publique débute le plus tôt possible. Cependant, en l'espèce, puisque le procureur général a choisi de procéder au procès criminel, qui est maintenant avancé, j'espère que le commissaire et le juge qui préside le procès feront preuve de la prudence et de la courtoisie qui s'imposent pour faire en sorte que les directeurs et leurs avocats ne subissent pas de préjudice trop grave en raison du début de procédures concomitantes.

L'intimé Parry affirme qu'il devra supporter des frais de justice additionnels si l'enquête et le procès sont simultanés. Je ne suis pas convaincu que ce soit nécessairement le cas mais, de toute façon, les frais qu'occasionne un procès au criminel pour l'accusé n'ont jamais été reconnus comme étant une violation de ses droits constitutionnels. Il est vrai que des procédures simultanées peuvent imposer un niveau de stress supplémentaire à un accusé. Néanmoins, il n'en découle pas que celui-ci, par le fait même, ne pourra pas avoir un procès équitable. On pourrait soutenir à l'inverse que le stress supporté par l'accusé, quoique plus intense, aura une durée moins longue puisque la simultanéité des procédures, au contraire de la tenue d'instances consécutives, favorisera la résolution plus rapide de toutes les questions.

Si les procès criminels des deux accusés avaient eu lieu en même temps que l'enquête publique, ils feraient naître tout au plus un risque possible. Ce risque possible serait insuffisant pour établir une violation de l'al. 11d). Affirmer le contraire compromettrait toutes les actions au civil, toutes les instances administratives et toutes les procédures disciplinaires des corporations professionnelles qui ont un rapport quelconque avec les procès au criminel et qui sont tenues de façon concomitante.

(iii) Complicity between the police and the Inquiry(iii) Collusion entre la police et le commissaire

168 The respondent Roger Parry also asserts that his right to a fair trial has been jeopardized by the cooperation of the police and the Commissioner in the amassing of evidence against him. I do not think that the respondent has produced the evidence required to substantiate his claim that the conduct of the officials in this case amounted to the type of "unwelcome complicity" cautioned against by La Forest J. in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20.

L'intimé Roger Parry soutient en outre que son droit à un procès équitable a été mis en danger par la coopération que la police et le commissaire ont établie pour réunir des éléments de preuve contre lui. Je ne pense pas que l'intimé ait produit la preuve qui permettrait de corroborer sa prétention selon laquelle la conduite des représentants de l'autorité en l'espèce équivalait au type de «collusion déplacée» contre lequel le juge La Forest met en garde dans l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20.

169 This tragedy occurred in a small community. Judicial, administrative and police resources must have been strained in the aftermath of the explosion. Cooperation between different agencies must have been not only efficient and sensible, but also perhaps the only way to proceed with the enormous investigative tasks required. The mere fact that the RCMP received a list of documents from the Inquiry which it later proceeded to seize under a search warrant does not mean that a fair trial is no longer possible. There is no evidence that the police could not have received the same documents directly from the company. Obviously the privacy interest in the mandatory records which must be maintained by a company in this heavily regulated industry is likely to be extremely low. I am not satisfied that any *Charter* breach has been established. Furthermore, the impact of the alleged complicity upon the fair trial rights of the accused should, as a rule, be assessed at the time of the trial.

Cette tragédie s'est produite dans une petite localité. L'explosion et ses conséquences ont dû soumettre les ressources judiciaires, administratives et policières à une forte pression. Étant donné l'ampleur des tâches, la coopération a dû apparaître non seulement comme un moyen efficace et raisonnable, mais peut-être aussi comme le seul moyen possible, pour mener l'investigation nécessaire. Le simple fait que la GRC a reçu du commissaire une liste de documents qu'elle a ensuite saisis en vertu d'un mandat de perquisition ne signifie pas qu'il est désormais impossible de tenir un procès équitable. Rien n'indique que la police n'aurait pas pu recevoir les mêmes documents directement de l'entreprise. De toute évidence, l'attente en matière de vie privée, pour ce qui est des registres que doit tenir une société par actions dans cette industrie très réglementée, sera vraisemblablement très faible. Je ne suis pas convaincu que la preuve d'une violation de la *Charte* ait été faite. Par surcroît, selon la règle établie, c'est au moment du procès qu'il convient d'apprécier l'effet de la collusion alléguée sur le droit des accusés à un procès équitable.

