

Gerald James Phillips and Roger James Parry *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CURRAGH INC.

File No.: 25075.

1996: November 26; 1997: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Trial — Reasonable apprehension of bias — Trial judge making private phone call to head of public prosecution service asking for removal of lead Crown counsel from case otherwise he would take steps to “secure that end” — Trial judge denying Crown’s motion for recusal and later allowing accused’s motion for stay of proceedings on manslaughter charges on basis of Crown’s failure to disclose relevant evidence — Whether trial judge’s conduct and words creating reasonable apprehension of bias.

Criminal law — Costs — Delays and legal costs incurred arising from systemic problems beyond control of accused — Problems largely occasioned by trial judge’s conduct which gave rise to apprehension of bias — Accused should recover their reasonable legal costs of proceedings to date and be paid reasonable legal costs incurred in new trial.

The trial judge ordered a stay of the manslaughter charges against the accused, two members of the managerial staff at a coal mine at which an explosion caused the deaths of 26 miners. He based his decision on the Crown’s non-disclosure or late disclosure of relevant material. Earlier during the trial, the judge had called the acting director of the public prosecution service and expressed his displeasure with the manner in which the Crown attorney was conducting the case. The trial judge recommended that he be removed from the case and

Gerald James Phillips et Roger James Parry *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CURRAGH INC.

N° du greffe: 25075.

1996: 26 novembre; 1997: 20 mars.

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 criminel — Procès — Crainte raisonnable de partialité — Appel téléphonique privé du juge du procès au chef du Service des poursuites publiques demandant le retrait du procureur principal de la poursuite à défaut de quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin» — Le juge du procès a rejeté la requête en récusation présentée par le ministère public et a plus tard accueilli la requête des accusés visant à obtenir l’arrêt des procédures relatives aux accusations d’homicide involontaire coupable parce que le ministère public avait omis de divulguer des éléments de preuve pertinents — La conduite et les propos du juge du procès ont-ils créé une crainte raisonnable de partialité?

Droit criminel — Dépens — Délais et frais de justice découlant de problèmes systémiques indépendants de la volonté des accusés — Problèmes résultant dans une large mesure de la conduite du juge du procès qui a suscité une crainte de partialité — Les accusés devraient recouvrer les dépens raisonnables qu’ils ont engagés jusqu’à ce jour pour les procédures, ainsi que les dépens raisonnables qu’ils engageront dans le cadre du nouveau procès.

Le juge du procès a ordonné l’arrêt des procédures relatives aux accusations d’homicide involontaire coupable portées contre les accusés, deux membres du personnel de gestion d’une mine de charbon où est survenue une explosion qui a causé la mort de 26 mineurs. Il a fondé sa décision sur la non-divulgation ou la divulgation tardive de documents pertinents par le ministère public. Précédemment au cours du procès, le juge avait appelé le directeur intérimaire du Service des poursuites publiques et avait exprimé son mécontentement quant à

said that if he were not he would take steps "to secure that end". The Crown, supported by one of the accused, brought a motion for recusal, which the trial judge denied. The Crown sought unsuccessfully to appeal this interlocutory decision. That having failed, the trial continued until the trial judge entered a stay of proceedings due to the Crown's failure to disclose material information. The Crown raised the issue again in its appeal of the trial judge's order staying the proceedings. The Court of Appeal disagreed with the trial judge's conclusion that the material non-disclosure should result in a stay, found that there was a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial.

Held (McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Prior to the order staying the proceedings, the trial judge's actions and words during the trial created a reasonable apprehension of bias. In privately phoning a senior member of the Attorney General's staff to request the removal of the Crown attorney in charge of the case and stating that otherwise he would take steps "to secure that end", the trial judge interfered with the Crown's conduct of its case and became inappropriately involved in the fray. He should have recused himself, but denied the Crown's motion for recusal. Where a reasonable apprehension of bias is demonstrated, the trial judge has no further jurisdiction in the proceedings and the only appropriate remedy is a new trial. Generally the decision reached and the orders made in the course of a trial that is found by a court of appeal to be unfair as a result of bias are void and unenforceable. While the trial judge's order staying the charges in this case was enforceable until the court of appeal dealt with it, once the court of appeal ruled that the trial judge had demonstrated a reasonable apprehension of bias it retroactively rendered the order void and without effect. The Crown brought its motion for recusal in a timely, appropriate and reasonable manner and cannot be faulted on that score.

The accused should recover their reasonable legal costs of the proceedings to date and be paid the reasonable legal costs incurred in the new trial since the delays

la façon dont le substitut du procureur général menait l'affaire. Le juge du procès avait recommandé qu'il soit retiré du dossier sans quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin». Le ministère public, avec l'appui de l'un des appelants, a déposé une requête en récusation. Le juge du procès a rejeté cette requête. Le ministère public a cherché sans succès à appeler de cette décision interlocutoire et le procès s'est poursuivi jusqu'à ce que le juge qui le présidait inscrive un arrêt des procédures en raison de l'omission du ministère public de divulguer des renseignements substantiels. Le ministère public a soulevé de nouveau cette question dans l'appel qu'il a interjeté contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès. La Cour d'appel a rejeté la conclusion du juge du procès que la non-divulgaration substantielle exigeait un arrêt des procédures. Elle a conclu qu'il existait une crainte raisonnable de partialité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (Les juges McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Les actes et les propos du juge du procès antérieurs à l'arrêt des procédures ont créé une crainte raisonnable de partialité. En téléphonant en privé à un haut fonctionnaire du bureau du procureur général pour demander le retrait du substitut du procureur général en charge du dossier, sans quoi il prendrait des mesures «pour arriver à cette fin», le juge du procès est intervenu dans la façon dont le ministère public menait son dossier et il est devenu impliqué à tort dans la mêlée. Il aurait dû se récuser, mais il a rejeté la requête en ce sens présentée par le ministère public. Lorsque l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est démontrée, le juge du procès n'a plus compétence relativement aux procédures et la seule réparation convenable est la tenue d'un nouveau procès. Généralement, la décision rendue et les ordonnances prononcées au cours d'un procès déclaré inéquitable par une cour d'appel pour cause de partialité sont nulles et inexécutables. L'ordonnance du juge du procès demeurerait exécutoire jusqu'à ce que la Cour d'appel se soit prononcée sur sa validité. Cependant, lorsqu'elle a statué que le juge du procès avait fait naître une crainte raisonnable de partialité, la Cour d'appel a invalidé rétroactivement l'ordonnance. Le ministère public a présenté en temps opportun et d'une manière raisonnable et appropriée sa requête en récusation, et on ne peut lui reprocher quoique ce soit sur ce point.

Les accusés devraient recouvrer les dépens raisonnables qu'ils ont engagés jusqu'à ce jour pour les procédures et on devrait leur payer les dépens raisonnables

and much of the costs incurred arise from systemic problems beyond their control that were to a large extent occasioned by the conduct of the trial judge which gave rise to an apprehension of bias.

Per Sopinka J.: While the breach of the Crown's obligation to disclose was egregious, a stay is not the only appropriate remedy in the circumstances. Assuming that the trial judge was not *functus*, one of the circumstances that he did not take into account is the fact that there must be a new trial by reason of the apprehension of bias occasioned by his conduct. The trial judge may be satisfied that full disclosure has been made prior to the commencement of the new trial. While the trial judge proceeded on the basis that, absent a stay, the trial would continue, this Court must decide whether a stay is the only appropriate remedy having regard for the fact that a new trial will otherwise be held. Consequently, it is impossible to say what, if any, prejudice has been caused by the non-disclosure, or whether full disclosure will have been made prior to the commencement of the new trial. The order directing a new trial should be affirmed.

Per McLachlin and Major JJ. (dissenting): While as a general rule a judge should not discuss a case with one party outside the other party's presence, much less suggest to one party in the other's absence who counsel on the case should be, a conclusion of bias does not flow automatically from breach of this rule. The question is whether the content of the discussion in all the surrounding circumstances supports an inference that the trial judge favoured one party over the other. In this case Crown counsel's conduct was prejudicing a fair trial and might ultimately have caused the trial to be aborted. While the trial judge should not have stipulated that he be removed, it is questionable whether his doing so indicated partiality to either the Crown or the defence. Moreover, even if the inference could be drawn that the trial judge was biased against the Crown, it does not follow that he automatically lost jurisdiction. Judicial conduct giving rise to a reasonable apprehension of bias does not automatically deprive the judge of jurisdiction and render all proceedings thereafter void. The proper course for a party affected by the bias is to move promptly for recusal of the judge. Absent an order disqualifying the judge, the judge retains jurisdiction and the proceedings continue as before. While the issue has not often arisen in criminal proceedings, the authorities support the view that bias or apprehension of bias does

engagés dans le cadre du nouveau procès puisque les délais et une bonne partie des frais de justice engagés découlent de problèmes systémiques indépendants de leur volonté, qui résultaient, dans une large mesure, des propos et des actes du juge du procès qui ont suscité une crainte de partialité.

Le juge Sopinka: Bien que la violation de l'obligation de divulgation du ministère public ait été énorme, l'arrêt des procédures n'est pas la seule réparation convenable dans les circonstances. À supposer que le juge du procès n'ait pas été dessaisi de l'affaire, une des circonstances dont ce dernier n'a pas tenu compte est le fait qu'un nouveau procès doit avoir lieu en raison de la crainte de partialité qu'a soulevée sa conduite. Il est possible que le juge du procès soit convaincu qu'il y a eu divulgation complète avant le début du nouveau procès. Bien que le juge du procès se soit fondé sur l'hypothèse que, en l'absence d'un arrêt des procédures, le procès suivrait son cours, notre Cour doit décider si l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable, en tenant compte du fait que, à défaut d'une telle réparation, un nouveau procès aura lieu. Par conséquent, il est impossible de dire quel préjudice, si préjudice il y a eu, a été causé, ni de dire s'il y aura eu divulgation complète avant le début du nouveau procès. L'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès doit être confirmée.

Les juges McLachlin et Major (dissidents): Bien que, en règle générale, un juge doive s'abstenir de discuter d'une affaire avec une des parties, hors la présence de l'autre, et qu'il puisse encore moins suggérer à une partie, en l'absence de l'autre, quel avocat devrait occuper dans le dossier, la violation de cette règle n'entraîne pas inévitablement une conclusion de partialité. Il faut se demander si, eu égard à l'ensemble des circonstances, la teneur de la discussion permet d'inférer que le juge du procès favorisait une partie par rapport à l'autre. Dans le présent cas, la conduite du substitut du procureur général nuisait à la tenue d'un procès équitable et aurait pu, en bout de ligne, entraîner l'annulation du procès. Le juge du procès n'aurait pas dû suggérer qu'il soit retiré du dossier, mais ce fait ne prouve pas qu'il a ainsi fait montre de partialité soit à l'endroit du ministère public soit à l'endroit de la défense. De plus, même s'il était possible d'inférer que le juge du procès avait un parti pris contre le ministère public, il ne s'ensuit pas qu'il a automatiquement perdu compétence sur l'affaire. Une conduite judiciaire donnant naissance à une crainte raisonnable de partialité n'a pas automatiquement pour effet de priver le juge de sa compétence et de rendre nulles toutes les procédures subséquentes. La partie victime de la partialité doit demander promptement la récusation du juge. En l'absence d'une ordonnance déclarant

not automatically render the trial a nullity. This flows from the general principle that a court order must be obeyed until there is an order to the contrary. It follows that the trial judge in the present case retained jurisdiction after the telephone call alleged to give rise to an apprehension of bias against the Crown. This jurisdiction continued through the recusal motion and after its dismissal. The subsequent decisions of the judge were voidable, not void. Moreover, even if the trial judge lost jurisdiction by not recusing himself from the trial, it is open to this Court, in the interest of justice, to examine the circumstances of the proceedings and to enter a stay if that is the result required.

What occurred in this case was an abuse of process. While the trial judge believed that the non-disclosed evidence was material to the ability of the accused to make full answer and defence, the entire conduct of the trial has brought the administration of justice into disrepute and in the process violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Throughout the proceedings the Crown bent and broke rules, and attempted to cover up when it was caught. The Crown actively misled the court on a number of occasions, and ignored or failed to obey court orders. The conduct of Crown counsel at the trial violates the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency and constitutes an abuse of the court's process.

The trial judge was correct in determining that the only remedy for the conduct of the Crown in this case was a stay of proceedings. While a stay of proceedings is a last resort, only to be entered in the clearest of cases, the trial judge directed himself to consider other remedies, including the exclusion of evidence, an adjournment, or a mistrial. Throughout the pre-trial process and the trial itself, the trial judge utilized numerous remedies to ensure that the Crown was complying with its obligations, but none was effective. The trial judge granted a stay as a remedy for the prejudicial effect of the Crown's non-disclosures on the right of the accused to make full answer and defence. A stay should also be granted as a remedy for Crown conduct that was an

le juge inhabile, celui-ci garde compétence sur l'affaire et le procès suit normalement son cours. Bien que la question ne se soit pas posée souvent en matière criminelle, la jurisprudence appuie l'opinion selon laquelle la partialité ou la crainte de partialité n'entraînent pas nécessairement la nullité du procès. Cela découle du principe général qu'une ordonnance judiciaire doit être respectée tant qu'une ordonnance à l'effet contraire n'a pas été rendue. Il s'ensuit que, en l'espèce, le juge du procès a gardé compétence après l'appel téléphonique qui, prétend-on, aurait fait naître une crainte raisonnable de partialité contre le ministère public. Cette compétence a été maintenue pendant l'instruction de la requête en récusation et après son rejet. Les décisions subséquentes du juge étaient non pas nulles mais annulables. En outre, même si le juge du procès a perdu compétence en ne se récusant pas, il est loisible à notre Cour, dans l'intérêt de la justice, d'examiner les circonstances de ces procédures et d'en décréter l'arrêt si cette conclusion s'impose.

Il y a eu, en l'espèce, abus de procédure. Bien que le juge du procès ait estimé que la preuve non divulguée était substantielle relativement à la capacité des accusés de présenter une défense pleine et entière, le déroulement de ce procès dans son ensemble a déconsidéré l'administration de la justice et il y a eu, de ce fait, violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Tout au long des procédures, le ministère public a contourné et violé les règles, puis il a tenté de couvrir ses actes après avoir été découvert. Il a activement induit la cour en erreur, et ce à de nombreuses reprises. Il a fait fi des ordonnances de la cour ou ne s'y est pas conformé. La façon dont les substituts du procureur général se sont conduits au procès viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité, et elle constitue un abus des procédures de la cour.

Le juge du procès a eu raison de décider que la seule façon de remédier à la conduite du ministère public en l'espèce était d'ordonner l'arrêt des procédures. Bien que l'arrêt des procédures soit une mesure de dernier ressort, qui ne peut être ordonnée que dans les cas les plus manifestes, le juge du procès s'est rappelé d'examiner d'autres réparations, dont l'exclusion de la preuve, l'ajournement ou l'annulation du procès. Pendant toutes les étapes préliminaires et le procès lui-même, le juge du procès a eu recours à plusieurs mesures pour faire en sorte que le ministère public se conforme à ses obligations, mais aucune n'a été efficace. Le juge du procès a accordé un arrêt des procédures à titre de réparation pour l'effet préjudiciable que la non-divulgaration de la

abuse of process bringing the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By La Forest and Cory JJ.

Referred to: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623.

By McLachlin and Major JJ. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593, aff'd [1990] 3 S.C.R. 892; *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241; *R. v. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227; *United States v. Daley*, 564 F.2d 645 (1977), *certiorari* denied 435 U.S. 933 (1979); *Smith v. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (1977), aff'd 585 F.2d 83 (1978); *In re Martin-Trigona*, 573 F.Supp. 1237 (1983), aff'd 770 F.2d 157 (1985); *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), (d), 24(1).
Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, c. 73.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 220, 236, 587(1)(f), (g).
Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, c. 320.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, c. 372.

Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 1996, release 17).
 Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 146 N.S.R. (2d) 161, 422

preuve par le ministère public a eu sur le droit des accusés de présenter une défense pleine et entière. L'arrêt des procédures doit également être accordé à titre de réparation à l'égard de la conduite du ministère public qui a constitué un abus de procédure ayant eu pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par les juges La Forest et Cory

Arrêt mentionné: *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623.

Citée par les juges McLachlin et Major (dissidents)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593, conf. par [1990] 3 R.C.S. 892; *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241; *R. c. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227; *United States c. Daley*, 564 F.2d 645 (1977), *certiorari* refusé 435 U.S. 933 (1979); *Smith c. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (1977), conf. par 585 F.2d 83 (1978); *In re Martin-Trigona*, 573 F.Supp. 1237 (1983), conf. par 770 F.2d 157 (1985); *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(b), d), 24(1).
Coal Mines Regulation Act, R.S.N.S. 1989, ch. 73.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 220, 236, 587(1)f), g).
Occupational Health and Safety Act, R.S.N.S. 1989, ch. 320.
Public Inquiries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 372.

Doctrine citée

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf updated October 1996, release 17).
 Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 146 N.S.R. (2d) 161,

A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274, allowing the Crown's appeal from an order of Anderson J. (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163, granting a stay of proceedings, and ordering a new trial. Appeal dismissed, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Gordon R. Kelly and N. Kent Clarke, for the appellant Phillips.

Frank E. DeMont and John A. McKinlay, for the appellant Parry.

Craig M. Garson, G. Arthur Theuerkauf and Andrew S. Macdonald, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

422 A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une ordonnance du juge Anderson (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163, accordant un arrêt des procédures, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges McLachlin et Major sont dissidents.

Gordon R. Kelly et N. Kent Clarke, pour l'appellant Phillips.

Frank E. DeMont et John A. McKinlay, pour l'appellant Parry.

Craig M. Garson, G. Arthur Theuerkauf et Andrew S. Macdonald, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

¹ LA FOREST AND CORY JJ. — On June 9, 1995, the trial judge ordered that the manslaughter charges brought against the appellants be stayed. He based his decision upon the failure of the Crown in some instances to disclose relevant material and in others its tardiness in disclosing material: (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163. The Court of Appeal for Nova Scotia set aside the stay and directed a new trial: (1995), 146 N.S.R. (2d) 161, 422 A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274. The appellants have appealed that decision.

² The respondent Crown alleges that prior to making the order staying the proceedings, the actions and words of the trial judge revealed actual bias. Although that may be correct, it is not necessary to consider the issue since it is clear that they certainly created a reasonable apprehension of bias.

³ In July 1994, before the trial commenced, the trial judge made a phone call to a senior member of the staff of the Attorney General. Disturbing as it was the call in itself did not create an apprehension of bias. However, on March 2, 1995, when the

LES JUGES LA FOREST ET CORY — Le 9 juin 1995, le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures relatives aux accusations d'homicide involontaire coupable portées contre les appelants. Il a fondé sa décision sur l'omission du ministère public, dans certains cas, de divulguer des documents pertinents et sur sa lenteur, dans d'autres cas, à divulguer des documents: (1995), 146 N.S.R. (2d) 163, 422 A.P.R. 163. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a annulé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1995), 146 N.S.R. (2d) 161, 422 A.P.R. 161, 44 C.R. (4th) 274. Les appelants se pourvoient contre cette décision.

Le ministère public intimé allègue que les actes et les propos du juge du procès antérieurs à l'arrêt des procédures traduisaient l'existence de partialité chez lui. Bien que cela puisse être exact, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question puisqu'il est évident que ces actes et propos ont sûrement créé une crainte raisonnable de partialité.

En juillet 1994, avant l'ouverture du procès, le juge du procès a téléphoné à un haut fonctionnaire du bureau du Procureur général. Si inquiétant fût-il, cet appel n'a pas créé en soi de crainte de partialité. Cependant, le 2 mars 1995, alors que le procès

trial was well under way, the judge again called the senior member of staff. To make such a call during the trial was, to say the least, unfortunate if not ill advised. It was sufficient in itself to raise the issue of apprehension of bias. Further, the words of the trial judge during this conversation confirmed that there was a reasonable apprehension of bias. He expressed his displeasure with the manner in which the Crown attorney was conducting the case. The trial judge recommended that he be removed from the case and if he were not he would take steps "to secure that end". He thereby interfered with the Crown's conduct of its case, and so became inappropriately involved in the fray.