B. *Guidelines for the Commissioner*B. *Directives à l'intention du commissaire*

170 Were the public hearings to be held today, evidence which, if published, runs a sufficiently high risk of prejudicing the accused persons' constitutional right to a fair trial by jury would be the testimony of the accused themselves. Accordingly, the Commissioner could, upon the application of Roger Parry and Gerald Phillips, consider impos-

Si les audiences publiques avaient lieu aujourd'hui, les témoignages qui, s'ils étaient publiés, représenteraient un risque assez important de préjudice au droit constitutionnel des accusés à un procès équitable avec jury seraient ceux des accusés eux-mêmes. Par conséquent, le commissaire pourrait, à la demande de Roger Parry et de Gerald

ing a ban on the publication of all or a part of their evidence. Further, the report of the Commissioner should not be released until such time as Parry and Phillips had an opportunity to review it and, if so advised, to bring an application to ban its publication until such time as the criminal charges have been disposed of after trial by jury or stayed. The Westray Families' Group suggested that the Court could offer some further guidance to the appellant Commissioner as to how to deal with some of the other threats to fair trial rights which may arise during the course of the Inquiry. This would be to embark upon an unnecessary and highly speculative course. Further, it must be emphasized that the individual charged with the conduct of a public inquiry is best suited to assess the potentially harmful effects of evidence introduced at the inquiry. The judicial use by a commissioner of flexible *ad hoc* measures adapted to overcome individual threats to fair trial rights represents the most efficient means of protecting constitutional rights during the inquiry process and the criminal proceedings.

The Commissioner is granted some power to control the inquiry proceedings. Under s. 5 of the *Public Inquiries Act*, the powers of a commissioner appointed under the Act include the following:

5 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.

The appellant union submits that this section should be given a broad interpretation. In its view, these powers include by necessary implication, the ability to order whatever measures are necessary to control the proceedings and protect individual rights. Thus, asserts the union, the Commissioner alone has the power to order *in camera* hearings, delay or ban publication of certain evidence intro-

Phillips, envisager la possibilité d'interdire la publication de la totalité ou d'une partie de ces témoignages. De plus, le rapport du commissaire ne devrait pas être publié tant que Parry et Phillips n'auront pas eu la possibilité de l'examiner et, si on leur conseille de le faire, de demander que sa publication soit interdite jusqu'à ce que les accusations aient fait l'objet d'une décision après procès avec jury ou d'un arrêt des procédures. Le groupe des familles de Westray soutient que notre Cour pourrait énoncer des directives à l'intention du commissaire appelant sur la manière dont il devrait agir au cas où certaines autres menaces pour le droit à un procès équitable surgiraient au cours de l'enquête. Accepter cette proposition nous amènerait à faire inutilement de pures conjectures. De plus, il faut souligner que c'est celui qui préside une enquête publique qui est le mieux qualifié pour évaluer les effets néfastes possibles des témoignages entendus. Le recours judiciaire, par un commissaire, à des mesures *ad hoc*, souples et conçues pour supprimer les menaces pour le droit individuel à un procès équitable représente le moyen le plus efficace de protéger les droits constitutionnels durant le cours de l'enquête et des procès criminels.

Le commissaire est investi de certains pouvoirs relativement à la conduite de ses audiences. Aux termes de l'art. 5 de la *Public Inquiries Act*, les pouvoirs d'un commissaire nommé sous le régime de cette loi comprennent notamment le suivant:

[TRADUCTION] 5 Le commissaire ou les commissaires ont, pour la comparution et la citation des témoins ainsi que pour la production des pièces, les attributions de la Cour suprême ou de l'un de ses juges en matière civile, et les privilèges et immunités d'un juge de la Cour suprême.

Le syndicat appelant soutient qu'il y a lieu de donner à cette disposition une interprétation large. De son point de vue, ces pouvoirs englobent implicitement celui d'ordonner que soient prises les mesures nécessaires à la conduite des audiences et à la protection des droits individuels. Ainsi, affirme le syndicat, le commissaire est seul habilité à ordonner le huis clos, à retarder ou interdire la

duced at the Inquiry, or delay the release of its conclusions.

publication de certains éléments de preuve présentés à l'enquête ou à reporter la publication de ses conclusions.

172 The respondent Families' Group does not read the section so widely. They submit that, since the section contains no express power to provide protective measures, the only way to obtain them is for the Commissioner to seek an order from the Nova Scotia Supreme Court.

Le groupe des familles intimé n'interprète pas de façon aussi large cette disposition. D'après lui, comme la disposition ne confère expressément aucun pouvoir de prendre des mesures protectrices, la seule façon d'en obtenir est que le commissaire demande à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse de rendre une ordonnance.

173 Some support for the position of the appellant union may be found in the authorities and in the writing of Law Reform Commissions. The Ontario Act, unlike either the Alberta or the Nova Scotia Act, specifically provides that any hearings are to be held in public subject to a discretion to hold closed hearings. Nonetheless, the Alberta Law Reform Institute was of the view that under its Act (which, like the Nova Scotia Act, is silent on whether or not hearings are to be public) the openness principle favoured public hearings in an inquiry, but that a commission would still have an implicit power to control its proceedings by means of holding *in camera* hearings. Both the Alberta and the Ontario Law Reform reports, *supra*, recommend that a limited power to grant publication bans be enacted without ever directly addressing the issue of whether or not such a power may already be included amongst the more general powers of an inquiry: see Alberta Law Reform Institute, Recommendations 15 and 16, and Ontario Report, Recommendation 17.

La jurisprudence et les rapports des commissions de réforme du droit apportent un certain appui à la position du syndicat appelant. La loi ontarienne, contrairement à celles de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse, dit explicitement que toutes les audiences ont lieu en public, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'ordonner le huis clos. Néanmoins, l'Alberta Law Reform Institute est d'avis que, sous le régime de la loi albertaine (qui, comme celle de la Nouvelle-Écosse, ne précise pas si les audiences doivent être tenues en public), le principe de la transparence favorise, dans le cas d'une enquête, la tenue d'audiences publiques, mais qu'une commission a tout de même implicitement, le pouvoir d'ordonner le huis clos au cours de ses audiences. Bien que les organismes de réforme du droit albertain et ontarien n'aient pas étudié directement la question de savoir si les pouvoirs généraux d'enquête ne comprennent pas déjà ce pouvoir, on trouve dans leurs rapports une recommandation selon laquelle la loi devrait prévoir un pouvoir limité de prononcer l'interdiction de publication: voir Alberta Law Reform Institute, *op. cit.*, recommandations nos 15 et 16, et rapport ontarien, *op. cit.*, recommandation no 17.

174 Judicial comments on this section suggest that commissions of inquiry have a general power to control their proceedings and are not tied to a narrow interpretation of the enabling statute: *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478 (C.A.), at pp. 490-91, and *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry*

Il ressort des observations des tribunaux sur cette disposition que les commissions d'enquête disposent d'un pouvoir général pour la conduite de leurs travaux et qu'elles ne sont pas tenues de donner une interprétation restrictive à la loi habilitante: *Re Yanover and Kiroff and The Queen* (1974), 6 O.R. (2d) 478 (C.A.), aux pp. 490 et 491,

(*Health Records in Ontario*), [1981] 2 S.C.R. 494, at pp. 524-25.

In my view, the nature and the purpose of public inquiries require courts to give a generous interpretation to a commissioner's powers to control their own proceedings under the Nova Scotia Act. One of the functions of an inquiry is to insulate an investigation from both the legislative and the judicial branches of government. It is crucial that an inquiry both be and appear to be independent and impartial in order to satisfy the public desire to learn the truth. It is the commissioner who must be responsible for ensuring that the hearings are as public as possible yet still maintain the essential rights of the individual witnesses.

On the other hand, when relief is sought upon the basis that to continue with current inquiry proceedings without any restraint will prejudice a subsequent criminal trial, it is arguable that the court charged with the subsequent trial is the best suited to decide the nature of the restraints to be issued. This was the approach adopted by Lamer C.J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* Yet the situation presented in *Dagenais* is very different from that of this case. The competing jurisdictions in *Dagenais* were two courts. Here, the choice is between a commissioner conducting a public inquiry and a court. It must be remembered that publicity bans, *in camera* hearings and other protective measures are exceptional remedies which will rarely be ordered on the basis of a prospective breach of s. 11(d). In an inquiry it is the commissioner who should first determine whether such exceptional orders should be issued. The authority to make those orders derives from and relates to the conduct of the inquiry hearings. This authority should be given a reasonable and purposeful interpretation in order to provide commissions of inquiry with the ability to achieve their goals. It is appropriate that the Commission should be the first body to determine whether any of the exceptional

et *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, aux pp. 524 et 525.