The Crown, supported by one of the appellants, brought a motion for recusal. The trial judge should have recused himself, but he denied the motion. It is sufficient to observe that the Crown sought unsuccessfully to appeal this interlocutory decision. The Crown did not waive its rights to raise the issue later and quite properly did so in its appeal of the order of the trial judge staying the action. The Court of Appeal unanimously found that there was a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial. We agree with this conclusion.

The properly drawn conclusion that there is a reasonable apprehension of bias will ordinarily lead inexorably to the decision that a new trial must be held. In circumstances where reasonable apprehension of bias is demonstrated the trial judge has no further jurisdiction in the proceedings and there is no alternative to a new trial.

The significance of a reasonable apprehension of bias was considered by this Court in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 645:

As I have stated, it is impossible to have a fair hearing or to have procedural fairness if a reasonable apprehension of bias has been established. If there has been a

était en cours, le juge a de nouveau appelé le haut fonctionnaire. Un tel appel fait pendant le procès était à tout le moins malheureux, voire peu judicieux. Il était suffisant en soi pour soulever la question de la crainte de partialité. En outre, les propos tenus par le juge du procès au cours de cette conversation ont confirmé l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Il a exprimé son mécontentement quant à la façon dont le substitut du procureur général menait l'affaire. Le juge du procès a recommandé qu'il soit retiré du dossier sans quoi il prendrait des mesures [TRADUCTION] «pour arriver à cette fin». Il intervenait ainsi dans la façon dont le ministère public menait son dossier et devenait impliqué à tort dans la mêlée.

Le ministère public, avec l'appui de l'un des appelants, a déposé une requête en récusation. Le juge du procès aurait dû se récuser, mais il a rejeté la requête. Il suffit de souligner que le ministère public a cherché sans succès à appeler de cette décision interlocutoire. Le ministère public n'a pas renoncé à ses droits de soulever la question plus tard et il l'a soulevée tout à fait à bon droit dans l'appel qu'il a interjeté contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge du procès. La Cour d'appel a conclu, à l'unanimité, qu'il existait une crainte raisonnable de partialité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Nous souscrivons à cette conclusion.

La conclusion correctement tirée qu'il existe une crainte raisonnable de partialité mène habituellement, de façon inexorable, à la décision qu'il doit y avoir un nouveau procès. Lorsque l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est démontrée, le juge du procès n'a plus compétence relativement aux procédures et le seul choix qui s'offre est la tenue d'un nouveau procès.

Notre Cour a examiné l'importance d'une crainte raisonnable de partialité dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 645:

Comme je l'ai déjà mentionné, du moment que la crainte raisonnable de partialité est établie, une audience équitable ou l'équité procédurale sont impossibles. S'il

denial of a right to a fair hearing it cannot be cured by the tribunal's subsequent decision. A decision of a tribunal which denied the parties a fair hearing cannot be simply voidable and rendered valid as a result of the subsequent decision of the tribunal. Procedural fairness is an essential aspect of any hearing before a tribunal. The damage created by apprehension of bias cannot be remedied. The hearing, and any subsequent order resulting from it, is void. [Emphasis added.]

If that be true of a proceeding before an administrative tribunal it must apply with even greater force to a criminal trial.

7 The right to a trial before an impartial judge is of fundamental importance to our system of justice. Should it be concluded by an appellate court that the words or actions of a trial judge have exhibited bias or demonstrated a reasonable apprehension of bias then a basic right has been breached and the exhibited bias renders the trial unfair. Generally the decision reached and the orders made in the course of a trial that is found by a court of appeal to be unfair as a result of bias are void and unenforceable.

8 Certainly, every order of a trial court is enforceable and must be obeyed until it is declared void by an appellate court. In this sense the order may be viewed as voidable. However, when a court of appeal determines that the trial judge was biased or demonstrated a reasonable apprehension of bias, that finding retroactively renders all the decisions and orders made during the trial void and without effect.

9 In the case at bar, the court of appeal correctly found the trial to be unfair as a result of the demonstrated apprehension of bias. The order of the trial judge staying the charges was void. It was made in the course of the trial after the impugned telephone call which clearly rendered the trial unfair. The order of the trial judge was enforceable until the court of appeal dealt with it. However there can be no doubt that once the court of appeal ruled that the trial judge had demonstrated a reasonable apprehension of bias it retroactively ren-

y a eu négation du droit à une audience équitable, la décision subséquente du tribunal ne peut y remédier. La décision d'un tribunal qui a refusé aux parties une audience équitable ne peut être simplement annulable et être validée ensuite par la décision subséquente du tribunal. L'équité procédurale est un élément essentiel de toute audience tenue devant un tribunal. Le préjudice résultant d'une crainte de partialité est irrémédiable. L'audience, ainsi que toute ordonnance à laquelle elle aboutit, est nulle. [Je souligne.]

Si cela est vrai d'une procédure devant un tribunal administratif, cela l'est d'autant plus d'un procès criminel.

Le droit à un procès devant un juge impartial est d'une importance fondamentale pour notre système de justice. Si une cour d'appel conclut que les paroles ou les actes du juge qui a présidé le procès révèlent l'existence de partialité ou d'une crainte raisonnable de partialité, il y a alors eu violation d'un droit fondamental et la partialité dont il a été fait montre rend le procès inéquitable. Généralement, la décision rendue et les ordonnances prononcées au cours d'un procès déclaré inéquitable par une cour d'appel pour cause de partialité sont nulles et inexécutaires.

Certes, toute ordonnance d'une cour de première instance est exécutoire et doit être respectée tant qu'elle n'est pas déclarée nulle par une cour d'appel. En ce sens, cette ordonnance peut être considérée comme annulable. Cependant, lorsqu'une cour d'appel détermine que le juge du procès a fait montre de partialité ou a fait naître une crainte raisonnable de partialité, cette conclusion invalide rétroactivement toutes les décisions et ordonnances rendues pendant le procès.

En l'espèce, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le procès était inéquitable en raison de la crainte raisonnable de partialité soulevée. L'ordonnance du juge du procès intimant l'arrêt des procédures était nulle. Elle a été rendue au cours du procès, après l'appel téléphonique reproché, qui a clairement eu pour effet de rendre le procès inéquitable. L'ordonnance du juge du procès demeurait exécutoire jusqu'à ce que la Cour d'appel se soit prononcée sur sa validité. Cependant, il ne fait aucun doute que, lorsqu'elle a statué que le juge du

dered void and without effect the order staying the charges.

The Court of Appeal properly found that the trial judge ought to have recused himself when the motion was brought before him. Whether he might have had authority to grant a stay after the unfortunate phone call was made is not in issue. Whatever authority he may have had was retroactively removed by the finding that he had exhibited a reasonable apprehension of bias. The only appropriate remedy in this case is to order a new trial.

Our colleagues contend that allegations of bias should be made in a timely fashion and cite American cases for this proposition. We accept that in order to maintain the integrity of the court's authority such allegations must, as a general rule, be brought forward as soon as it is reasonably possible to do so. However, in this case, the Crown took the courageous position of moving to have the trial judge recuse himself within five days of his demonstration of bias or at least the reasonable apprehension of bias. Thus it moved in a timely, appropriate and reasonable manner. The Crown certainly cannot be faulted on that score.

It is important that a new trial be held, and as a result as little as possible should be said regarding the issues that may arise or the evidence. Like our colleagues Justices McLachlin and Major, we have carefully considered the facts. We refrain from commenting upon them. We do this so that the judge presiding at the new trial is not inhibited in any way in dealing with any of the issues that may arise. Particularly the trial judge should not be inhibited either by our colleagues' views of the evidence and issues or by ours, which could well be different. At the new trial, both the Crown and the defence can take whatever steps and raise whatever issues they consider appropriate. The trial of these accused like all who face criminal

procès avait fait naître une crainte raisonnable de partialité, la Cour d'appel a invalidé rétroactivement l'ordonnance intimant l'arrêt des procédures.

La Cour d'appel a à juste titre statué que le juge du procès aurait dû se récuser lorsque la requête en ce sens lui a été présentée. La question de savoir s'il avait compétence pour accorder l'arrêt des procédures après le regrettable appel téléphonique n'est pas en litige. Tout pouvoir dont il a pu disposer a été supprimé rétroactivement par la conclusion qu'il avait fait naître une crainte raisonnable de partialité. La seule réparation convenable dans le présent cas consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Nos collègues affirment que les allégations de partialité doivent être formulées en temps opportun, et ils citent des arrêts américains à l'appui de cette affirmation. Nous reconnaissons que, pour maintenir l'intégrité de l'autorité des tribunaux, ces allégations doivent, en règle générale, être présentées dès qu'il est raisonnablement possible de le faire. En l'espèce, toutefois, le ministère public a fait preuve d'une attitude courageuse et, par voie de requête, a demandé la récusation du juge du procès dans les cinq jours qui ont suivi les propos et les actes qui ont démontré sa partialité ou, du moins, donné naissance à une crainte raisonnable de partialité. Le ministère public a donc agi en temps opportun et d'une manière raisonnable et appropriée. On ne peut certes reprocher quoique ce soit au ministère public sur ce point.

Il est important qu'un nouveau procès ait lieu, et, en conséquence, le moins possible doit être dit sur les questions susceptibles de se soulever ou sur la preuve. À l'instar de nos collègues les juges McLachlin et Major, nous avons soigneusement examiné les faits. Nous nous abstenons de les commenter. Nous agissons ainsi pour faire en sorte que le juge qui présidera le nouveau procès ne soit d'aucune façon empêché de traiter de quelque question qui pourrait se présenter. Tout particulièrement, le juge du procès ne devrait pas être paralysé par les opinions de nos collègues sur la preuve et les questions en litige, ou par les nôtres, qui peuvent fort bien être différentes. Au nouveau procès, le ministère public et la défense pourront prendre

10

11

12

charges should be fair and be perceived to be fair. To achieve this goal the issues raised at the new trial and the facts upon which they rest must be determined by a judge who is not only impartial but is seen by all to be impartial. This is clearly in the best interests of the accused and the community.

toutes les mesures et soulever toutes les questions qu'ils jugeront appropriées. Le procès des accusés visés par le présent pourvoi, comme celui de toute personne faisant l'objet d'accusations criminelles, doit être équitable et être perçu comme tel. Pour réaliser cet objectif, les questions soulevées au nouveau procès et les faits sur lesquels elles reposent doivent être respectivement tranchées et constatées par un juge qui non seulement est impartial mais qui en outre est perçu comme tel par tous. Une telle situation est clairement dans l'intérêt des accusés et de la collectivité.

13 It only remains to resolve the issue as to costs. The proceedings in the first trial were complex and lengthy. The new trial will be equally difficult. The appellants have suffered and will continue to suffer from the grievous financial burden of legal costs. Ordinarily this is something which must be accepted by those charged with criminal offences. Yet, in this case the delays and much of the legal costs incurred arise from systemic problems that were beyond the control of the appellants. They were to a large extent occasioned by the words and actions of the trial judge which gave rise to an apprehension of bias. This was followed by his refusal to grant the motion for recusal. In these unique circumstances the appellants should recover their reasonable legal costs of the proceedings to date. As well they should be paid the reasonable legal costs incurred in the new trial for which they cannot in any way be held responsible.

Reste la question des dépens. Le premier procès a été long et complexe. Le nouveau procès sera tout aussi difficile. Les appelants ont assumé et continueront d'assumer le lourd fardeau financier des frais de justice. Ordinairement, il s'agit là d'une réalité que les personnes accusées d'infractions criminelles doivent accepter. En l'espèce, cependant, les délais et une bonne partie des frais de justice engagés découlent de problèmes systémiques indépendants de la volonté des appelants. Ils résultaient, dans une grande mesure, des propos et des actes du juge du procès qui ont suscité une crainte de partialité. À cela s'est ajouté son refus d'accueillir la requête en récusation. Dans ces circonstances tout à fait particulières, les appelants devraient recouvrer les dépens raisonnables qu'ils ont engagés jusqu'à ce jour pour les procédures. De même, on devrait leur payer les dépens raisonnables engagés dans le cadre du nouveau procès pour lequel ils ne peuvent en aucune façon être tenus responsables.

14 In the result, subject to the direction regarding costs, the appeal is dismissed and the order directing the new trial is confirmed.

En définitive, sous réserve de la directive concernant les dépens, le pourvoi est rejeté et l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès est confirmée.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

15 SOPINKA J. — I have read the reasons of La Forest and Cory JJ. and of McLachlin and Major JJ. and agree with the disposition of this appeal proposed by La Forest and Cory JJ. Although I agree with McLachlin and Major JJ. that the breach of the crown's obligation to dis-

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs des juges La Forest et Cory et ceux des juges McLachlin et Major, et je suis d'accord avec la manière dont les premiers proposent de trancher le présent pourvoi. Bien que je convienne avec les juges McLachlin et Major qu'il y a eu violation énorme de l'obligation

close was egregious, I cannot say that in the circumstances a stay is the only appropriate remedy.

Assuming that McLachlin and Major JJ. are right that the trial judge was not *functus*, one of the circumstances that the trial judge did not take into account that must be considered is the fact that, independently of the issue of a stay for non-disclosure, there must be a new trial by reason of the apprehension of bias occasioned by the conduct of the trial judge. In view of this fact, I cannot say what prejudice has been caused by the non-disclosure. Certainly, the situation would be different if the original trial were to proceed. Witnesses would have been called and cross-examined by the appellants without the benefit of full disclosure. If these witnesses are called at the new trial, the appellants will have the benefit of not only the matters disclosed to date but any additional material that may be disclosed prior to the commencement of the new trial. Indeed, it may transpire that before that time, the trial judge will be satisfied that full disclosure has been made.

Quite apart from whether the trial judge was *functus*, I do not see how we can uphold the decision of the trial judge who granted the stay, given the fact that in considering the crucial issue of whether a stay was the only remedy, he proceeded on the basis that, absent a stay, the trial would continue. We cannot do so. We must decide whether a stay is the only appropriate remedy having regard for the fact that a new trial will otherwise be held. While this Court has the jurisdiction to make the order that was appropriate and we could impose a stay, by reason of the circumstances referred to above we are not in a position to say what, if any, prejudice has been caused nor whether full disclosure will have been made prior to the commencement of the new trial.

de divulgation du ministère public, je ne peux affirmer que, dans les circonstances, l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable.

À supposer que les juges McLachlin et Major aient raison de dire que le juge du procès n'était pas dessaisi de l'affaire, une des circonstances dont ce dernier n'a pas tenu compte et qui doit l'être est le fait que, indépendamment de la question de l'arrêt des procédures pour cause de non-divulgation, un nouveau procès doit avoir lieu en raison de la crainte de partialité qu'a soulevée la conduite du juge du procès. À la lumière de ce fait, je ne peux dire quel préjudice a été causé par la non-divulgation. Certes, la situation serait différente si le procès initial avait suivi son cours. Des témoins auraient été appelés à la barre puis contre-interrogés par les appelants, sans le bénéfice toutefois d'une divulgation complète de la preuve. Si ces témoins sont assignés au nouveau procès, les appelants profiteront non seulement de ce qui a été divulgué jusqu'à maintenant, mais aussi de tout ce qui pourra l'avoir été avant le début du nouveau procès. De fait, il est possible que, avant cette date, le juge du procès soit convaincu qu'il y a eu divulgation complète.

Indépendamment de la question de savoir si le juge du procès était dessaisi de l'affaire, je ne vois pas comment nous pourrions confirmer sa décision d'accorder l'arrêt des procédures, compte tenu du fait que, dans l'examen de la question cruciale de savoir si l'arrêt des procédures était la seule réparation, il s'est fondé sur l'hypothèse que, en l'absence de cette réparation, le procès suivrait son cours. Nous ne pouvons faire comme lui. Nous devons décider si l'arrêt des procédures est la seule réparation convenable, en tenant compte du fait que, à défaut d'une telle réparation, un nouveau procès aura lieu. Même si notre Cour a compétence pour rendre l'ordonnance qui aurait dû être rendue, et que nous pouvons imposer l'arrêt des procédures, vu les circonstances mentionnées précédemment nous ne sommes pas en mesure de dire quel préjudice, si préjudice il y a eu, a été causé, ni de dire s'il y aura eu divulgation complète avant le début du nouveau procès.

16

17

18 I would dispose of the appeal as proposed by La Forest and Cory JJ.

The following are the reasons delivered by

19 MCLACHLIN AND MAJOR JJ. (dissenting) — On May 9, 1992 an explosion at the Westray Coal Mine in Plymouth, Nova Scotia caused the deaths of 26 miners. Immediately, a search began for the cause of this tragedy.

20 Charges were brought in the present case against Messrs. Phillips and Parry, two of the mine's managerial staff, in an attempt to affix blame on them for the explosion and deaths. The trial, however, was halted in mid-course by a decision of the trial judge to stay the proceedings. This decision flowed from his finding that the prosecution had conducted the proceedings in such a way as to deny the accused their right to a fair trial.

21 While society demands to know the cause of the events at Westray, it does not demand the sacrifice of the standard of fairness our society accords to a person accused of committing a crime. The history of the proceedings against Roger James Parry and Gerald James Phillips creates the impression of a prosecution seemingly prepared to obtain a conviction at all costs. A detailed examination of the facts is necessary to ensure this impression is supported by evidence.

Factual and Procedural Background

22 To appreciate the complicated background and procedural activity that occurred throughout the course of this case it is helpful to follow a time line. Everything in the sequence has relevance to the trial judge's final decision to enter a stay of proceedings.

23 May 9, 1992 — the fatal explosion at the Westray Coal Mine occurred.

24 May 11, 1992 — the Department of Labour of Nova Scotia took control of the mine and initiated the first of three separate governmental investiga-

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par les juges La Forest et Cory.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES MCLACHLIN ET MAJOR (dissidents) — Le 9 mai 1992, une explosion à la mine de charbon Westray à Plymouth, en Nouvelle-Écosse, a causé la mort de 26 mineurs. Il y a immédiatement eu enquête sur la cause de cette tragédie.

En l'espèce, des accusations ont été portées contre MM. Phillips et Parry, deux membres du personnel de gestion de la mine, en vue de leur imputer la responsabilité de l'explosion et des décès. Le procès a toutefois été interrompu, à mi-chemin, par suite de la décision du juge qui le présidait d'arrêter les procédures. Cette décision découlait de sa conclusion que la poursuite avait mené les procédures d'une manière qui avait privé les accusés de leur droit à un procès équitable.

Même si la société exige de connaître la cause des événements survenus à Westray, elle ne demande pas que l'on sacrifie, à cette fin, la norme d'équité qu'elle reconnaît par ailleurs à toute personne accusée d'avoir commis un crime. Or l'histoire des procédures contre Roger James Parry et Gerald James Phillips donne l'impression d'une poursuite apparemment déterminée à obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix. Un examen détaillé des faits est nécessaire pour vérifier si cette impression est étayée par la preuve.

Les faits et les procédures

Pour bien comprendre les événements complexes — faits et procédures — qui ont marqué toute cette affaire, il est utile d'en faire la chronologie. Tous les éléments de cette chronologie sont pertinents en ce qui a trait à la décision ultime du juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures.

9 mai 1992 — Date de l'explosion fatale à la mine de charbon Westray.

11 mai 1992 — Le ministère du Travail de la Nouvelle-Écosse prend la mine en charge et amorce la première de trois enquêtes gouverne-

tions. Harry Murphy, an ex-RCMP officer, led the investigation for the Department of Labour.

May 15, 1992 — the Westray Mine Public Inquiry was initiated. Justice K. Peter Richard was appointed Commissioner under the *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 372, and Special Examiner under the *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, c. 73.

May 21, 1992 — the Royal Canadian Mounted Police (the "RCMP") began their investigation. In the course of the investigation, the RCMP made application for, and obtained, 18 search warrants, including warrants for the offices of Westray Coal at the mine site, the underground mine site, the offices of the Westray Mine Public Inquiry, and the offices of Curragh Inc. in Toronto. Staff Sergeant Ches MacDonald was named officer in charge of the RCMP investigation.

The existence of three separate inquiries initiated into this matter was a cause, but not the only cause, of the problems which took place in the criminal trial. It was difficult enough that the case ultimately required the introduction into evidence of an estimated half million pages of documents. Added to the bulk of the documents was the movement of them between multiple places and the numerous reproductions this entailed.

May 25, 1992 — the Commissioner of the Public Inquiry issued an order requiring Curragh Resources Inc., the Government of Nova Scotia and the Government of Canada to deliver to the Commission of Inquiry all documents, records and files that might have relevance.