À mon avis, étant donné la nature et l'objet des enquêtes publiques, les tribunaux sont tenus de donner une interprétation libérale aux pouvoirs conférés aux commissaires par la loi néo-écossaise pour la conduite de leurs travaux. L'une des fonctions d'une enquête est de protéger ses travaux de l'intervention des pouvoirs législatif et judiciaire. Il est crucial qu'une enquête soit et paraisse être indépendante et impartiale afin que soit satisfait le désir de la population de connaître la vérité. C'est au commissaire qu'il incombe de voir à ce que les audiences soient publiques, dans la mesure du possible, tout en préservant les droits fondamentaux des témoins individuellement.

En revanche, si la réparation demandée repose sur l'argument que la poursuite des audiences de l'enquête, libre de toute entrave, portera préjudice à un procès criminel ultérieur, on peut soutenir que le tribunal qui instruira le procès est le mieux placé pour statuer sur la nature des restrictions convenables. C'est la solution choisie par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*. Cependant, les situations examinées dans cet arrêt et dans la présente espèce sont fort différentes. Dans le premier, les juridictions en cause étaient deux cours de justice. En l'espèce, il s'agit de choisir entre une cour de justice et un commissaire effectuant une enquête publique. Il ne faut pas oublier que l'interdiction de publication, le huis clos et les autres mesures protectrices sont des réparations exceptionnelles qui seront rarement accordées en cas de menace de violation de l'al. 11d). Dans le cas d'une enquête, c'est au commissaire qu'il appartient au premier chef de décider s'il convient de rendre une ordonnance de cette nature. Son pouvoir à ce titre se rattache à la conduite des audiences de l'enquête. Il convient de donner à ce pouvoir une interprétation raisonnable et fondée sur l'objet afin que les commissions d'enquête puissent exécuter leur mandat. Il est opportun que la commission soit la première instance à décider s'il y a lieu de rendre une telle

175

1995 CanLII 86 (CSC)

176

orders concerning publicity bans or *in camera* hearings should be made.

#### VI. Disposition

I would allow the appeal and set aside the order of the Nova Scotia Court of Appeal and the stay of the public hearing of the Westray Inquiry.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant United Steelworkers of America, Local 9332: Pink, Breen, Larkin, Halifax.*

*Solicitors for the appellant the Honourable Justice K. Peter Richard: Flinn, Merrick, Halifax.*

*Solicitors for the respondent Gerald Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.*

*Solicitors for the respondent Roger Parry: Daley, Black & Moreira, Halifax.*

*Solicitors for the respondents Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer and Kevin Atherton: Burchell, MacAdam & Hayman, Halifax.*

*Solicitor for the respondent the Minister of Justice: The Department of Justice, Halifax.*

*Solicitors for the respondent Westray Families' Group: Ross, Barrett & Scott, Halifax.*

*Solicitors for the respondent Town of Stellarton: Skoke & Company, Stellarton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

ordonnance exceptionnelle, savoir l'interdiction de publication ou le huis clos.

#### VI. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ainsi que la suspension des audiences publiques de l'enquête Westray.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant les Métallurgistes unis d'Amérique, section locale 9332: Pink, Breen, Larkin, Halifax.*

*Procureurs de l'appelant l'honorable juge K. Peter Richard: Flinn, Merrick, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé Gerald Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé Roger Parry: Daley, Black & Moreira, Halifax.*

*Procureurs des intimés Glyn Jones, Arnold Smith, Robert Parry, Brian Palmer et Kevin Atherton: Burchell, MacAdam & Hayman, Halifax.*

*Procureur de l'intimé le ministre de la Justice: Le ministère de la Justice, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé le Groupe des familles de Westray: Ross, Barrett & Scott, Halifax.*

*Procureurs de l'intimée la ville de Stellarton: Skoke & Company, Stellarton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*