Almost a year later, on April 2, 1993, the Commissioner ordered that all documents, records, files, statements, and other information or evidence obtained by the Commission was to be held in confidence by the Commission staff and that such evidence could not be released or made available to any person other than Commission staff, except upon a further order of the Commissioner. This may have been helpful for the Commission's

mentales distinctes. Harry Murphy, ex-agent de la GRC, dirige l'enquête pour le ministère du Travail.

15 mai 1992 — L'enquête publique sur la mine Westray est mise sur pied. Le juge K. Peter Richard est nommé commissaire en vertu de la *Public Inquiries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 372, et enquêteur spécial en vertu de la *Coal Mines Regulation Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 73.

21 mai 1992 — La Gendarmerie royale du Canada (la «GRC») amorce son enquête. Au cours de cette enquête, la GRC a demandé et obtenu 18 mandats de perquisition visant notamment les bureaux de la Westray Coal situés à la mine, la mine elle-même, les bureaux de la commission d'enquête publique sur la mine Westray et les bureaux de la société Curragh Inc. à Toronto. Le sergent d'état-major Ches MacDonald est nommé officier responsable de l'enquête de la GRC.

L'existence de trois enquêtes distinctes est l'une des causes, mais non la seule, des problèmes qui ont surgi pendant le procès criminel. L'affaire posait déjà suffisamment de difficultés du fait qu'environ un demi million de pages de documents ont été produits en preuve. À cette masse de documents s'ajoutaient leur circulation entre de multiples endroits et les nombreuses reproductions que cela rendait nécessaires.

25 mai 1992 — Le commissaire de l'enquête publique rend une ordonnance enjoignant à Curragh Resources Inc. ainsi qu'au gouvernement de la Nouvelle-Écosse et au gouvernement du Canada de communiquer à la commission d'enquête tous les documents, registres et dossiers susceptibles d'être pertinents.

Presqu'un an plus tard, le 2 avril 1993, le commissaire ordonne que l'ensemble des documents, registres, dossiers, déclarations et autres renseignements ou éléments de preuve obtenus par la commission soient traités comme des documents confidentiels par le personnel de la commission et ne soient communiqués à personne d'autre, sauf ordonnance contraire du commissaire. Cette mesure était peut-être utile pour les fins de la com-

25

26

27

28

29

purposes, but it hampered the document management in the criminal prosecutions.

mission, mais elle a gêné la gestion des documents dans le cadre des poursuites criminelles.

30 October 5, 1992 — the appellants and others were charged with 52 offences under the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, c. 320 (the “OHSA”), a provincial statute. These charges arose out of the Department of Labour investigation and were laid by the Attorney General and prosecuted by the Public Prosecution Service.

5 octobre 1992 — Les appelants et d’autres personnes sont accusés de 52 infractions prévues par l’*Occupational Health and Safety Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 320 (l’«OHSA»), une loi provinciale. Ces accusations résultaient de l’enquête du ministère du Travail. Elles ont été déposées par le procureur général et poursuivies par le Service des poursuites publiques.

31 October 21, 1992 — defence counsel for Mr. Phillips made his first request for full and complete disclosure. A letter was sent to John Pearson, Director of Public Prosecutions, the lead prosecutor for the offences under the OHSA, extensively detailing all the types of disclosure required. This was the first in a series of requests for full disclosure made by defence counsel. These requests continued throughout the course of this case and were never fully complied with.

21 octobre 1992 — L’avocat de la défense occupant pour M. Phillips présente sa première demande de divulgation complète. Il fait parvenir à M. John Pearson, directeur du Service des poursuites publiques et procureur principal pour les infractions poursuivies en vertu de l’OHSA, une lettre donnant le détail des renseignements et documents demandés. C’était la première d’une série de demandes de divulgation complète présentées par les avocats de la défense. De telles demandes ont continué d’être produites tout au long de l’instance et n’ont jamais été totalement satisfaites.

32 November 23, 1992 — counsel for Mr. Phillips objected to the limited form of disclosure provided in response to the first request and sent another letter reiterating the request for full and complete disclosure.

23 novembre 1992 — L’avocat de M. Phillips conteste la divulgation limitée faite en réponse à la première demande et fait parvenir une autre lettre réitérant la demande de divulgation complète.

33 November 30, 1992 — Mr. Pearson made an application for an adjournment of the arraignment of the appellants on the charges under the OHSA and the taking of a plea which had been set for December 10, 1992. In his application, he indicated that both the Department of Labour and the RCMP were conducting investigations, the RCMP investigation being of offences under the *Criminal Code*. Pearson indicated that the investigation by the RCMP and the basis for the charges under the OHSA were basically the same. He stated, in written material filed supporting his application, that:

30 novembre 1992 — M. Pearson présente une requête en ajournement de la mise en accusation des appelants sous le régime de l’OHSA et de l’inscription des plaidoyers, qui avaient été fixées au 10 décembre 1992. Dans sa requête, il indiquait que le ministère du Travail et la GRC menaient tous deux des enquêtes, celle de la GRC portant sur des infractions au *Code criminel*. Expliquant que l’enquête de la GRC et les accusations portées en vertu de l’OHSA avaient essentiellement le même fondement, il a dit ce qui suit dans un document présenté à l’appui de sa requête:

...the defendants are entitled to disclosure prior to plea. The defendants have requested disclosure of all information gathered by the R.C.M.P. during the criminal investigation. Adjourning the taking of a plea until after the criminal investigation is complete will avoid the possibility that disclosure at this time might

[TRADUCTION] ... les défendeurs ont droit à la divulgation de la preuve avant d’inscrire leur plaidoyer. Les défendeurs ont demandé la divulgation de toute l’information recueillie par la GRC durant l’enquête criminelle. Ajourner l’inscription du plaidoyer jusqu’à la fin de l’enquête criminelle permettra d’éviter que le fait de

prejudice the police investigation and will ensure that the defendants receive full disclosure prior to entering their plea.

What we take from Mr. Pearson's submission is that since the appellants were entitled to full disclosure before making a plea in response to the charges under the *OHS*A, he wanted to delay the taking of that plea until all of the evidence had been gathered with respect to the criminal investigation. We fail to understand Mr. Pearson's concern. The police were investigating the same events that formed the basis of the charges under the *OHS*A. How could disclosure of information they gathered possibly "prejudice" that police investigation? If Mr. Pearson was concerned that not all of the information had been gathered in relation to the charges, it raises the question of why the charges were laid at the time.

On the same day in November of 1992, the appellants and their co-accused requested disclosure of all information gathered by the RCMP during their criminal investigation. As well, they requested disclosure of all documents pertaining to the Westray Coal Mine, and files of the provincial Department of Labour, Natural Resources and Economic Development. Mr. Pearson replied to them by letter on November 30, 1992, stating that all documents from all provincial departments were now in the hands of the Westray Public Inquiry. Counsel for Mr. Phillips continued in his attempt to obtain disclosure, writing again on December 10, 1992 and January 21, 1993.

February 11, 1993 — the application by the Crown to adjourn the arraignment and take a plea for the charges under the *OHS*A was denied, and 34 of the 52 charges were stayed by order of Judge Clyde F. MacDonald of the Provincial Court. The Crown was ordered to provide particulars of how the offences were alleged to have been committed in relation to several of the remaining charges to

procéder à la divulgation à ce moment-ci porte préjudice à l'enquête policière, mais que les défendeurs obtiennent divulgation complète avant d'inscrire leur plaidoyer.

Ce que nous comprenons de l'argument de M. Pearson, c'est que comme les appelants avaient droit à la divulgation complète avant d'inscrire leur plaidoyer en réponse aux accusations portées en vertu de l'*OHS*A, il désirait reporter l'inscription de ces plaidoyers jusqu'à ce que toute la preuve relative à l'enquête criminelle ait été recueillie. Nous ne comprenons pas les inquiétudes de M. Pearson. Les policiers faisaient enquête sur les mêmes événements qui constituaient le fondement des accusations portées en vertu de l'*OHS*A. Comment la divulgation des renseignements qu'ils recueillaient pouvait-elle porter «préjudice» à l'enquête policière? Si M. Pearson s'inquiétait de la possibilité que tous les renseignements relatifs aux accusations n'aient pas été recueillis, cela soulève la question de savoir pourquoi les accusations avaient déjà été portées.

Ce même jour de novembre 1992, les appelants et leurs co-accusés ont demandé la divulgation de toute l'information recueillie par la GRC durant son enquête criminelle. Ils ont également demandé la divulgation de tous les documents se rapportant à la mine de charbon Westray, ainsi que des dossiers des ministères provinciaux du Travail, des Ressources naturelles et du Développement économique. Monsieur Pearson leur a répondu, dans une lettre datée du 30 novembre 1992, que tous les documents émanant des divers ministères provinciaux étaient maintenant entre les mains de la commission d'enquête Westray. L'avocat de M. Phillips a poursuivi ses efforts pour obtenir la divulgation de la preuve, écrivant à nouveau le 10 décembre 1992 et le 21 janvier 1993.

11 février 1993 — La demande du ministère public visant l'ajournement de la mise en accusation et de l'inscription des plaidoyers à l'égard des accusations portées en vertu de l'*OHS*A est rejetée, et 34 des 52 accusations sont suspendues par ordonnance du juge Clyde F. MacDonald de la Cour provinciale. Il est ordonné au ministère public de fournir, relativement à plusieurs des

which not guilty pleas had been entered. With respect to disclosure, Judge MacDonald stated:

Failure by the Crown to comply with full disclosure (where lack of proper disclosure denies the accused of [*sic*] the ability to have a fair trial) may lead to the trial judge entering a stay of proceedings of the charge, which is tantamount to an acquittal.

autres accusations à l'égard desquelles des plaidoyers de non-culpabilité ont été inscrits, des détails sur la façon dont les infractions reprochées auraient été commises. Le juge MacDonald a dit ceci au sujet de la question de la divulgation:

[TRADUCTION] Le défaut du ministère public de faire une divulgation complète (divulgation inadéquate ayant pour effet de priver l'accusé de son droit d'obtenir un procès équitable) peut amener le juge du procès à ordonner l'arrêt des procédures relatives à l'accusation, ce qui équivaut à un acquittement.

36 March 3, 1993 — Mr. Pearson advised Judge MacDonald that the Crown was staying the remaining charges under the *OHSA*, this being some 10 months after the explosion. He expressed concern that proceeding with the provincial charges might jeopardize the Crown's ability to bring charges under the *Criminal Code*.

3 mars 1993 — Monsieur Pearson avise le juge MacDonald que le ministère public suspend les accusations restantes fondées sur l'*OHSA*, et cela environ 10 mois après l'explosion. Il fait valoir que les procédures relatives aux accusations portées en vertu de la loi provinciale pourraient compromettre la possibilité pour le ministère public de déposer des accusations en vertu du *Code criminel*.

37 April 20, 1993 — eleven and a half months after the fatal explosion, the appellants were charged with the offence of manslaughter contrary to s. 236 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and of criminal negligence causing death, contrary to s. 220 of the *Criminal Code*. Senior Crown Attorney Herman C. Felderhof was the lead prosecutor for these charges.

20 avril 1993 — Onze mois et demi après l'explosion fatale, les appelants sont accusés d'homicide involontaire coupable et de négligence criminelle causant la mort, infractions respectivement prévues aux art. 236 et 220 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Herman C. Felderhof, substitut principal du procureur général, agissait comme procureur principal relativement à ces accusations.

38 Counsel for Mr. Phillips made an application to quash the charges on the ground of insufficient particulars on the same day.

Le même jour, l'avocat de M. Phillips demande l'annulation des accusations pour cause d'insuffisance de détails.

39 July 20, 1993 — the appellant Phillips' application was granted by the Honourable Judge Patrick H. Curran of the Provincial Court and both charges were quashed. The judge held:

20 juillet 1993 — La demande de l'appellant Phillips est accueillie par le juge Patrick H. Curran de la Cour provinciale, et les deux chefs d'accusation sont annulés. Le juge a conclu ainsi:

The information, and for that matter the crown's brief, implies that various things happened (or didn't happen) over an eight month period which, taken together, constituted the offence. The information altogether fails to give any indication what any of those things might be.

[TRADUCTION] La dénonciation — et, quant à cela, le mémoire du ministère public — laisse entendre que diverses choses se sont produites (ou ne se sont pas produites) pendant une période de huit mois, choses qui, mises ensemble, ont constitué l'infraction. La dénonciation ne donne absolument aucune indication sur la nature de ces choses.

The crown's brief implies that the prosecution already knows the bases on which the counts allegedly rest. One

Le mémoire du ministère public laisse entendre que la poursuite connaît déjà les fondements sur lesquels

would hope that would be the case. The brief goes on to imply that the accused and the court will come to know those bases all in good time, whether as a result of disclosure, particulars or evidence on a preliminary inquiry or trial. That is simply not good enough. The accused are entitled to know those bases before being put to their election.

July 23, 1993 — fourteen and a half months after the fatal explosion, new charges were laid against the appellants, charging violations of the same sections of the *Criminal Code*. The appellants made an application to Judge Curran to quash the new charges and his decision was reserved.

October 26, 1993 — Judge Curran dismissed the application to quash. The appellants pled not guilty to the charges and a preliminary inquiry was set for March 1994.

November 12, 1993 — counsel for Mr. Phillips wrote to the Senior Crown Attorney, Mr. Felderhof, requesting full and complete disclosure with respect to these newest charges against the appellant. The letter contained the following paragraph:

We hereby request on behalf of Mr. Phillips full and complete disclosure by the Crown in accordance with the principles laid down by the Supreme Court of Canada in *Stinchcombe v. The Queen* and the Policy Directive on Disclosure issued by the Attorney General of the Province of Nova Scotia.

December 10, 1993 — the response to the November 12 letter did not satisfy the defence and counsel for Mr. Phillips wrote to Mr. Felderhof again requesting full disclosure. The letter contained the following paragraph:

As it appears the Crown's position is that the Preliminary Inquiry should proceed as scheduled we must insist on behalf of Mr. Phillips that we now have full and complete disclosure by the Crown in accordance with the principals [*sic*] laid down by the Supreme Court of Canada in the *Stinchcombe v. The Queen* and the Policy Directive on Disclosure issued by the Attorney General of the Province of Nova Scotia. We have approxi-

reposeraient les chefs d'accusation. C'est le moins qu'on puisse demander. Le mémoire indique en outre que les accusés et la cour seront mis au fait de ces fondements en temps et lieux, que ce soit par la divulgation de la preuve, par la fourniture de détails ou par la présentation de la preuve à l'enquête préliminaire ou au procès. Ce n'est tout simplement pas suffisant. Les accusés ont le droit de connaître ces fondements avant d'être tenus d'effectuer leur choix.

23 juillet 1993 — Quatorze mois et demi après l'explosion fatale, de nouvelles accusations sont portées contre les appelants, leur reprochant les infractions prévues aux mêmes articles du *Code criminel*. Les appelants demandent l'annulation des nouvelles accusations au juge Curran, qui réserve sa décision.

26 octobre 1993 — Le juge Curran rejette la demande d'annulation. Les appelants plaident non coupables aux accusations et l'enquête préliminaire est fixée au mois de mars 1994.

12 novembre 1993 — L'avocat de M. Phillips écrit à M. Felderhof, substitut principal du procureur général, et lui demande la divulgation complète de la preuve à l'égard des plus récentes accusations portées contre l'appellant. La lettre contient le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Nous sollicitons, au nom de M. Phillips, la divulgation complète de la preuve par le ministère public conformément aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stinchcombe c. La Reine* et aux Directives en matière de divulgation de la preuve préparées par le procureur général de la province de la Nouvelle-Écosse.

10 décembre 1993 — Insatisfait de la réponse à la lettre du 12 novembre, l'avocat de M. Phillips écrit de nouveau à M. Felderhof pour demander la divulgation complète de la preuve. Cette lettre contient le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Comme le ministère public paraît être d'avis de tenir l'enquête préliminaire à la date prévue, nous devons insister, au nom de M. Phillips, sur la nécessité d'obtenir maintenant divulgation complète par le ministère public conformément aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stinchcombe c. La Reine* et aux Directives en matière de divulgation de la preuve préparées par le procureur

40

41

42

43

mately three (3) months to prepare for the Preliminary Inquiry which the Crown estimates will take three to four (3-4) months. Anything less than full disclosure at this time will prejudice Mr. Phillips' defence.

général de la province de la Nouvelle-Écosse. Nous avons environ trois (3) mois pour nous préparer pour l'enquête préliminaire, laquelle devrait, selon le ministère public, durer de trois à quatre (3-4) mois. Toute divulgation incomplète à cette étape-ci portera préjudice à la défense de M. Phillips.

44 May 18, 1994 — the Crown, two years after the explosion, made the important decision to proceed by preferred indictment, thereby avoiding a preliminary inquiry. It is apparent that proceeding by preferred indictment and denying the accused the benefit of a preliminary inquiry increases the need for disclosure. This increased need for disclosure appeared to have little effect on the Crown.

18 mai 1994 — Deux ans après l'explosion, le ministère public prend l'importante décision de présenter un acte d'accusation, évitant ainsi la tenue d'une enquête préliminaire. Il est manifeste que le recours à cette procédure et le fait de refuser à l'accusé le bénéfice d'une enquête préliminaire accroissent la nécessité de la divulgation de la preuve. Cette nécessité accrue semble n'avoir eu que peu d'effet sur le ministère public.

45 June 16, 1994 — the appellants in response to the direct indictment entered a plea of not guilty to all charges, and elected to proceed to trial before a judge alone. At the election appearance, counsel for Mr. Phillips again raised the issue of disclosure with Senior Crown Counsel Mr. Felderhof.

16 juin 1994 — En réponse à la présentation de l'acte d'accusation, les appelants inscrivent un plaidoyer de non-culpabilité à toutes les accusations et choisissent d'être jugés par un juge sans jury. Lors de la comparution relatif à ce choix, l'avocat de M. Phillips mentionne de nouveau la question de la communication de la preuve au substitut principal du procureur général, M. Felderhof.

46 July 5, 1994 — a pre-trial conference was held by the Honourable Justice A. David MacAdam (not the trial judge) in the presence of counsel for each party. The use of case management techniques for the conduct of the trial was discussed. Justice MacAdam recommended that, separate from the actual trial, there be conducted "a series of case management type meetings for the purpose of dealing with the volumes of potential documentary evidence, including proof of authenticity, and with the number of possible expert witnesses". These meetings would have been held by a judge other than the trial judge, in order to facilitate the production of evidence and hopefully prevent the actual trial from becoming bogged down with disputes over evidence.

5 juillet 1994 — L'honorable juge A. David MacAdam (non le juge du procès) tient une conférence préparatoire au procès en présence des avocats de chacune des parties. On y discute de la possibilité de recourir aux techniques de gestion d'instance pour assurer le bon déroulement du procès. Le juge MacAdam recommande la tenue, parallèlement au procès lui-même, [TRADUCTION] «d'une série de rencontres de type gestion d'instance afin d'examiner les questions liées au volume considérable d'éléments de preuve documentaire potentiels, y compris la question de la preuve de leur authenticité, et de discuter du nombre de témoins experts possibles». Ces rencontres auraient été présidées par un juge autre que le juge du procès, afin de faciliter la production de la preuve et dans l'espoir d'empêcher le procès lui-même de s'enliser dans des débats concernant la preuve.

47 July 6, 1994 — Mr. Felderhof rejected case management and wrote to Justice MacAdam:

6 juillet 1994 — Monsieur Felderhof rejette les mesures de gestion d'instance et écrit ceci au juge MacAdam:

Upon considerable reflection, it is my opinion, with the greatest respect, that this approach could impinge on prosecutorial discretion as to the mode of presenting its case.

. . .

There is a great deal of public interest in this proceeding; in particular by the Westray Family Group. Given this situation, it is the Crown's preference that all conferences be recorded. Public perception is of major concern to the Crown.

July 8, 1994 — Justice MacAdam replied to Mr. Felderhof and copied the letter to counsel for the defence. He explained that, given the Crown's position, he had recommended to Chief Justice Glube that the use of case management techniques would not be practical.

July 13, 1994 — Chief Justice Glube wrote to Mr. Felderhof's superior, Mr. Martin E. Herschorn, Q.C., Deputy Director of Public Prosecutions. This letter was disclosed at trial but had not been copied to the defence at the time of its writing. The letter stated, in part:

It is most unfortunate that Mr. Felderhof feels that case management in a six month trial with a judge other than a trial judge is not appropriate. The Court is not looking to try to resolve this matter, but they are trying to make sure that the case proceeds in an orderly fashion. I really have difficulty with Mr. Felderhof's position on this, since what was being attempted was to ensure that the case proceeds with all due dispatch. I do not know about the prosecution and the defence, but certainly from the administration of justice and the efficient use of judges' time, it is important that trials progress in an orderly fashion as quickly as possible.

. . .

I doubt that we will see any reversal of Mr. Felderhof's position considering his letter of July 6th, but I did feel it important to let you know that we are certainly very disappointed in the outcome.

Chief Justice Glube's disappointment with the prosecution's position was prophetic. The trial

[TRADUCTION] Après mûre réflexion, je suis d'avis, en toute déférence, que cette manière de procéder empiéterait sur le pouvoir discrétionnaire de la poursuite quant au mode de présentation de sa preuve.

. . .

Le présent procès soulève un intérêt considérable dans le public, particulièrement en ce qui concerne le Westray Family Group. Vu la situation, le ministère public préfère que toutes les conférences soient enregistrées. Le ministère public est très soucieux de la perception du public.

8 juillet 1994 — Le juge MacAdam répond à M. Felderhof dans une lettre dont copie est adressée aux avocats de la défense. Il explique que, compte tenu de la position du ministère public, il a avisé le juge en chef Glube qu'il n'y aurait pas d'intérêt pratique à recourir aux techniques de gestion d'instance.

13 juillet 1994 — Le juge en chef Glube écrit au supérieur de M. Felderhof, M. Martin E. Herschorn, c.r., directeur adjoint du Service des poursuites publiques. Cette lettre a été divulguée au procès, mais copie n'en avait pas été transmise à la défense au moment où elle a été écrite. On y lisait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Il est très regrettable que M. Felderhof n'estime pas approprié, dans le cadre d'un procès de six mois, de recourir à la gestion d'instance par un juge autre que le juge du procès. La cour n'essaie pas de trancher la question, mais de faire en sorte que l'affaire se déroule de façon ordonnée. J'ai vraiment de la difficulté à comprendre la position de M. Felderhof à ce sujet, puisque cette mesure visait simplement à assurer la bonne marche de l'affaire. Je ne veux pas parler pour la poursuite et la défense, mais en ce qui concerne l'administration de la justice et l'utilisation efficace du temps des juges, il importe que le procès se déroule de façon ordonnée et le plus rapidement possible.

. . .

Je doute que M. Felderhof revienne sur sa position, vu sa lettre du 6 juillet, mais je tenais à vous faire savoir que nous sommes très déçus de ce résultat.

La déception du juge en chef Glube devant l'attitude de la poursuite devait s'avérer prophétique.

48

49

50

became an endless dispute over the Crown's obligation to disclose. The prosecution, always reluctant, seemed to be trying to disclose as little as possible to the defence.

Le procès est en effet devenu le théâtre de débats interminables sur l'obligation de divulgation du ministère public. La poursuite, toujours aussi réticente, semblait tenter de divulguer le moins possible d'éléments à la défense.

⁵¹ September 6, 1994 — as the Crown had rejected case management, the first of a series of pre-trial conferences with the trial judge Mr. Justice Anderson began. There were eight conferences, during which the Crown refused written defence requests for certain disclosures on the basis that they would “fetter Crown discretion”. Crown Prosecutor Felderhof took the position in a brief that “[i]t is the Crown position that it has provided all disclosure it is legally obligated to provide”. This was a position the Crown would return to frequently.

6 septembre 1994 — Comme le ministère public avait rejeté le recours à la gestion d'instance, la première d'une série de conférences préparatoires commence sous la présidence du juge Anderson. Il y a eu huit conférences pendant lesquelles le ministère public a refusé les demandes écrites présentées par la défense en vue d'obtenir la divulgation de certains éléments, pour le motif que cela aurait pour effet de [TRADUCTION] «restreindre le pouvoir discrétionnaire du ministère public». Dans un mémoire, Felderhof, le substitut du procureur général a fait valoir que [TRADUCTION] «[l]e ministère public est d'avis qu'il a fourni tous les renseignements qu'il était légalement tenu de fournir». Le ministère public a fréquemment réitéré cette position.

⁵² As a result of the Crown's reluctance to disclose, it was necessary for the trial judge to specifically order disclosure of:

Par suite de la réticence du ministère public à divulguer la preuve, le juge du procès a dû expressément ordonner la divulgation des renseignements suivants:

- (1) the Crown's intended witnesses (ordered September 2, 1994),
- (2) the order in which these witnesses (exceeding 200 in number) would be called (ordered December 2, 1994),
- (3) a list of all the exhibits to be tendered by the Crown (ordered September 27, 1994), and
- (4) all Crown expert reports by November 15, 1994 (ordered October 18, 1994).

- (1) le nom des témoins que le ministère public entendait produire (ordonnance en date du 2 septembre 1994);
- (2) l'ordre dans lequel ces témoins (plus de 200) seraient appelés à la barre (ordonnance en date du 2 décembre 1994);
- (3) la liste de toutes les pièces que le ministère public entendait produire (ordonnance en date du 27 septembre 1994); et
- (4) tous les rapports des experts du ministère public, au plus tard le 15 novembre 1994 (ordonnance en date du 18 octobre 1994).

⁵³ January 18, 1995 — counsel for Mr. Phillips wrote to G. Arthur Theuerkauf, Assistant Crown Prosecutor and a member of the prosecution team, with respect to Crown disclosure. The letter stated:

18 janvier 1995 — L'avocat de M. Phillips écrit à G. Arthur Theuerkauf, substitut adjoint du procureur général et membre de l'équipe des procureurs de la poursuite, au sujet de la divulgation de la preuve par le ministère public. Il disait ceci dans sa lettre:

As you know throughout the pre-trial period of this case, we, on behalf of Mr. Phillips, have on numerous occasions asked for full disclosure of all relevant material in the possession of the Crown. You have on file previous requests in writing from us asking for same. This is consistent, as well, with the position that we have taken in pre-trial conferences.

We are greatly concerned that there is still a large volume of relevant material in the Crown's possession which has still not been disclosed to the defence. As you know, tomorrow we intend to meet with Sgt. MacDonald in Truro to review the material being stored at the Truro Detachment in an attempt to discover if such material has been deposited there.

Particularly, we are concerned that the Crown has still not disclosed material compiled by the Department of Labour concerning the mine and the May 9th explosion. We take the position that the Crown is singular and as part of the Crown's obligation to disclose, any information in the Department's possession must also be disclosed.

January 30, 1995 — for the first time, defence counsel received notice from the team of Crown Attorneys that they did not agree "that the Crown is singular" and accordingly that the files of the Department of Labour were not, for the purposes of disclosure, in the possession of the Public Prosecution Service.

February 1, 1995 — the Crown disclosed 17 new files of documents which they represented had been in their possession for at least two years and about which they had unilaterally made a decision that there would be no disclosure. These files were later subject to an order by the trial judge on February 27, 1995.

February 6, 1995 — the trial commenced before Anderson J.

February 13, 1995 — the trial judge ordered the Crown to disclose police officers' notes that had been in the possession of investigating officers and not previously disclosed. A banker's box of files

[TRADUCTION] Comme vous le savez, nous avons, au nom de M. Phillips, et ce à de nombreuses occasions tout au cours de la période préparatoire au procès dans la présente affaire, demandé la divulgation complète de tous les documents pertinents en la possession du ministère public. Vous trouverez dans votre dossier nos demandes antérieures à cette fin. Ceci est également conforme à la position que nous avons adoptée lors des conférences préparatoires.

Nous sommes très préoccupés par le fait qu'il y aurait toujours une quantité considérable de documents en la possession du ministère public qui n'ont pas encore été communiqués à la défense. Comme vous le savez, nous projetons de rencontrer demain le sergent MacDonald, à Truro, afin d'examiner les documents entreposés au détachement de l'endroit pour tenter de découvrir si de tels documents ont été déposés.

Tout particulièrement, nous nous inquiétons du fait que le ministère public n'a pas encore communiqué les documents compilés par le ministère du Travail concernant la mine et l'explosion du 9 mai. Nous considérons que la couronne forme une seule et même entité et que, dans le cadre de l'obligation de divulgation du ministère public, tout renseignement en la possession de ce ministère doit également être communiqué.

30 janvier 1995 — Pour la première fois, les avocats de la défense sont avisés que l'équipe des substituts du procureur général n'est pas d'accord avec l'opinion «que la couronne forme une seule et même entité», et que, en conséquence les dossiers du ministère du Travail ne sont pas, aux fins de la divulgation, en la possession du Service des poursuites publiques.

1^{er} février 1995 — Le ministère public divulgue 17 nouveaux dossiers qui, affirme-t-il, sont en sa possession depuis au moins deux ans et qu'il a unilatéralement décidé de ne pas divulguer. Ces dossiers ont par la suite fait l'objet d'une ordonnance du juge du procès le 27 février 1995.

6 février 1995 — Le procès s'ouvre devant le juge Anderson.

13 février 1995 — Le juge du procès ordonne au ministère public de divulguer les notes policières qui avaient été en la possession des agents-enquêteurs et qui n'avaient pas été divulguées jusque-là.

54

55

56

57

was delivered to defence counsel shortly thereafter.

Peu après, une lourde boîte de dossiers est remise aux avocats de la défense.

February 27, 1995 — the trial judge directed the Crown to give five days' notice of the specific exhibits to be referred to each witness, excluding some obvious physical exhibits, photographs and diagrams. Counsel for the appellants had been seeking this disclosure for six months, having written for it on July 26, 1994. Despite the Court's order, the prosecution was slow in giving notice and this behaviour continued until the day the trial was halted.

27 février 1995 — Le juge du procès ordonne au ministère public de donner un préavis de cinq jours relativement aux diverses pièces devant être soumises à chaque témoin, à l'exclusion de certaines pièces évidentes — photos, diagrammes et autres objets. Les avocats des appelants sollicitaient la divulgation de cette information depuis six mois, l'ayant demandé dans une lettre le 26 juillet 1994. Malgré l'ordonnance de la cour, la poursuite a été lente à donner les préavis requis, comportement qui s'est poursuivi jusqu'au jour où le procès a été interrompu.

Also on February 27, 1995, the trial judge ordered that the 17 files disclosed to the defence on February 1, 1995, which contained material deliberately withheld by the Crown for two years, be excluded from use by the Crown. He further ordered that any other material not disclosed by February 10, 1995 was excluded for use by the Crown without leave. The trial judge's order contained the following:

Toujours le 27 février 1995, le juge du procès a, par ordonnance, interdit au ministère public d'utiliser les 17 dossiers divulgués à la défense le 1^{er} février 1995, et qui contenaient des documents que le ministère avait délibérément soustraits à la divulgation depuis deux ans. Il a en outre interdit au ministère public d'utiliser, sauf autorisation contraire, tout autre élément de preuve non divulgué au 10 février 1995. Cette ordonnance du juge du procès était libellée ainsi:

IT IS ORDERED that pursuant to Section 24(1) of the **Charter of Rights and Freedoms** all material disclosed by the Crown to counsel for the Defendants on February 1, 1995, being, Q&A [document index] files 13-042 to and including 13-057, shall be and are hereby excluded from use by the Crown in this proceeding.

[TRADUCTION] **IL EST ORDONNÉ** que, conformément au paragraphe 24(1) de la **Charte des droits et libertés**, tous les documents divulgués par le ministère public aux avocats des défendeurs le 1^{er} février 1995, soit les dossiers Q&A [index documentaire] 13-042 à 13-057 inclusivement, soient exclus de la preuve du ministère public dans la présente instance.

IT IS FURTHER ORDERED that any information, materials or documents not disclosed to the Defendants as of February 10, 1995, shall be and is hereby excluded from use by the Crown in this proceeding, unless otherwise ordered by the Court.

IL EST ORDONNÉ EN OUTRE que les renseignements, pièces ou documents non divulgués aux défendeurs au 10 février 1995 soient exclus de la preuve du ministère public dans la présente instance, sauf ordonnance contraire de la cour.

IT IS FURTHER ORDERED that the Defendant, Gerald J. Phillips shall be and is hereby awarded costs in the amount of Five Hundred Dollars (\$500.00) against Her Majesty the Queen which costs shall be paid forthwith by Her Majesty the Queen to Gerald J. Phillips.

IL EST ORDONNÉ EN OUTRE que Sa Majesté la Reine verse sans délai au défendeur Gerald J. Phillips des dépens au montant de cinq cent dollars (500 \$).

March 9, 1995 — the trial was interrupted for a period of several weeks as a result of a motion made by the prosecution requesting recusal of the trial judge. We conclude later in these reasons that

9 mars 1995 — Le procès est interrompu pendant plusieurs semaines par suite de la présentation, par la poursuite, d'une requête en récusation du juge présidant le procès. Nous concluons, plus

a wrong decision on recusal does not necessarily go to jurisdiction and that any subsequent decisions of the trial judge are voidable, but not void. If the trial judge retained jurisdiction, then it is necessary to consider whether the stay of proceedings subsequently ordered by him was a proper exercise of his discretion. The exhibition of a reasonable apprehension of bias by a trial judge does not, in and of itself, bar appellate review of his subsequent decision.

The facts surrounding the recusal motion also have relevance to the stay proceeding in that they provide another example of unusual conduct on the part of the Crown. On March 2, 1995 the trial judge called Mr. Martin Herschorn, Q.C., then Acting Director of the Public Prosecution Service, and complained about the manner in which the lead Crown prosecutor, Mr. Felderhof, was conducting the trial. The trial judge advised Herschorn that if he did not remove Felderhof from the case, the trial judge would take steps to attain that end. Herschorn recorded the details of the conversation in a memo-to-file and advised Felderhof of the conversation as soon as he could reach him that day.

Five days later, on March 7, 1995, the Crown disclosed the phone call to the defence. During those five days completion of cross-examination of one Crown witness and the direct and cross-examination of another Crown witness took place. It was not until March 9, 1995 that Mr. Marc Chisholm, Chief Crown Attorney, appeared in court and made an application requesting the disqualification of the trial judge, the declaration of a mistrial, and ultimately the setting of a new trial date.

The application was denied by Anderson J. It is significant, with respect to the Crown's delay in bringing its application, that during the elapse of the five days, the Attorney General and the police witnesses were told about the phone call. Only the defence team were left in the dark.

loin dans les présents motifs, qu'une décision erronée en matière de récusation ne porte pas nécessairement atteinte à la compétence et que les décisions subséquentes du juge du procès sont non pas nulles mais annulables. Si le juge du procès avait conservé compétence sur l'affaire, il convient alors de se demander si, en ordonnant subséquentement l'arrêt des procédures, il a exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire. L'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès n'empêche pas, en soi, l'examen en appel de cette décision subséquente.

Les faits concernant la requête en récusation sont également pertinents pour ce qui est de l'arrêt des procédures en ce qu'ils fournissent un autre exemple de la conduite inhabituelle du ministère public. Le 2 mars 1995, le juge du procès a téléphoné à M. Martin Herschorn, c.r., alors directeur intérimaire du Service des poursuites publiques, pour se plaindre de la façon dont le procureur principal, M. Felderhof, menait les poursuites. Le juge du procès a avisé Herschorn que s'il ne retirait pas Felderhof du dossier, il prendrait des mesures pour arriver à cette fin. Monsieur Herschorn a consigné les détails de la conversation dans une note au dossier et en a informé M. Felderhof dès qu'il a pu le joindre ce jour-là.

Cinq jours plus tard, soit le 7 mars 1995, le ministère public a divulgué l'appel téléphonique à la défense. Durant cette période de cinq jours, on avait complété le contre-interrogatoire d'un témoin du ministère public ainsi que l'interrogatoire principal et le contre-interrogatoire d'un autre témoin du ministère public. Ce n'est que le 9 mars 1995 que M. Marc Chisholm, substitut en chef du procureur général, s'est présenté en cour et a demandé la récusation du juge du procès, l'annulation du procès et, enfin, la fixation d'une nouvelle date pour la tenue du procès.

La demande a été rejetée par le juge Anderson. Il est important de signaler, en ce qui concerne le temps mis par le ministère public à présenter sa demande, que durant cette période de cinq jours, le procureur général et les policiers témoins ont été mis au courant de l'appel téléphonique. Seule la défense a été laissée dans l'ignorance.

61

62

63

64 The appellants have submitted that the testimony heard by the trial judge in those two days was critical to the Crown's case. They further submit that the recusal motion was, in fact, a tactical ploy on the part of the Crown, as the Crown witnesses giving the critical evidence performed poorly and weakened the Crown's case. The appellant's position is that the recusal motion was not motivated by the Crown's belief that the trial judge was biased as much as simple trial tactics. If the trial judge was disqualified the Crown would have a fresh start on that portion of the trial. The Crown made no submission in rebuttal on these points.

65 April 18, 1995 — the trial, now almost three years after the explosion, had resumed when counsel for the appellants were provided with a copy of a letter of that date from Mr. Claude White, of the Department of Labour, to Staff Sergeant Ches MacDonald of the RCMP with respect to Department of Labour documentation relating to the Westray Mine. In the letter Mr. White stated:

As far as can be determined, all Department of Labour original documents relating to the Westray Mine, including all inspection reports and orders, in existence prior to the May 9, 1992 explosion, were sent to the Commission of Inquiry.

66 April 20, 1995 — the trial judge granted an adjournment and made an order to allow counsel for the appellants to examine the files of the Nova Scotia Department of Labour. The defence discovered files in the possession of the Department of Labour which had not been disclosed by the Crown or anyone else to the accused.

67 April 24, 1995 — the trial judge made a number of orders with respect to duplicated documents. The judge directed the Crown to identify original and duplicate documents listed in three separate exhibit indices maintained by the Crown. The trial judge further ordered the Crown not to introduce copies of documents for the truth of their contents. This order stemmed from continuing problems in

Les appelants prétendent que les témoignages que le juge du procès a entendus pendant ces deux jours étaient cruciaux pour la preuve du ministère public. Ils affirment en outre que la requête en récusation était en réalité une tactique du ministère public, car les témoins qui étaient censés rendre ces témoignages cruciaux s'en étaient mal tirés et avaient affaibli la preuve du ministère public. Selon les appelants, la requête en récusation était motivée non pas tant par la conviction du ministère public que le juge du procès était partial, mais par de simples considérations tactiques, car en cas de récusation du juge du procès, le ministère public pourrait reprendre à neuf cette partie du procès. Le ministère public n'a présenté aucune observation pour réfuter ces affirmations.

18 avril 1995 — Près de trois ans après l'explosion, le procès vient de reprendre lorsque les avocats des appelants reçoivent copie d'une lettre datée de ce jour et qu'a adressée M. Claude White, du ministère du Travail, au sergent d'état-major Ches MacDonald de la GRC, au sujet de la documentation de ce ministère concernant la mine Westray. Dans cette lettre, M. White dit ceci:

[TRADUCTION] Autant qu'il soit possible de le déterminer, tous les documents originaux du ministère du Travail concernant la mine Westray, y compris tous les rapports d'inspections et les ordres, antérieurs à l'explosion du 9 mai 1992, ont été transmis à la commission d'enquête.

20 avril 1995 — Le juge du procès accorde un ajournement et rend une ordonnance autorisant les avocats des appelants à examiner les dossiers du ministère du Travail de la Nouvelle-Écosse. La défense découvre que des dossiers en la possession du ministère du Travail n'ont pas été divulgués aux accusés par le ministère public ou par qui que ce soit.

24 avril 1995 — Le juge du procès rend un certain nombre d'ordonnances concernant les documents qui sont des copies. Il ordonne au ministère public d'identifier lesquels parmi les documents énumérés dans trois listes de pièces tenues par le ministère public sont des originaux et lesquels sont des copies. Il ordonne en outre au ministère public de ne pas produire de copies de documents pour

that regard, but particularly from the following incident.

There was an issue at trial as to whether the operators of the mine had complied with the occupational health and safety legislation of the Province of Nova Scotia. This legislation requires the creation of safety committees, a combination of union and management safety officers, that, from time to time, perform underground safety walks. The purpose of these committees is to discover and document potentially unsafe practices and potentially hazardous areas.

At trial, the Crown introduced into evidence a document which it offered as a safety walk report from the Westray Coal Mine. The document contained only the name "Roger Parry, mine superintendent" as safety officer, prompting the trial judge to comment that "this is a committee of one". It eventually was discovered, from defence searches of the Crown files, that this document had been altered from the original. The original document, in the possession of the Crown the entire time, also contained the names of the miner representative safety officers. These names had been edited out of the document that the Crown had attempted to introduce both for the truth of its contents and to draw a negative inference against the accused. In ordering the Crown from that point on to introduce only original documents, the trial judge emphasized that this was a matter of fundamental trial fairness.

May 7, 1995 — the Court raised the issue of a possible agreement between counsel relating to Department of Labour approvals for equipment. It was unclear exactly what theories were being advanced by the Crown to prove criminal negligence in relation to the operation of the mining equipment. The trial was adjourned and the matter

faire preuve de leur contenu. Cette ordonnance découlait des problèmes qui ne cessaient de surgir à cet égard, mais plus particulièrement de l'incident relaté ci-après.

Une des questions qui s'est soulevée au procès était de savoir si les exploitants de la mine s'étaient conformés à la législation sur la santé et la sécurité au travail de la province de la Nouvelle-Écosse. Ces mesures législatives exigent la création de comités de sécurité formés de délégués à la sécurité du syndicat et de la direction, qui, de temps à autre, effectuent des tournées de sécurité souterraines. Ces comités ont pour but de déceler les pratiques et les secteurs de travail susceptibles de présenter un danger, et de documenter leurs constatations.

Au procès, le ministère public a introduit en preuve un document qu'il a présenté comme un rapport de tournée de sécurité de la mine de charbon Westray. Le seul nom figurant sur ce document était celui de [TRADUCTION] «Roger Parry, surveillant de la mine», en sa qualité de délégué à la sécurité, ce qui a amené le juge du procès à dire ceci: [TRADUCTION] «c'est un comité d'une seule personne». L'examen des dossiers du ministère public par la défense a éventuellement permis de découvrir que ce document avait été modifié par rapport à l'original. L'original, qui a à tout moment été en la possession du ministère public, contenait aussi les noms des délégués à la sécurité représentant les mineurs. Ces noms avaient été supprimés du document que le ministère public avait tenté d'introduire, tant pour faire preuve de la véracité de son contenu que pour permettre de tirer une inférence défavorable aux accusés. En ordonnant au ministère de n'introduire désormais en preuve que des documents originaux, le juge du procès a souligné que cette question avait une incidence sur l'équité fondamentale du procès.

7 mai 1995 — La cour évoque la possibilité d'une entente entre les avocats au sujet des approbations données par le ministère du Travail en ce qui concerne le matériel. Il était impossible de déterminer exactement quelles étaient les théories avancées par le ministère public pour prouver la négligence criminelle dans l'utilisation du matériel

68

69

70

was left for discussion among counsel. However, the Crown would not advise the court or defence whether the issue of approvals for equipment did or did not form part of the allegations against the applicants. Counsel for the appellants made an application for particulars pursuant to s. 587(1)(f) and (g) of the *Criminal Code* and s. 7, 11(b), (d) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

71

May 9, 1995 — the trial judge granted the defence application for particulars, the order providing, *inter alia*:

IT IS ORDERED that the Crown shall forthwith furnish to Counsel for the Defendants full particulars of the equipment and materials alleged to have been used in an unsafe manner, as set out in the Indictment dated the 18th day of May, 1994.

72

May 9, 1995 — the Crown responded to the order for particulars by naming all possible equipment and materials. The particulars provided by the Crown read, in their entirety, as follows:

PURSUANT to the Order of the Honourable Justice N.R. Anderson, dated the 9th day of May 1995, at Pictou, Nova Scotia, and further to paragraph (e) of the first count of the Bill of Indictment herein, a copy of which is attached hereto, the Crown provides the following particulars:

A. Equipment

1. Bulldozers
2. Tractors
3. Boom Trucks
4. Scoop Trams
5. Continuous Miners
7. Shuttle Cars
8. Roof Bolters
9. Conveyor Belt Drives
10. Auxiliary Fans
11. Generators
12. Electric Arc Welders
13. Acetylene Torches

minier. Le procès a été ajourné pour permettre aux avocats de discuter de la question. Toutefois, le ministère public a refusé d'indiquer à la cour ou à la défense si la question des approbations concernant le matériel faisait ou non partie des allégations formulées contre les appelants. Les avocats des appelants ont demandé des détails en vertu des al. 587(1)f) et g) du *Code criminel*, ainsi que de l'art. 7, des al. 11b) et d) et du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

9 mai 1995 — Le juge du procès accueille la demande de détails de la défense. L'ordonnance prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] **IL EST ORDONNÉ** au ministère public de fournir sans délai aux avocats des défendeurs tous les détails concernant le matériel et les produits qui auraient été utilisés de manière dangereuse, tel qu'il appert de l'acte d'accusation daté du 18 mai 1994.

9 mai 1995 — Le ministère public répond à l'ordonnance lui enjoignant de fournir des détails en énumérant tout le matériel et tous les produits possibles. Voici le texte complet des détails fournis par le ministère public:

[TRADUCTION] **CONFORMÉMENT** à l'ordonnance de l'honorable juge N.R. Anderson, datée du 9 mai 1995 et rendue à Pictou (Nouvelle-Écosse), et à l'alinéa e) du premier chef de l'acte d'accusation en l'espèce, dont une copie est jointe aux présentes, le ministère public fournit les détails suivants:

A. Matériel

1. Bulldozers
2. Tracteurs
3. Camions-grues
4. Chargeuses à pelle
5. Mineurs continus
7. Camions-navette
8. Boulonneuses
9. Convoyeurs à courroie
10. Ventilateurs secondaires
11. Génératrices
12. Soudeurs à l'arc électrique
13. Chalumeaux oxyacétyléniques

14. Gasoline Powered Water Pump

B. Materials

15. Gasoline

16. Diesel Fuel

It is obvious these particulars are a cynical response by the Crown and of no help in informing the accused how it was alleged that they were negligent in relation to the operation of the mining equipment.

Counsel for the appellants brought a motion the next day, May 10, 1995, for a determination of the sufficiency of the particulars provided by the Crown. The trial judge found that the particulars provided were insufficient, and ordered the Crown to specify the nature of the unsafe use for each piece of equipment or material. To the date of this appeal the appellants state they have not received the particulars Anderson J. ordered. However, this issue paled as other important disclosure matters arose.

On May 10, 1995, the trial judge had also ordered the RCMP to go to the offices of the Department of Labour and the Westray Mine Public Inquiry and obtain original documents. This order resulted in the disclosure by Crown counsel of previously undisclosed Department of Labour Inspection and Assessment Reports relating to the Westray Mine, and original reports that differed from copies previously disclosed. Counsel for the appellants then made an application to the trial judge for a stay of proceedings pursuant to a violation of their *Charter* rights. The trial judge requested briefs to be filed before May 18 for a hearing to commence on May 23.

May 11, 1995 — during the noon hour, Crown and defence counsel spoke by teleconference with Marian Tyson, Q.C., a solicitor with the Nova Scotia Department of Justice. In this call, Tyson admitted that more undisclosed documents had been

14. Pompes à eau actionnées à l'essence

B. Produits

15. Essence

16. Carburant diesel

Il est évident que ces détails constituent une réponse cynique de la part du ministère public, et qu'ils ne renseignent d'aucune façon les accusés sur la façon dont ils auraient été négligents dans l'exploitation du matériel minier.

Le jour suivant, le 10 mai 1995, les avocats des appelants ont présenté une requête demandant qu'il soit statué sur le caractère suffisant des détails fournis par le ministère public. Concluant que les détails étaient insuffisants, le juge du procès a ordonné au ministère public de préciser la nature de l'utilisation dangereuse de chaque appareil ou produit. En date du présent pourvoi, les appelants affirment ne pas avoir reçu les détails exigés dans l'ordonnance du juge Anderson. Toutefois, cette question s'est révélée insignifiante en regard des autres problèmes importants de divulgation qui se sont présentés.

Le 10 mai 1995, le juge du procès a également ordonné à la GRC de se rendre aux bureaux du ministère du Travail et de la commission d'enquête sur la mine Westray pour s'y procurer des documents originaux. Cette ordonnance a conduit à la divulgation, par les substituts du procureur général, de rapports d'inspection et d'évaluation du ministère du Travail ayant trait à la mine Westray jusque-là non divulgués, ainsi que de rapports originaux qui différaient des copies de ceux-ci qui avaient été communiquées. Les avocats des appelants ont alors demandé au juge du procès d'ordonner l'arrêt des procédures, invoquant la violation des droits qui leur sont garantis par la *Charte*. Le juge du procès a demandé aux parties de déposer des mémoires à cet égard avant le 18 mai, en vue d'une audience devant commencer le 23 mai.

11 mai 1995 — Au cours d'une conférence téléphonique tenue à l'heure du midi, les avocats du ministère public et de la défense se sont entretenus avec Marian Tyson, c.r., avocate au ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse. Durant la confé-

73

74

75

found at the Department of Labour relating to the Westray Mine.

76

That afternoon, another Department of Justice solicitor, William Lahey, appeared at the trial and made submissions respecting the Department of Labour materials discussed in the noon teleconference. Original documents had been discovered by the Director of Mine Safety, Claude White, in his Department of Labour office desk. Lahey emphasized that at that time, he could not assure the Court that further material would not be located.

77

Between May 11 and the hearing of the stay application on May 23 many more documents not previously disclosed were made available to defence counsel. The additional material included:

- (1) A box of documents that was in the Westray document room on April 21, 1995 and in which privilege was at that time claimed;
- (2) Five computer disks containing the Westray "backup" computer file;
- (3) Correspondence from Bruce McIntosh;
- (4) Files of the Minister pertaining to Westray, minus privileged documents;
- (5) Materials relating to various aspects of Westray, its aftermath, and to persons or events connected to Westray;
- (6) Police officer notes;
- (7) A statement from a police officer concerning the location of original documents;
- (8) A statement from a Department of Labour employee concerning the recent discovery of Department of Labour documentation not previously disclosed; and
- (9) Original Westray documentation found in a locked filing cabinet within the Department of

rence, M^e Tyson a admis que d'autres documents concernant la mine Westray non divulgués avaient été découverts au ministère du Travail.

Cet après-midi-là, un autre avocat du ministère de la Justice, William Lahey, s'est présenté devant le juge du procès et a fait des observations au sujet des documents du ministère du Travail dont il avait été question durant la conférence téléphonique du midi. Des documents originaux avaient été découverts par le directeur de la sécurité minière, Claude White, dans son bureau à tiroirs au ministère du Travail. M^e Lahey a souligné que, au moment où il parlait, il ne pouvait pas garantir à la cour qu'on ne découvrirait pas d'autres documents.

Entre le 11 mai et l'audition de la demande d'arrêt des procédures, le 23 mai, de nombreux autres documents non divulgués jusque-là ont été remis aux avocats de la défense, dont les suivants:

- (1) des documents qui se trouvaient dans une boîte entreposée dans la salle des documents de Westray le 21 avril 1995, et à l'égard desquels un privilège avait alors été invoqué;
- (2) cinq disquettes d'ordinateur contenant le fichier informatique «de sauvegarde» de Westray;
- (3) de la correspondance émanant de Bruce McIntosh;
- (4) des dossiers émanant du ministre et concernant Westray, à l'exclusion des documents privilégiés;
- (5) des documents relatifs à divers aspects de l'affaire Westray, à ses répercussions et à des personnes ou événements s'y rapportant;
- (6) des notes policières;
- (7) une déclaration émanant d'un policier et concernant l'endroit où se trouvaient des documents originaux;
- (8) une déclaration émanant d'un employé du ministère du Travail et concernant la récente découverte de documents du ministère du Travail non divulgués jusque-là;
- (9) des documents originaux concernant Westray trouvés dans un classeur verrouillé de l'ancien

Labour, Former Mine Rescue Centre, located at Stellarton, Nova Scotia.

This “mountain” of disclosure was made after the trial judge had determined to hold a hearing on the defendants’ motion for a stay of proceedings. The saga of the police officers’ notes is telling. Defence counsel had, both before and after the commencement of trial, requested copies of the notes of all RCMP officers involved in the investigation. On April 7, 1995, in a letter dealing with other disclosure matters, Assistant Crown Prosecutor Arthur Theuerkauf wrote to counsel for Mr. Phillips: “[f]urthermore, you have been provided with a copy of police officers’ notes listed on the Appendix attached to this letter”. The Appendix included the names Sgt. K. W. Baird, Cst. W. Conrad and Cst. K. Gotell. Counsel for Mr. Phillips reviewed the files and found that copies of these officers’ notes had not been provided.

Another letter was written to Mr. Theuerkauf requesting copies of these notes. On May 4, 1995, Theuerkauf again responded that the prosecution had already provided these notes. However, on May 18, a letter dated May 16 arrived at the offices of counsel for Phillips enclosing 235 pages of notes prepared by Cst. Kevin Gotell. These notes had not been previously provided. Theuerkauf’s letter did not explain why the Crown had not previously disclosed these notes in a timely manner, notwithstanding counsel’s constant and repetitive requests.

May 23, 1995 — the stay proceeding hearing commenced before Anderson J.

Counsel for the appellant Phillips cited the 25 letters written to lawyers on the prosecution team between the start of the trial on February 6, 1995 and the commencement of the stay proceeding on May 23, 1995. All of these letters sought more or improved disclosure from the Crown. Sometimes

centre de sauvetage minier du ministère du Travail, à Stellarton (Nouvelle-Écosse).

Cette «montagne» de documents s’est matérialisée après que le juge du procès eut décidé de tenir une audience sur la requête en arrêt des procédures présentée par les défendeurs. La saga des notes policières est révélatrice. Les avocats de la défense avaient, tant avant qu’après le début du procès, demandé copie des notes de tous les agents de la GRC ayant participé à l’enquête. Le 7 avril 1995, dans une lettre ayant trait à d’autres questions de divulgation, le procureur adjoint de la poursuite, Arthur Theuerkauf, a écrit ceci à l’avocat de M. Phillips: [TRADUCTION] «[e]n outre, vous avez reçu copie des notes des policiers dont les noms figurent à l’annexe jointe à la présente lettre». Y étaient notamment inscrits les noms du sergent K. W. Baird et des gendarmes W. Conrad et K. Gotell. Après avoir examiné les dossiers, l’avocat de M. Phillips a constaté qu’aucune copie des notes de ces agents n’avait été fournie.

Une autre lettre a été adressée à M. Theuerkauf pour lui demander copie de ces notes. Le 4 mai 1995, ce dernier a de nouveau répondu que la poursuite les avait déjà fournies. Toutefois, le 18 mai, l’avocat de M. Phillips a reçu à son bureau une lettre datée du 16 mai et à laquelle étaient jointes 235 pages de notes préparées par le gendarme Kevin Gotell. Ces notes n’avaient pas été fournies auparavant. La lettre de M. Theuerkauf n’expliquait pas pourquoi le ministère public n’avait pas fait diligence pour divulguer ces notes malgré les demandes répétées de l’avocat.

23 mai 1995 — L’audition de la demande d’arrêt des procédures s’amorce devant le juge Anderson.

L’avocat de l’appellant Phillips y fait état des 25 lettres adressées aux procureurs de la poursuite entre la date où a commencé le procès, le 6 février 1995, et celle où s’est amorcée l’audition de la demande d’arrêt des procédures, le 23 mai 1995. Toutes ces lettres demandaient au ministère public de divulguer d’autres documents ou de compléter ceux déjà fournis. Parfois des pages manquaient

78

79

80

81

pages were missing from documents that had been disclosed, in other cases entire files were absent.

dans les documents communiqués, parfois c'étaient des dossiers entiers qui manquaient.

82 At the stay proceeding hearing Marian Tyson, Q.C., a solicitor with the Nova Scotia Department of Justice, testified that copious handwritten notes of former Department of Labour Mine Rescue Training Co-ordinator Fred Doucette had been secured from a locked filing cabinet in Doucette's office in Stellarton, Nova Scotia on May 16, 1995. The file folder containing these notes read: "Original Westray Documents — Do Not Alter or Destroy". Fred Doucette had been a member of a three-investigator team established by the Department of Labour to obtain the evidence on which charges against the appellant were initially brought, under the *OHSA*.

À l'audition de la demande d'arrêt des procédures, Marian Tyson, avocate au ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse, a témoigné que d'abondantes notes manuscrites rédigées par Fred Doucette, ancien coordonnateur de la formation en sauvetage minier du ministère du Travail, avaient été trouvées dans un classeur verrouillé dans le bureau de M. Doucette à Stellarton (Nouvelle-Écosse), le 16 mai 1995. Sur la chemise contenant ces notes, on pouvait lire la mention suivante: [TRADUCTION] «Documents originaux concernant Westray — Ne pas détruire ou modifier». Fred Doucette était l'un des trois membres de l'équipe d'enquêteurs qui avait été constituée par le ministère du Travail pour recueillir les éléments de preuve sur le fondement desquels des accusations ont initialement été portées contre les appelants en vertu de l'*OHSA*.

83 Ms. Tyson also confirmed that the Department of Public Prosecutions had provided advice to the Department of Labour investigation. She also testified to the fact that the government of the day (Cabinet) had instructed all government departments to cooperate with the RCMP investigation, and further that the Department of Labour complied with this instruction.

Madame Tyson a également confirmé que le Service des poursuites publiques avait donné des avis dans le cadre de l'enquête du ministère du Travail. De plus, elle a témoigné que le gouvernement d'alors (le cabinet) avait donné instruction à tous les ministères de collaborer à l'enquête de la GRC, et que le ministère du Travail s'était conformé à ces instructions.

84 The prosecution throughout these proceedings maintained that "[t]he Crown has not had and does not have access to the Department of Labour files concerning the Westray explosion matters". This cannot be correct in light of Ms. Tyson's testimony at the stay proceeding:

Tout au long des procédures, la poursuite a maintenu que [TRADUCTION] «[l]e ministère public n'a pas eu et n'a pas accès aux dossiers du ministère du Travail touchant l'explosion à la mine Westray». Cette affirmation ne peut être exacte compte tenu du témoignage rendue par M^{me} Tyson à l'audition de la demande d'arrêt des procédures:

[TRADUCTION]

Q. You would also agree with me that there was coordination and cooperation between the Department of Labour investigation and the RCMP investigation?

Q. Vous convenez aussi avec moi qu'il y avait coordination et collaboration entre l'enquête du ministère du Travail et celle de la GRC?

A. I can say that there was cooperation from the Department of Justice and from the Department of Labour. And I understand, from other government departments,

R. Je peux dire qu'il y avait collaboration entre le ministère de la Justice et le ministère du Travail. Et, si je ne m'abuse, de la part d'autres ministères, avec la GRC, et

with the RCMP and that was on instructions of the government of the day. So I can say, yes, to the cooperation.

cela conformément aux instructions du gouvernement d'alors. De sorte que je peux dire oui, en ce qui concerne la collaboration.

Q. Anything the RCMP asked for, they got as quickly as possible?

Q. Tout ce que la GRC demandait, elle l'obtenait aussi rapidement que possible?

A. Yes, in the same way that the Inquiry people were dealt with.

R. Oui, de la même façon que les gens de la commission d'enquête étaient traités.

Q. And —

Q. Et —

A. Full cooperation to the extent that it could be given.

R. Entière collaboration dans la mesure du possible.

Q. Open invitation, if you want more, come get it. Correct?

Q. Une invitation permanente quoi, si vous voulez autre chose, suffit de le demander. C'est bien ça?

A. Yes. As I said, if there was information that was available, could be provided. If it was requested, it was provided

R. Oui. Comme je l'ai dit, si les renseignements étaient disponibles, s'ils pouvaient être fournis. S'ils étaient demandés, ils étaient fournis.

In the course of his examination during the stay proceeding, Staff Sergeant MacDonald confirmed the close cooperation between himself and Harry Murphy, Chief Investigator for the Department of Labour, and the fact that the Department of Public Prosecutions was advising both the provincial and criminal investigations. Staff Sergeant MacDonald was also presented with the statement of Stewart Sampson, an employee of the Department of Labour who was in charge of document collection and distribution:

85 Au cours de son interrogatoire, durant l'audition de la demande d'arrêt des procédures, le sergent d'état-major MacDonald a confirmé l'étroite collaboration entre lui et Harry Murphy, l'enquêteur principal pour le ministère du Travail, et le fait que le Service des poursuites publiques fournissait des avis, tant dans le cadre de l'enquête provinciale que de l'enquête criminelle. On lui a également présenté la déclaration de Stewart Sampson, fonctionnaire du ministère du Travail qui était chargé de colliger et de distribuer les documents:

[TRANSLATION]

Q. And in his statement, Mr. Sampson says with respect to documents in this — that "I believe that I provided a full set of copies to the RCMP. That would have been four boxes." Now the date which is given is on/or about June 30th, 1992, when these boxes were prepared.

Q. Et dans sa déclaration, M. Sampson dit ceci, en ce qui concerne les documents: «Je crois que j'ai fourni un jeu complet de copies à la GRC. Ça remplissait quatre boîtes je crois.» La date donnée est le ou vers le 30 juin 1992, lorsque ces boîtes ont été préparées.

Now that, in fact, is correct, is it not, that Mr. Stewart Sampson provided you with approximately four boxes of material which were identical to the boxes which were provided to the Commission?

Bon, ce fait est effectivement exact, n'est-il pas vrai que M. Stewart Sampson vous a remis environ quatre boîtes de documents, qui étaient identiques aux boîtes remises à la Commission?

A. That is correct. . . .

R. C'est exact . . .

Staff Sergeant MacDonald confirmed several times in his testimony that the RCMP did have access to the Department of Labour files. These files never found their way onto the exhibit list or the Q&A

Le sergent d'état-major MacDonald a confirmé à plusieurs reprises dans son témoignage que la GRC avait bel et bien accès aux dossiers du ministère du Travail. Or, ces dossiers n'ont jamais été

index. There was additional testimony from Ms. Tyson during the stay hearing that these files were relevant to the defence in this case.

86

Staff Sergeant MacDonald's evidence also revealed that he was one of the main decision-makers of what was and was not to be disclosed. His evidence confirmed that:

- (1) in screening materials for possible disclosure he considered the application of the hearsay rule;
- (2) his test for disclosure was "all relevant evidence" rather than "all relevant information";
- (3) the Crown Attorneys relied on his assessment of the relevance of his 444 "administrative" files for the purposes of disclosure and made no independent assessment of these files;
- (4) some documents were not disclosed because they contained information that, solely in Staff Sergeant MacDonald's opinion, was known to defence counsel by other means; and
- (5) his assessment of the Crown position on issue of disclosure was to downplay those issues because he believed the Crown was diligent in its disclosure.

87

The Crown's conduct with respect to the 444 "administrative" files is demonstrative of their behaviour throughout the course of this trial. On February 21, 1995, the trial judge ordered the Crown to move the primary Westray files from Truro, where they had been kept during the course of the trial, to Pictou, where the trial was being held. The trial judge was growing impatient with the delays occasioned by prosecution witnesses needing something from the file. The trial judge commented:

inscrits sur la liste des pièces ou dans l'index Q&A. Madame Tyson a elle aussi affirmé, dans son témoignage à l'audition de la demande d'arrêt des procédures, que ces dossiers étaient pertinents pour la défense en l'espèce.

Le témoignage du sergent d'état-major MacDonald a également permis de découvrir qu'il était l'une des principales personnes qui décidaient ce qui était divulgué et ce qui ne l'était pas. Son témoignage a confirmé les points suivants:

- (1) en sélectionnant les documents destinés à être divulgués, il prenait en considération l'application de la règle du oui-dire;
- (2) le critère qu'il appliquait pour décider de la communication était «tous les éléments de preuve pertinents» et non «tous les renseignements pertinents»;
- (3) les procureurs de la couronne se sont fiés à son appréciation de la pertinence de ses 444 dossiers «administratifs» pour les fins de la divulgation, et ils n'ont pas fait d'évaluation indépendante des dossiers;
- (4) certains documents n'ont pas été divulgués parce qu'ils contenaient, suivant le seul avis du sergent d'état-major MacDonald, des renseignements qui étaient connus des avocats de la défense grâce à d'autres sources; et
- (5) l'appréciation qu'il faisait de la position du ministère public relativement à la divulgation l'amenait à minimiser ces questions, car il croyait que le ministère public faisait preuve de diligence à cet égard.

La conduite du ministère public à l'égard des 444 dossiers «administratifs» illustre sa conduite tout au long du procès. Le 21 février 1995, le juge du procès a ordonné au ministère public de transférer les principaux dossiers concernant l'affaire Westray de Truro, où ils avaient été conservés jusque-là, à Pictou où se tenait le procès. Le juge du procès était de plus en plus impatient en raison des retards occasionnés par le fait que des témoins de la poursuite avaient besoin de quelque chose se trouvant dans les dossiers. Il a fait le commentaire suivant à cet égard:

There should be somewhere where it's accessible and get things coordinated here so that we're not all the time xeroxing and waiting for things that counsel haven't had and don't know exist and things you don't know exist.

Crown counsel Theuerkauf responded as follows:

... we've undertaken amongst ourselves to ask Staff Sergeant MacDonald to bring over the full RCMP file. We still understand there's some administrative things in there that we've deemed all along are not relevant ...

This was the first time the existence of the so-called "administrative" files was disclosed to counsel for the defence. These files do not appear on the exhibit list or the Q&A index.

Eventually, these "administrative" files were all disclosed to the defence. The fact of their non-disclosure demonstrates a serious failure to comply with the duty resting on the Crown. However, the Crown's attitude about and response to this obligation is disclosed in Mr. Felderhof's memo of April 13, 1995 to Mr. Theuerkauf. It states:

... I feel it is extremely important to downplay any possible significance of this disclosure. I feel it should be made clear to them that the materials were initially deemed irrelevant by Staff Sgt. MacDonald and placed in his administrative files. Further that the Crown deemed the administrative files not to be relevant and that we did not peruse same. Subsequent to those files being made available, that Staff Sgt. MacDonald had an opportunity to review same and discovered these materials which he brought to our attention; we reviewed these and felt that they should be disclosed in accordance with the provisions of *Stinchcombe*, which calls for continuing disclosure. ...

I feel it is extremely important that this issue be downplayed as much as possible and that it is nothing more than continuing disclosure, and that we do not in any

[TRADUCTION] Il devrait y avoir un endroit ici où l'on pourrait avoir accès à ces dossiers, de façon organisée, de sorte que nous ne soyons pas toujours en train de faire des photocopies et d'attendre des choses que les avocats n'ont pas reçues et dont ils ne connaissent pas l'existence, et des choses dont vous ne connaissez pas l'existence.

Ce à quoi le substitut du procureur général Theuerkauf a répondu:

[TRADUCTION] ... nous avons pris sur nous de demander au sergent d'état-major MacDonald d'apporter tout le dossier de la GRC. Si nous avons bien compris, il renferme encore des documents administratifs que nous avons toujours considérés comme non pertinents ...

C'est la première fois que l'existence de dossiers dits «administratifs» a été divulguée aux avocats de la défense. Ces dossiers ne sont pas mentionnés sur la liste des pièces ni dans l'index Q&A.

Éventuellement, ces dossiers «administratifs» ont tous été divulgués à la défense. Le fait de leur non-divulgaration témoigne d'un grave manquement par le ministère public à l'obligation qui lui incombe. Toutefois, l'attitude du ministère public à cet égard et sa réponse à cette obligation ressortent de la note de service du 13 avril 1995 que M. Felderhof a fait parvenir à M. Theuerkauf, et qui disait ceci:

[TRADUCTION] ... j'estime qu'il est extrêmement important de minimiser toute portée possible de cette divulgation. J'estime qu'il faut leur indiquer clairement que les documents ont au départ été jugés non pertinents par le sergent d'état-major MacDonald et classés par ce dernier dans ses dossiers administratifs. Et que le ministère public a jugé les dossiers administratifs non pertinents, et que nous ne les avons pas examinés. Après que ces dossiers ont été rendus disponibles, le sergent d'état-major MacDonald a eu la possibilité de les réexaminer et a découvert des documents qu'il a signalés à notre attention; nous les avons examinés et avons estimé qu'ils devaient être divulgués, conformément au principe de la divulgation permanente exigée dans l'arrêt *Stinchcombe* ...

J'estime qu'il est extrêmement important de minimiser le plus possible la portée de cette question et qu'il ne s'agit de rien de plus qu'un cas de divulgation perma-

way, shape or form acknowledge or admit any failure or error on the part of the RCMP or our office.

. . .

This is very important, not only with respect to the presentation before the Judge, but also as it may appear to the media. We must be seen as presenting something of little or no significance. My contact with the media subsequent to that will confirm this position. [Emphasis in original.]

This memorandum was written in contemplation of a motion for a stay of proceedings being made by the defence. It should be read in light of Crown counsel's submission in open court on February 21, 1995, that the prosecution had looked at these files and deemed them irrelevant. No member of the prosecution team had ever looked at these files until after their existence was disclosed to the defence. Only then did the Crown look at these 444 files and belatedly discover that they should have been disclosed pursuant to *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. This memorandum demonstrates an unusual attitude on behalf of Crown counsel that is not compatible with their responsibilities and critical role in our justice system. This evidence eventually was before the trial judge in the stay proceeding.

nente, et que nous ne reconnaissons ni n'admettons, d'aucune manière ou façon, quelque omission ou erreur de la part de la GRC ou de notre service

. . .

Cela est très important non seulement en ce qui concerne la présentation devant le juge, mais aussi en ce qui concerne l'impression que peuvent avoir les médias. Nous devons être perçus comme présentant quelque chose n'ayant que peu ou pas d'importance. Les contacts que j'aurai subséquemment avec les médias confirmeront la présente position. [Souligné dans l'original.]

Cette note de service a été rédigée en prévision d'une requête en arrêt des procédures de la part de la défense. Il faut la lire à la lumière du commentaire du substitut du procureur général, formulé en audience publique, le 21 février 1995, que la poursuite avait examiné les dossiers et les avaient jugés non pertinents. Aucun des avocats de la poursuite n'avait examiné ces dossiers avant que leur existence soit révélée à la défense. Ce n'est qu'à ce moment que le ministère public a examiné ces 444 dossiers et s'est enfin rendu compte qu'ils auraient dû être divulgués conformément au principe établi dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Cette note de service témoigne d'une attitude inhabituelle de la part des substituts du procureur général et incompatible avec les responsabilités et le rôle crucial qui leur incombent dans notre système de justice. Cette preuve a finalement été produite au juge du procès lors de la demande d'arrêt des procédures.

In summary, the Crown had access to the Department of Labour file, yet they maintained that they did not. The Crown had in its possession relevant "administrative" files, yet it chose not to read them, deemed them irrelevant, and advised the court accordingly. When they were found to be relevant, Crown counsel attempted to downplay the significance of their non-disclosure, and blame a subordinate for a poor evaluation of relevance. This remarkable attitude permeated the entire trial proceedings.

En somme, le ministère public avait accès aux dossiers du ministère du Travail, quoiqu'il ait affirmé le contraire. Le ministère public avait en sa possession des dossiers «administratifs» pertinents, et pourtant il a choisi de ne pas les lire, il les a jugés non pertinents et a avisé la cour en conséquence. Lorsqu'ils ont été jugé pertinents, le substitut du procureur général a tenté de minimiser l'importance de leur non-divulgaration, blâmant un subordonné d'avoir mal évalué leur pertinence. Cette attitude singulière a imprégné tout le procès.

Decision of Anderson J. on the Stay (1995), 146 N.S.R. (2d) 163

Anderson J. emphasized that the incidents he described, some of which we have alluded to above, were only examples of what he viewed as a pattern of Crown misconduct. He commented (at para. 53) that:

These are but a few of the incidents leading up to this application and are more fully set forth in the materials tendered on this motion by the Crown and the applicants. The trial was a daily stop and go situation, which tended to worsen with time.

He then turned to an application of the case law on abuse of process and the trial judge's discretion to enter a stay of proceedings.

Anderson J. cited Wong J. in *R. v. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449 (B.C.S.C.), at p. 469:

The Law:

A trial judge has a discretion to stay proceedings as abuse of process. The general test to be applied in determining whether or not to exercise that discretion is:

... there is a residual discretion in the trial judge to stay proceedings where compelling [the] accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlay the community sense of fair play and decency and to prevent the abuse of the court's process through oppressive or vexatious proceedings. It is power, however, of special application which can only be exercised in the clearest of cases. [Emphasis added by Wong J.]

Anderson J. considered the leading authorities on the subject of abuse of process and the possible remedies for it. He recognized that the doctrine of common law abuse of process and jurisprudence under s. 7 of the *Charter* were growing into a single theory. In so doing, Anderson J. anticipated this Court's decision in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. He quoted an article by Lee Stuesser

La décision du juge Anderson concernant l'arrêt des procédures (1995), 146 N.S.R. (2d) 163

Le juge Anderson a souligné que les incidents qu'il avait relatés, et dont certains ont été évoqués précédemment, n'étaient que des exemples de l'inconduite systématique du ministère public. Il a fait le commentaire suivant (au par. 53):

[TRADUCTION] Ce ne sont que quelques-uns des incidents ayant donné lieu à la présente demande, et ils sont exposés plus en détail dans les documents produits par le ministère public et les requérants dans le cadre de la présente requête. Le procès était une valse hésitation quotidienne, et la situation n'a cessé de se dégrader.

Le juge a ensuite examiné la jurisprudence relative à l'abus de procédure et au pouvoir discrétionnaire qu'a le juge qui préside un procès d'ordonner l'arrêt des procédures.

Le juge Anderson a cité les propos suivants formulés par le juge Wong dans *R. c. Livingstone* (1990), 57 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.-B.), à la p. 469:

[TRADUCTION] Le droit:

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'arrêter les procédures pour le motif qu'elles constituent un abus de procédure. Le critère général devant être appliqué pour déterminer s'il y a lieu d'exercer ce pouvoir discrétionnaire est le suivant:

... le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel d'ordonner l'arrêt des procédures lorsque forcer le prévenu à subir un procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, et d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire. Il s'agit toutefois d'un pouvoir exceptionnel qui ne peut être exercé que dans les cas les plus manifestes. [Souligné par le juge Wong.]

Le juge Anderson a analysé les arrêts de principe sur la question de l'abus de procédure et des réparations possibles en tels cas. Il a reconnu que la doctrine de l'abus de procédure en common law ainsi que la jurisprudence relative à l'art. 7 de la *Charte* tendaient à se fondre en une seule théorie. Ce faisant, le juge Anderson anticipait l'arrêt de notre Cour *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411. Il

titled "Abuse of Process: The Need to Reconsider" found at (1994), 29 C.R. (4th) 92, in which the author, at p. 103, stated that "[i]n my view, there is a place for common law abuse of process and for *Charter* relief to co-exist resting upon the same concerns and principles". Anderson J. appeared to adopt this, at para. 71 of his reasons:

If one accepts the principled approach outlined in this article, the process for determining an abuse of process and providing a remedy will be the same under the common law or under the *Charter*. Step one: under the *Charter*, the accused must prove a breach of the *Charter* on a balance of probabilities; under the common law, the accused must prove the abuse on a balance of probabilities. Step two: under the *Charter*, once a breach is shown, the court turns to a remedy that is "appropriate and just" in the circumstances; under the common law, once the abuse is shown, the court will look for appropriate remedies. Under both the common law and under the *Charter*, a stay of proceedings will only be appropriate when no other remedy can properly cleanse the prejudice. In other words, in both instances, a stay of proceedings is a last resort.

Anderson J. correctly recognized that both the common law and the *Charter* have as their goal the protection of two separate policies. These are (1) to ensure that accused persons are given a fair trial, and (2) to preserve the reputation of the administration of justice. A trial which violates either principle may be an abuse of process or violative of the *Charter*.

The trial judge considered the leading authorities on the Crown's obligation to disclose. He quoted extensively from *Stinchcombe*, *supra*, *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727.

Having considered the authorities and the principles contained therein the trial judge arrived at the following conclusion with respect to the Crown disclosure in this case (at paras. 73-78):

a cité un article de Lee Stuesser intitulé «Abuse of Process: The Need to Reconsider», publié dans (1994), 29 C.R. (4th) 92, dans lequel l'auteur dit, à la p. 103: [TRADUCTION] «[à] mon avis, l'abus de procédure en common law et les réparations fondées sur la *Charte* peuvent coexister, puisqu'ils reposent sur les mêmes préoccupations et les mêmes principes». Le juge Anderson a semblé faire siens ces propos, au par. 71 de ses motifs:

[TRADUCTION] Si l'on accepte l'approche structurée exposée dans cet article, l'analyse permettant d'établir s'il y a eu abus de procédure et de déterminer la réparation sera la même en vertu de la common law ou de la *Charte*. Première étape: en vertu de la *Charte*, l'accusé doit prouver, suivant la prépondérance des probabilités, une violation de la *Charte*; en vertu de la common law, l'accusé doit prouver, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'un abus. Deuxième étape: en vertu de la *Charte*, une fois la violation établie, la cour s'interroge sur la réparation «convenable et juste» eu égard aux circonstances; en vertu de la common law, une fois l'abus établi, la cour cherche les réparations convenables. Tant en vertu de la common law que de la *Charte*, l'arrêt des procédures n'est la réparation convenable que dans les cas où aucune autre réparation ne peut purger adéquatement le préjudice. En d'autres mots, dans les deux cas, l'arrêt des procédures est une mesure de dernier ressort.

Le juge Anderson a avec raison reconnu que la common law et la *Charte* visent à protéger deux principes d'intérêt public distincts: (1) la nécessité de garantir aux personnes accusées un procès équitable, et (2) la nécessité de préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. Le procès qui viole l'un ou l'autre de ces principes peut constituer un abus de procédure ou porter atteinte à la *Charte*.

Le juge du procès a examiné les arrêts de principe sur la question de l'obligation de divulgation du ministère public. Il a cité de larges extraits des arrêts *Stinchcombe*, précité, *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

Après avoir analysé la jurisprudence et les principes qui y sont énoncés, le juge du procès est arrivé à la conclusion suivante quant à la communication de la preuve par le ministère public en l'espèce (aux par. 73 à 78):

Having considered these authorities, the law seems clear. I am at a loss to understand why the situation in this case has reached the stage it has; such a state of disarray.

The Crown does not seem to make a clear distinction between what is Crown discretion and what is disclosure. Undoubtedly the Crown has discretion as to the conduct of their case. But it seems that the very principles of fundamental justice would dictate that before charges are laid, the Crown is aware of the evidence it has in hand or has available to it to substantiate those charges.

When they come to trial, it seems logical that the Crown would have the evidence which it needs for the prosecution of the charges, marshalled and ready for presentation to the court, and thus, available to the defence. The authorities not only speak of evidence, but any material. Many times the court has heard about the multitude of documents, mountain of evidence, and the complexity of the evidence. Now whether this has created a perception which has paralyzed the Crown in organizing the proper evidence for the court, I cannot say.

Another fundamental principle of our criminal justice system is that the defence does not have to do anything. The obligation is on the Crown to prove beyond a reasonable doubt the allegations in the Indictment. However, in this case, as none before in my experience, defence has gone to great length to seek out documents which they thought must exist in order to make a full answer and defence. There is a particular attitude on behalf of the Crown evidenced by a letter filed by the Crown inadvertently in this application and marked Exhibit 1764. Although part of it was not allowed to be used in cross-examination of Staff Sergeant MacDonald, there is another part which states, as written by Mr. Felderhof to Mr. Theuerkauf:

"I feel it extremely important that this issue be downplayed as much as possible and that it is nothing more than continuing disclosure and that we do not in any way, shape, or form acknowledge or admit any failure or error on the part of the R.C.M.P. or our office. . . This is very important not only with respect

[TRADUCTION] Après examen de ces arrêts le droit semble clair. J'ai peine à comprendre pourquoi la situation en l'espèce a dégénéré à ce point, pourquoi elle est aussi confuse.

Le ministère public ne semble pas faire de distinction claire entre ce qui est son pouvoir discrétionnaire et ce qu'est la divulgation de la preuve. Il est indubitable que le ministère public a le pouvoir discrétionnaire de décider de la conduite de son dossier. Toutefois, il semble que les principes mêmes de justice fondamentale dictent que, avant que des accusations soient portées, le ministère public sache quels sont les éléments de preuve qu'il a en mains ou qui sont à sa disposition pour étayer ces accusations.

Une fois au procès, il semble logique de supposer que le ministère public dispose des éléments de preuve dont il a besoin pour poursuivre les accusations, que ces éléments sont organisés et prêts à être présentés à la cour, et qu'ils sont donc à la disposition de la défense. La jurisprudence ne parle pas seulement des éléments de preuve, mais de tout document. On a à maintes reprises dit à la cour qu'il y avait une multitude de documents, une montagne d'éléments de preuve, et que la preuve était complexe. Est-ce que tout cela a créé un impression qui a eu pour effet de paralyser le ministère dans l'organisation de la preuve devant être présentée à la cour, je ne saurais le dire.

Un autre principe de justice fondamentale de notre système de justice criminelle est que la défense n'a pas à faire quoi que ce soit. C'est au ministère public qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable les allégations figurant dans l'acte d'accusation. Toutefois, dans la présente affaire, comme dans aucune autre dont j'ai été témoin, la défense a déployé des efforts considérables afin d'obtenir des documents qui, à son avis, existaient, et de pouvoir ainsi présenter une défense pleine et entière. Or le ministère public a manifesté une attitude singulière, comme en témoigne une lettre qu'il a lui-même produite par inadvertance dans le cadre de la présente demande et qui est cotée pièce 1764. Bien qu'une partie de cette lettre ait été déclarée inutilisable pour le contre-interrogatoire du sergent d'état-major MacDonald, une autre partie de celle-ci renferme les propos suivants, rédigés par M. Felderhof à l'intention de M. Theuerkauf:

«J'estime qu'il est extrêmement important de minimiser le plus possible la portée de cette question et qu'il ne s'agit de rien de plus qu'un cas de divulgation permanente, et que nous ne reconnaissons ni n'admettons, d'aucune manière ou façon, quelque omission ou erreur de la part de la GRC ou de notre

to the presentation before the Judge, but as it may appear to the media. We must be seen as presenting something of little or no significance. My contact to the media subsequent to that will confirm this position.”

I have now grave concern that this trial as a criminal trial has been lost sight of. The court has heard from a number of sources suggesting that this is the most important criminal trial in Nova Scotia, that it is a very high profile trial, however, it is not prosecuted as such.

The perceived importance of this trial over other trials in the criminal justice systems [*sic*] was such that even in the pretrial hearings, I was prompted to remind counsel that the Crown did not win or lose. The reply was to the effect “well, that’s not what the public believes”.

95 Anderson J. cited the general observations of Professor McWilliams in *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988 (loose-leaf)), at ch. 1:10100:

... it is especially where the end is righteous that the pursuit of truth alone can be purchased at too dear a price. For that reason, the fundamental values of fairness and justice protected by due process are especially important. In the current climate, there is a growing concern that these values are being sacrificed.

He then commented (at para. 81) that:

I quoted the above because I have grave concerns that in this case the fundamental values of fairness and justice protected by due process are being sacrificed on the altar of public and political pressure.

96 Anderson J. noted six examples of documents which had not been previously disclosed by the Crown, documents clearly relevant to the proceedings. He expressly referred throughout to these documents as merely “examples”, and found that the documents not disclosed “would have assisted the applicants and would have undoubtedly

service [. . .] Cela est très important non seulement en ce qui concerne la présentation devant le juge, mais aussi en ce qui concerne l’impression que peuvent avoir les médias. Nous devons être perçus comme présentant quelque chose n’ayant que peu ou pas d’importance. Les contrats que j’aurai subséquemment avec les médias confirmeront la présente position.

Je m’inquiète beaucoup du fait qu’on a oublié qu’il s’agit d’un procès criminel. Si la cour en croit de nombreuses sources, il s’agit du plus important procès criminel en Nouvelle-Écosse, d’un procès très médiatisé, et pourtant il n’est pas poursuivi comme tel.

L’importance qu’on semblait accorder à ce procès par rapport aux autres procès qui suivent leur cours dans le système de justice criminelle était telle que, même lors des audiences préparatoires, je me suis senti obligé de rappeler aux avocats que le ministère public ne gagne pas ou ne perd pas. Ce à quoi on a répondu quelque chose comme: «et bien ce n’est pas ce que le public croit».

Le juge Anderson a cité les observations générales suivantes, faites par le professeur McWilliams dans l’ouvrage *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. 1988) (édition à feuilles mobiles), au ch. 1:10100:

[TRADUCTION] ... c’est précisément lorsque la fin est justifiée que la recherche de la vérité seule peut s’avérer par trop onéreuse. Voilà pourquoi les valeurs fondamentales d’équité et de justice que protège le principe de l’application régulière de la loi revêtent une importance particulière. Dans le climat actuel, la crainte de voir ces valeurs sacrifiées est de plus en plus vive.

Et le juge a ajouté ceci (au par. 81):

[TRADUCTION] J’ai cité le passage qui précède parce que, dans la présente affaire, je crains beaucoup que les valeurs fondamentales d’équité et de justice que protège le principe de l’application régulière de la loi soient sacrifiées sur l’autel de l’opinion publique et des pressions politiques.

Le juge Anderson a donné six exemples de documents qui n’avaient pas été divulgués jusqu’à par le ministère public, et qui étaient clairement pertinents dans le cadre du procès. Tout au long de son jugement, il a expressément parlé de ces documents comme de simples «exemples», concluant que les documents non divulgués [TRADUCTION]

affected a full answer and defence" (at paras. 86-92):

Some examples that I find of nondisclosure or late amounting to nondisclosure was the Richmond Report, Exhibit 1728, an expert report. It discloses a possible defence dealing with spontaneous combustion of coal dust, August the 10th, 1992. Both the RCMP and the Crown knew of its existence. This report specifically says that it may be a possible defence.

Exhibit 1729, a report of August 17, 1992, deals with the manner in which the RCMP should conduct their investigation of dust samples and particularly the disruption of dust layers so that you would not be able to determine the conditions after the explosion. This report came to light by the efforts of the applicants.

There is General Monitor's Report which deals with the methanometer on the continuous miner. There is evidence that this monitor was adjusted by one of the miners with the knowledge of another and that the adjustment would alter the reading of the methane levels at the sensor head. The methane levels could be at explosive range. There is evidence of the continuous miner creating sparks. The report of General Monitor indicates the effect of altering was not disclosed. It may have represented a complete defence for the applicants and certainly goes to the right of the applicants to make full answer and defence.

The facsimile communication from Sergeant MacDonald to General Monitors, Exhibit 1759, of March 21, 1994, and also Exhibit 1740, a Department of Labour memorandum from Sampson to Staff Sergeant MacDonald dealing with pre-explosion dust samples. The result which indicate [*sic*] that there was an error in the method in the analysis and the result would understate the ash content. This would give a reading suggesting higher combustibility than actual.

Staff Sergeant Bishop's notes with respect to [the] conversation he had with Ms. Tyson of the Department of Labour, July the 7th, 1992, where she advised the RCMP that samples taken in June were useless. This was not disclosed to the defence.

«auraient aidé les requérants et auraient indubitablement eu une incidence sur la présentation d'une défense pleine et entière» (aux par. 86 à 92):

[TRADUCTION] Un exemple de ce que j'estime être un cas de non-divulgaration ou de divulgation tardive équivalant à une non-divulgaration est le rapport Richmond, pièce 1728, un rapport d'expert. Il révèle un moyen de défense possible, fondé sur un incident de combustion spontanée de poussière de charbon survenu le 10 août 1992. Tant la GRC que le ministère public connaissaient l'existence de ce rapport. Le rapport indique expressément qu'il pourrait s'agir d'un moyen de défense possible.

La pièce 1729, un rapport du 17 août 1992, traite de la façon dont la GRC devrait mener son enquête sur les échantillons de poussière, et en particulier sur la perturbation des couches de poussière, perturbation telle qu'il est impossible de déterminer quelles étaient les conditions après l'explosion. Ce rapport a été mis au jour grâce aux efforts des requérants.

Il y a le rapport du surveillant général, qui traite du méthanomètre dont est équipé le mineur continu. Il y a des éléments de preuve indiquant que cet appareil a été réglé par un mineur, au su d'un autre, et que ce réglage pouvait altérer la lecture des niveaux de grisou sur le capteur de mesure. Les niveaux de grisou pouvaient avoir atteint un niveau explosif. La preuve révèle que le mineur continu provoquait des étincelles. Le rapport du surveillant général indique que l'effet de cette altération n'a pas été divulgué. Ce fait aurait pu constituer une défense complète pour les requérants, et a certainement une incidence sur leur droit de présenter une défense pleine et entière.

Le message par télécopieur adressé par le sergent d'état-major MacDonald aux surveillants généraux, pièce 1759, en date du 21 mars 1994, ainsi que la pièce 1740, une note de service émanant du ministère du Travail et adressée par Sampson au sergent d'état-major MacDonald, traitent des échantillons de poussière recueillis avant l'explosion. On y indique qu'il y a eu une erreur dans la méthode d'analyse et que le résultat aurait sous-estimé la teneur en cendres. La lecture ainsi obtenue donnerait à penser que l'inflammabilité était plus élevée qu'elle l'était en réalité.

Les notes du sergent d'état-major Bishop concernant [la] conversation qu'il a eue avec M^{me} Tyson, du ministère du Travail, le 7 juillet 1992, et au cours de laquelle celle-ci a avisé la GRC que les échantillons prélevés en juin étaient inutilisables. Ce fait n'a pas été divulgué à la défense.

The above-noted are examples not of late disclosure but of nondisclosure, matters which would have assisted the applicants and would have undoubtedly affected a full answer and defence.

On late disclosure documents, that of the Consent Agreement of the Receiver Peat Marwick, signed December 16, 1993, and disclosed December 13, 1994. The principal subject matter of the agreement is the retention by the prosecution of certain samples of material obtained under a search warrant at the Westray Mine.

97 After he described the events of the trial, analysed the authorities and enumerated the above examples of late and non-disclosure, the trial judge concluded (at paras. 94-97):

I find that the lack of disclosure or nondisclosure, the timing of disclosure and the nature of the disclosure amounts to an infringement of the s. 7 right to make full answer and defence and infringes on the right of a fair trial. Such a breach demands a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

As I indicated earlier, from the authorities, there are a number of options and remedies available to the court at this juncture. There could be an exclusion of evidence, there could be a mistrial, adjournment, stay of judicial proceedings which the court sees as a last resort.

Having considered all the options and the ramifications of each as outlined by counsel, I am satisfied that the breach is of such a nature that the only remedy which can properly address the prejudice already suffered by the applicants and to preserve the integrity of the criminal justice system, is a stay of proceedings.

Although it appears that there was a common law abuse of process in this case, I did not take that option.

Court of Appeal (1995), 146 N.S.R. (2d) 161

98 The Court of Appeal delivered its ruling orally, two hours after the close of argument. The pertinent part of the ruling on the stay issue is as follows (at paras. 5-8):

Les exemples susmentionnés sont des exemples non pas de divulgation tardive mais plutôt de non-divulgation, et les questions qui y sont abordées auraient aidé les requérants et auraient indubitablement eu une incidence sur la présentation d'une défense pleine et entière.

Parmi les documents communiqués tardivement, mentionnons l'accord de consentement du séquestre Peat Marwick, signé le 16 décembre 1993 et divulgué le 13 décembre 1994. L'objet principal de cet accord est la rétention, par la poursuite, de certains échantillons de matières obtenus en vertu d'un mandat de perquisition à la mine Westray.

Après avoir ainsi relaté les incidents ayant marqué le procès, analysé la jurisprudence et cité les exemples susmentionnés de divulgation tardive et de non-divulgation, le juge du procès a conclu ainsi (aux par. 94 à 97):

[TRADUCTION] J'estime que les cas d'absence de divulgation ou de divulgation insuffisante, le moment de ces divulgations et leur nature constituent une atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 ainsi qu'au droit à un procès équitable. Une telle atteinte commande une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

Comme je l'ai indiqué précédemment, il ressort de la jurisprudence qu'un certain nombre de solutions et de réparations s'offrent à la cour à ce stade-ci. Il peut y avoir exclusion de la preuve, annulation du procès, ajournement ou, enfin, arrêt des procédures, réparation que la cour considère comme une mesure de dernier ressort.

Après avoir examiné les diverses solutions ainsi que leurs conséquences, selon l'exposé qu'en ont fait les avocats, je suis convaincu que l'atteinte est d'une nature telle que la seule réparation permettant de corriger adéquatement le préjudice déjà subi par les requérants et de préserver l'intégrité du système de justice criminelle est l'arrêt des procédures.

Bien qu'il paraisse y avoir eu, en l'espèce, abus de procédure au sens de la common law, je n'ai pas retenu cette solution.

La Cour d'appel (1995), 146 N.S.R. (2d) 161

La Cour d'appel a prononcé sa décision oralement, deux heures après la clôture des débats. Voici le passage pertinent de la décision sur la question de l'arrêt des procédures (aux par. 5 à 8):

We are of the opinion the appeal should be allowed for the following reasons: . . . (ii) the learned trial judge failed to make an inquiry and a proper determination whether evidence that had not been disclosed or was disclosed late was material to the respondents' ability to make full answer and defence as the trial judge was required to do. (*R. v. O'Connor (H.P.)* (1994), 42 B.C.A.C. 105; 67 W.A.C. 105; 89 C.C.C. (3d) 109 (C.A.)). In fact, the learned trial judge outrightly refused to consider evidence the Crown wished to tender on this issue. Without having decided if the evidence was material, the learned trial judge failed to exercise his power to grant a stay in a judicial manner; (iii) stays of proceedings are only granted in the clearest of cases. (*R. v. Power (E.)*, [1994] 1 S.C.R. 601; . . . *R. v. Burlingham (T.W.)*, [1995] 2 S.C.R. 206 . . . This was not such a case.

There was substantial disclosure by the Crown; the instance of non or late disclosure related to evidence that was not shown by the respondents to be material to the respondents' ability to make full answer and defence. Rather than staying the proceedings, the learned trial judge ought to have either declared a mistrial or granted an adjournment of sufficient duration to allow the defence to peruse the newly discovered or previously undisclosed evidence, including the so-called administrative files, the Claude White notebooks, the envelope found in Fred Doucette's office at Stellarton and other relevant Department of Labour files and ought to have ordered that any witnesses who had already testified be recalled if defence counsel wished to further cross-examine them on issues arising out of the perusal of the new evidence.

We are also of the opinion the Crown's conduct of this case was not an abuse of the court's process.

Accordingly, the appeal is allowed, the order of the trial judge staying the proceedings is set aside, including the order for costs. There will be no costs on the appeal. A new trial is ordered.

Review of the Court of Appeal's Reasons

The Court of Appeal within two hours of the close of argument held that the trial judge "failed

[TRANSLATION] Nous sommes d'avis qu'il convient d'accueillir l'appel pour les motifs suivants: [. . .] (ii) le juge du procès a omis d'examiner et de trancher de façon adéquate, comme il était tenu de le faire, la question de savoir si les éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués ou qui l'ont été tardivement étaient substantiels relativement à la capacité des intimés de présenter une défense pleine et entière (*R. c. O'Connor (H.P.)* (1994), 42 B.C.A.C. 105; 67 W.A.C. 105; 89 C.C.C. (3d) 109 (C.A.)). En fait, le juge du procès a purement et simplement refusé d'examiner la preuve que le ministère public désirait présenter sur cette question. N'ayant pas décidé si ces éléments de preuve étaient pertinents, le juge du procès n'a pas exercé de manière judiciaire son pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures. (iii) L'arrêt des procédures n'est accordé que dans les cas les plus manifestes. (*R. c. Power (E.)*, [1994] 1 R.C.S. 601; [. . .] *R. c. Burlingham (T.W.)*, [1995] 2 R.C.S. 206. [. . .] Il ne s'agissait pas d'un tel cas en l'espèce.

Il y a eu divulgation substantielle de la part du ministère public; les cas de non-divulgation ou de divulgation tardive se rapportaient à des éléments de preuve dont les intimés n'ont pas établi qu'ils étaient substantiels relativement à leur capacité de présenter une défense pleine et entière. Au lieu d'ordonner l'arrêt des procédures, le juge du procès aurait dû soit déclarer le procès nul, soit accorder un ajournement suffisant pour permettre à la défense d'examiner les éléments de preuve nouvellement découverts ou non divulgués jusque-là, y compris les dossiers dits administratifs, les carnets de Claude White, l'enveloppe trouvée dans le bureau de Fred Doucette à Stellarton et d'autres dossiers pertinents du ministère du Travail. Le juge du procès aurait dû ordonner le rappel à la barre de tout témoin que les avocats de la défense auraient souhaité contre-interroger à nouveau sur les questions soulevées par l'examen des nouveaux éléments de preuve.

Nous sommes également d'avis que la façon dont le ministère public a mené son dossier en l'espèce ne constituait pas un abus des procédures de la cour.

En conséquence, l'appel est accueilli, l'ordonnance du juge du procès enjoignant l'arrêt des procédures est annulée, y compris l'ordonnance relative aux dépens. Aucuns dépens ne sont adjugés quant à l'appel. La tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

L'examen des motifs de la Cour d'appel

Quelque deux heures après la clôture des débats, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès

to make an inquiry and a proper determination whether evidence that had not been disclosed or was disclosed late was material to the respondents' ability to make full answer and defence" as he was required to do. It is impossible to determine upon what basis the Court of Appeal reached that conclusion. The trial judge's reasons are detailed and clear. He looked at several examples of late and non-disclosure and found that they may have disclosed possible defences to the accused. He obviously made both an inquiry and a proper determination. We reiterate the findings made by the trial judge (at paras. 91 and 94):

The above-noted are examples not of late disclosure but of nondisclosure, matters which would have assisted the applicants and would have undoubtedly affected a full answer and defence.

I find that the lack of disclosure or nondisclosure, the timing of disclosure and the nature of the disclosure amounts to an infringement of the s. 7 right to make full answer and defence and infringes on the right of a fair trial. Such a breach demands a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

To the extent the Court of Appeal thought otherwise, we respectfully disagree.

«a omis d'examiner et de trancher de façon adéquate, comme il était tenu de le faire, la question de savoir si les éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués ou qui l'ont été tardivement étaient substantiels relativement à la capacité des intimés de présenter une défense pleine et entière». Or il est impossible de déterminer sur quel fondement la Cour d'appel est arrivée à cette conclusion. Les motifs du juge du procès sont clairs et détaillés. Il a examiné plusieurs exemples de non-divulgaration et de divulgation tardive et conclu que les éléments en cause auraient pu révéler des moyens de défense possibles aux accusés. Manifestement, il a examiné la question et tranché celle-ci de façon adéquate. Nous répétons ci-après ses conclusions (aux par. 91 et 94):

Les exemples susmentionnés sont des exemples non pas de divulgation tardive mais plutôt de non-divulgaration, et les questions qui y sont abordées auraient aidé les requérants et auraient indubitablement eu une incidence sur la présentation d'une défense pleine et entière.

J'estime que les cas d'absence de divulgation ou de divulgation insuffisante, le moment de ces divulgations et leur nature constituent une atteinte au droit à une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 ainsi qu'au droit à un procès équitable. Une telle atteinte commande une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

Dans la mesure où la Cour d'appel a pensé le contraire, nous exprimons respectueusement notre désaccord.

100 Within the brief period of its deliberation it is unlikely the Court of Appeal had time to assess the materiality of the mountain of evidence that was not disclosed. The Court of Appeal assumed the trial judge had to have been mistaken. In doing so, the Court of Appeal disregarded the principle of deference to the trial judge. There was so much that was not disclosed or disclosed late that it defies credibility to think there was no material information involved.

Durant sa courte période de délibération, il est peu probable que la Cour d'appel ait eu le temps d'apprécier le caractère substantiel de la montagne d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués. Elle a supposé que le juge du procès avait dû faire erreur. Ce faisant, la Cour d'appel a fait abstraction du principe de la déférence due au juge du procès. Tellement de documents n'ont pas été divulgués ou l'ont été tardivement qu'il est déraisonnable de penser qu'il ne s'y trouvait aucun renseignement substantiel.

The facts of what occurred during the trial including what evidence was material or not go directly to the heart of the trial judge's expertise. In a case as complex as the one before us, it is difficult if not impossible for any appellate court to determine from the record whether what was not disclosed was material. The only person who knew enough about the theories of the Crown and the possible defences available to the accused was the trial judge. He made clear findings that the non-disclosure was material. That said, we prefer to treat the issues in this case as an abuse of process rather than a simple failure to disclose.

Analysis

Was the Trial Judge's Order for a Stay of Proceedings a Nullity?

La Forest and Cory JJ. hold that the trial judge's telephone call to a senior officer in the Crown Attorney's office establishes that the trial judge was biased and partial. They go on to assert that any bias in the trial judge renders the proceedings void and automatically deprives the judge of jurisdiction. Applying this proposition of law to the finding of bias, they conclude that the trial judge lost jurisdiction over the trial as of the date of the telephone call and that all the proceedings thereafter were a nullity. Consequently, they do not find it necessary to consider whether the trial judge wrongly exercised his discretion in entering the stay of proceedings which is the subject of this appeal. With respect, we disagree.

The facts giving rise to the allegation of apprehension of bias have been discussed earlier. Briefly, on March 2, 1995 the trial judge made a call to the superior of the lead counsel for the prosecution in which he complained about the way counsel, and, in particular, Mr. Felderhof, were conducting the prosecution and suggested that Mr. Felderhof be removed from the case. The call was

Les faits qui sont survenus durant le procès, y compris la détermination des éléments de preuve qui avaient ou non un caractère substantiel, concernent directement l'expertise du juge du procès. Dans une affaire aussi complexe que celle dont nous sommes saisis, il est difficile, voire impossible, pour une cour d'appel de déterminer, à partir du dossier, si les éléments non divulgués étaient substantiels. La seule personne qui en savait suffisamment sur les théories avancées par le ministère public et les moyens de défense à la disposition des accusés était le juge du procès. Or ce dernier a clairement conclu que les éléments non divulgués étaient substantiels. Cela dit, nous préférons analyser les questions en cause en l'espèce sous l'angle de l'abus de procédure plutôt que sous celui d'un simple défaut de divulguer.

L'analyse

L'ordonnance du juge du procès intimant l'arrêt des procédures était-elle entachée de nullité?

Les juges La Forest et Cory estiment que l'appel téléphonique du juge du procès à un haut fonctionnaire du bureau des substituts du procureur général établit que le juge était partial. Ils continuent en affirmant que toute manifestation de partialité de la part du juge du procès rend les procédures nulles et prive automatiquement ce dernier de sa compétence. Appliquant cette thèse juridique à la constatation de partialité, ils concluent que le juge du procès a perdu compétence sur le procès à la date de l'appel téléphonique, et que toutes les procédures subséquentes étaient entachées de nullité. En conséquence, ils n'estiment pas nécessaire de se demander si le juge du procès a mal exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant l'arrêt des procédures qui est l'objet du présent pourvoi. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord.

Les faits ayant donné naissance à l'allégation de crainte de partialité ont été examinés précédemment. En bref, le 2 mars 1995, le juge du procès a téléphoné au supérieur du procureur principal de la poursuite pour se plaindre de la façon dont les substituts du procureur général, et en particulier M. Felderhof, dirigeaient la poursuite, et il a suggéré que ce dernier soit retiré du dossier. La défense a

disclosed to the defence on March 7, 1995. Two days later, the Crown applied for an order that the judge be disqualified, a mistrial declared, and a new trial date set. The appellant Parry supported the Crown in its application. The order was refused and eventually, after an application for leave to appeal the recusal decision to this Court was quashed ([1995] 1 S.C.R. 900), the trial continued. On May 23, 1995, the defence applied for a stay of proceedings on grounds that the continuing conduct of the prosecution, particularly delay and misrepresentation regarding disclosure to the defence of documents in the prosecution's possession, amounted to abuse of process, justifying a stay.

été mise au courant de l'appel le 7 mars 1995. Deux jours plus tard, le ministère public a demandé la récusation du juge du procès, l'annulation du procès et la fixation d'une nouvelle date pour la tenue du procès. L'appelant Parry a appuyé la demande du ministère public. L'ordonnance demandée a été refusée et, après l'annulation par notre Cour d'une demande d'autorisation de pourvoi contre la décision concernant la récusation ([1995] 1 R.C.S. 900), le procès s'est finalement poursuivi. Le 23 mai 1995, la défense a demandé l'arrêt des procédures pour le motif que la conduite systématique de la poursuite, en particulier les retards et les déclarations inexactes concernant la divulgation à la défense des documents en sa possession, équivalait à un abus justifiant l'arrêt des procédures.

104

Before considering the specific circumstances surrounding the stay of proceedings, the first issue is whether the telephone call demonstrated that the trial judge was biased or alternatively raised a reasonable apprehension that he might be biased. As a general rule, a judge should not discuss a case with one party outside the presence of the other party. Much less should a judge suggest to one party in the absence of the other who counsel on the case should be. However, a conclusion of bias does not flow automatically from breach of this rule. The question is whether the content of the discussion in all the surrounding circumstances supports an inference that the trial judge favoured one party over the other. In the case at bar, the trial judge had good reason to conclude that Mr. Felderhof's conduct was prejudicing a fair trial and, indeed, might ultimately have caused the trial to be aborted. While the trial judge should not have stipulated that Mr. Felderhof be removed, it is questionable whether his doing so indicated partiality to either the Crown or the defence. One might argue that the comment indicated partiality for the defence, since the trial judge was critical of Crown counsel. But one might equally argue that the trial judge was partial, if anything, to the Crown, since he seemed concerned that the Crown case be conducted effectively. Perhaps the most natural infer-

Avant d'examiner les circonstances précises de l'arrêt des procédures, la première question qu'il faut trancher est de savoir si l'appel téléphonique témoignait de la partialité du juge du procès ou soulevait une crainte raisonnable à cet égard. En règle générale, un juge doit s'abstenir de discuter d'une affaire avec une des parties, hors la présence de l'autre. Il peut encore moins suggérer à une partie, en l'absence de l'autre, quel avocat devrait occuper dans le dossier. Toutefois, la violation de cette règle n'entraîne pas inévitablement une conclusion de partialité. Il faut se demander si, eu égard à l'ensemble des circonstances, la teneur de la discussion permet d'inférer que le juge du procès favorisait une partie par rapport à l'autre. Dans le présent cas, le juge du procès avait de bonnes raisons de conclure que la conduite de M. Felderhof nuisait à la tenue d'un procès équitable et que, de fait, elle aurait pu, en bout de ligne, entraîner l'annulation du procès. Certes, le juge du procès n'aurait pas dû suggérer que M. Felderhof soit retiré du dossier, mais ce fait ne prouve pas qu'il a ainsi fait montre de partialité soit à l'endroit du ministère public soit à l'endroit de la défense. Il serait possible de prétendre que son commentaire témoignait de sa partialité en faveur de la défense, étant donné qu'il critiquait le substitut du procureur général. À l'inverse, il serait également possible d'affirmer que, s'il a été partial, ce serait plutôt en faveur du ministère public, puisqu'il semblait être soucieux

ence from the trial judge's conduct is simply that he was concerned that the trial proceed fairly.

However, even if the inference could be drawn that the trial judge was biased against the Crown, it does not follow that the trial judge automatically lost jurisdiction. In our view, bias or apprehension of bias does not automatically deprive the judge of jurisdiction and render all proceedings thereafter void. Rather, it renders the proceedings voidable. The judge retains jurisdiction. An application may be made to the judge (or other appropriate judicial officer) for the judge's removal or for such other remedy as may seem just on the basis of the bias or apprehension of bias. If an order is made for removal of the judge, then the judge loses jurisdiction. But absent such an order, the judge continues to exercise jurisdiction over the proceedings.

While the issue has not often arisen in criminal proceedings, the authorities support the view that bias or apprehension of bias does not automatically render the trial a nullity. This flows from the general principle that a court order must be obeyed until there is an order to the contrary. This principle is of fundamental importance to the rule of law and public order. As Mahoney J.A. stated in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Taylor*, [1987] 3 F.C. 593 (aff'd [1990] 3 S.C.R. 892), at p. 601, adopting the rationale of O'Leary J. in *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp.* (No. 2) (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.), at p. 613:

The duty of a person bound by an order of a court is to obey that order while it remains in force regardless of how flawed he may consider it or how flawed it may, in fact, be. Public order demands that it be negated by due process of the law, not by disobedience.

que ce dernier mène efficacement la poursuite. Peut-être l'inférence la plus naturelle qui peut être tirée de la conduite du juge est tout simplement qu'il se souciait du déroulement équitable du procès.

Toutefois, même s'il était possible d'inférer que le juge du procès avait un parti pris contre le ministère public, il ne s'ensuit pas qu'il a automatiquement perdu compétence sur l'affaire. À notre avis, l'existence de partialité ou d'une crainte de partialité n'a pas automatiquement pour effet de priver le juge de sa compétence et de rendre nulles toutes les procédures subséquentes. Une telle situation les rend plutôt annulables. Le juge garde compétence sur l'affaire. Il est possible de demander au juge lui-même (ou à un autre officier de justice compétent) qu'il se récusé ou accorde toute autre réparation qui semble juste, en invoquant la partialité ou la crainte de partialité. Si une ordonnance de récusation est rendue, le juge perd alors compétence sur l'affaire. Toutefois, en l'absence d'une telle ordonnance, il demeure saisi de l'instance.

Bien que la question ne se soit pas posée souvent en matière criminelle, la jurisprudence appuie l'opinion selon laquelle la partialité ou la crainte de partialité n'entraînent pas nécessairement la nullité du procès. Cela découle du principe général qu'une ordonnance judiciaire doit être respectée tant qu'une ordonnance à l'effet contraire n'a pas été rendue. Ce principe revêt une importance fondamentale pour assurer la primauté du droit et l'ordre public. Comme l'a dit le juge Mahoney dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Taylor*, [1987] 3 C.F. 593 (conf. par [1990] 3 R.C.S. 892), à la p. 601, suivant en cela le raisonnement exposé par le juge O'Leary, à la p. 613 de l'arrêt *Canada Metal Co. c. Canadian Broadcasting Corp.* (No. 2) (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.):

La personne qui est liée par une ordonnance d'un tribunal doit se soumettre à cette ordonnance pendant que celle-ci reste en vigueur, quelque imparfaite qu'elle puisse la considérer ou quelque imparfaite qu'elle puisse réellement être. L'ordre public exige que ce soit l'application régulière de la loi qui fasse échec à une ordonnance, et non pas son inobservation.

105

106

The contrary view runs counter to the rule of law and the practical functioning of our judicial system. For example, if this view were to hold, parties perceiving bias could lie in the weeds and long after the trial judge rules against them, have the entire proceeding invalidated *ab initio*. A party who was not prejudiced by the bias could move to have the proceedings and verdict set aside on the ground of nullity. Persons affected by a court order would look to see whether there is some basis on which the judge's jurisdiction could be impugned and decide accordingly whether to obey the order or not. Absent verification that the judge in fact was not biased, no one could know for certain whether a court order was worth the paper it was recorded on. Verdicts, including acquittals, and sentences long since imposed could be overturned on the discovery, perhaps years later, of conduct by the trial judge capable of supporting a reasonable apprehension of bias. Finally, if the jurisdiction of the trial judge ended with the event giving rise to an apprehension of bias, it would not be possible to make a motion to the trial judge for recusal since he or she would lack jurisdiction to hear it; the established procedure for remedying bias would be rendered invalid.

L'opinion contraire est incompatible avec la primauté du droit et le fonctionnement pratique de notre système judiciaire. Par exemple, si cette thèse était retenue, la partie qui croit à la partialité du juge pourrait faire comme si de rien n'était et, longtemps après que celui-ci a statué contre elle, faire invalider toute l'instance *ab initio*. Une partie qui n'aurait subi aucun préjudice du fait de la partialité pourrait demander la cassation des procédures et du verdict pour cause de nullité. Les personnes touchées par une ordonnance judiciaire chercheraient quelque motif permettant d'attaquer la compétence du juge et décideraient, en conséquence, de se conformer ou non à l'ordonnance. À défaut de s'assurer que le juge n'était pas, de fait, partial, nul ne pourrait avoir la certitude que l'ordonnance qu'il a rendue vaut le papier sur lequel elle est écrite. Des verdicts, y compris des acquittements, ainsi que des peines infligées depuis longtemps pourraient être annulés si l'on découvrirait, peut-être des années plus tard, que la conduite du juge du procès permet d'étayer une crainte raisonnable de partialité. Enfin, si le juge du procès perdait compétence au moment de l'incident donnant naissance à la crainte de partialité, il serait impossible de lui présenter une requête en récusation, puisqu'il n'aurait pas compétence pour l'entendre; la procédure établie pour obtenir réparation en cas de partialité serait ainsi rendue inefficace.

This Court affirmed that criminal trials are not vitiated *ab initio* by errors which may affect jurisdiction in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709. The trial judge had denied the accused the right to peremptorily challenge a juror. The prosecution contended that this vitiated the proceeding and deprived the court of jurisdiction. The majority of this Court, *per Pratte J.*, rejected this argument (at p. 715):

Respondent argued that either one or the other of these two decisions of the trial judge was necessarily in error, with the result that the jury was improperly impanelled and the verdict should be regarded as null. This submission of respondent is too general. A trial is not necessarily vitiated by any erroneous decision of a judge; the consequences that follow from an illegality

Dans *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, notre Cour a conclu que les procès criminels ne sont pas viciés *ab initio* par des erreurs susceptibles de porter atteinte à la compétence. Le juge du procès avait refusé à l'accusé le droit de récuser péremptoirement un juré. La poursuite soutenait que cette décision avait vicié l'instance et fait perdre compétence à la cour. Notre Cour à la majorité, sous la plume du juge Pratte, a rejeté cet argument (à la p. 715):

L'intimée prétend que l'une ou l'autre de ces deux décisions du juge du procès est nécessairement erronée avec la conséquence que le jury a été irrégulièrement formé et que le verdict doit être considéré comme nul. Cette prétention de l'intimée est trop générale. Un procès n'est pas nécessairement vicié par toute décision erronée du juge; les conséquences qui découlent d'une

depend on the nature of the rule that is violated and the importance of the right which such rule is designed to safeguard.

After discussing the consequences of denial of a peremptory challenge, Pratte J. asked (at p. 724):

Is it a relative nullity which may only be pleaded by the accused, or an absolute nullity that is not capable of ratification and may also be relied on by the prosecution?

He concluded that the right of peremptory challenge could be exercised (and/or waived) by the accused independently of the Crown and that the prosecution could not argue that the proceedings had been nullified by the procedural error.

The same, in our opinion, is true of bias. A judge may make a comment or decision in the course of a trial which leads to a reasonable apprehension of bias. The party against whom the bias is directed may wish to overlook the comment and continue with the trial. He is entitled to do so without fear that, at a later date, the other party, dissatisfied with the verdict, will challenge it on the ground that the entire proceeding thereafter is a nullity. Nor, in fairness, should the party against whom the bias is directed be permitted to leave the bias unchallenged and continue with the trial, secure in the knowledge that he can apply to have the verdict nullified should it go against him.

The issue of whether error that may affect jurisdiction nullifies criminal proceedings was more recently considered in *R. v. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241 (C.A.). A justice of the peace issued a search warrant which, after the police had acted on it, was shown not to be based on reasonable grounds. It was argued that the warrant was void *ab initio* and that the search therefore violated the accused's protection against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Charter* on the basis that it was carried out without legal authorization.

illégalité dépendent de la nature de la règle violée et de l'importance du droit que celle-ci vise à protéger.

Après avoir examiné les conséquences du refus d'une récusation péremptoire, le juge Pratte a posé la question suivante (à la p. 724):

S'agit-il d'une nullité relative dont seul l'accusé peut se plaindre ou d'une nullité absolue que rien ne peut couvrir et que la poursuite peut également invoquer?

Il a conclu que l'accusé pouvait exercer le droit de récusation péremptoire (ou y renoncer), indépendamment du ministère public, et que la poursuite ne pouvait prétendre que l'erreur de procédure avait eu pour effet de rendre l'instance nulle.

À notre avis, il en va de même en matière de partialité. Un juge peut, au cours d'un procès, faire un commentaire ou rendre une décision faisant naître une crainte raisonnable de partialité. La partie qui souffre de cette partialité peut choisir de fermer les yeux sur le commentaire et laisser le procès suivre son cours. Il lui est loisible d'agir ainsi sans crainte que, à une date ultérieure, l'autre partie, insatisfaite du verdict, conteste celui-ci pour le motif que toute l'instance est entachée de nullité. En toute justice, on ne saurait non plus permettre que la partie victime de la partialité s'abstienne de soulever la partialité et laisse le procès suivre son cours, sachant qu'elle pourra toujours demander l'annulation du verdict si celui-ci lui est défavorable.

La question de savoir si une erreur susceptible de porter atteinte à la compétence a pour effet d'entraîner la nullité d'une instance criminelle a été examinée, plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Pastro* (1988), 66 Sask. R. 241 (C.A.). Dans cette affaire, un juge de paix a décerné un mandat de perquisition à l'égard duquel il a été démontré, après son exécution par la police, qu'il n'était pas fondé sur des motifs raisonnables. On a prétendu que le mandat était nul *ab initio* et que la perquisition avait donc violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*, pour le motif que la perquisition avait été exécutée sans autorisation légale. Le juge en chef Bayda de la

Bayda C.J.S., the only justice of appeal to consider this issue, rejected the argument (at para. 16):

A close examination of the material reveals only a search warrant that is regular on its face, from the standpoint of form and jurisdiction, but one which was issued because the justice who authorized its issue was wrong in law or wrong in the exercise of his discretion. It reveals a search warrant that I, in my discretion, would not have issued had I been the justice before whom the information was presented; that I, as an appellate judge, would have no difficulty in setting aside had the justice's order been appealed to me; that I, as a superior court judge, exercising supervisory powers would have seriously entertained quashing on the ground that the justice had no jurisdiction. . . . In short, the material reveals a search warrant that . . . should now be set aside. It does not, however, reveal a search warrant that was a nullity, that is, one void from its inception (on the ground of fraud, deliberate deceptive conduct, or no jurisdiction in the sense that a justice had no general power to issue search warrants) and thus not valid at the time of the impugned search. [Emphasis in original.]

Saskatchewan, seul juge à avoir examiné cette question en appel, a rejeté cet argument en ces termes (au par. 16):

[TRADUCTION] Un examen attentif du dossier révèle un mandat de perquisition à première vue valide, tant sous l'angle de la forme que de la compétence, mais qui a été décerné parce que le juge qui l'a autorisé a commis une erreur de droit ou s'est trompé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. L'examen révèle un mandat que, dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, je n'aurais quant à moi pas décerné si j'avais été le juge auquel la dénonciation a été présentée; un mandat que, à titre de juge d'appel, je n'aurais pas hésité à annuler si l'ordonnance du juge avait été portée en appel devant moi; un mandat que, en tant que juge d'une cour supérieure exerçant des pouvoirs de surveillance, j'aurais sérieusement envisagé de casser pour le motif que le juge qui l'a décerné n'avait pas compétence [. . .] Bref, le dossier révèle un mandat de perquisition qu'il [. . .] y a lieu maintenant d'annuler. Il ne révèle cependant pas un mandat de perquisition entaché de nullité, c'est-à-dire nul depuis sa délivrance (pour cause de fraude, de conduite délibérément trompeuse ou d'absence de compétence en ce sens que le juge n'avait pas le pouvoir général de décerner des mandats de perquisition) et donc invalide au moment de la perquisition attaquée. [Souigné dans l'original.]

110 This passage distinguishes between orders which on their face appear to be valid despite underlying jurisdictional faults, and orders which do not even have the appearance of validity because they are made without statutory authority, or as a consequence of fraud or duress. The former are voidable, while the latter may be void *ab initio*. Bias falls into the first category. The judge's orders bear the same trappings of validity before the events leading to the apprehension of bias as afterward. On their face, the proceedings are regular. While they may at a later date be set aside on account of bias, they are not absolute nullities.

Cet extrait fait une distinction entre les ordonnances qui paraissent à première vue valides malgré des lacunes juridictionnelles sous-jacentes, et les ordonnances qui ne possèdent même pas une apparence de validité, étant donné qu'elles ont été rendues sans que la loi l'autorise ou par suite de fraude ou de contrainte. Les premières sont annulables, alors que les secondes peuvent être déclarées nulles *ab initio*. La partialité touche la première catégorie d'ordonnances. Les ordonnances rendues par un juge possèdent les mêmes attributs de validité, tant avant qu'après des événements donnant naissance à une crainte de partialité. À première vue, les procédures sont valides. Même si elles sont annulées ultérieurement pour cause de partialité, elles ne sont pas entachées de nullité absolue.

111 Fraser C.J.A. (dissenting but not on this ground) of the Alberta Court of Appeal applied similar reasoning in *R. v. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227. The trial judge had adjourned the trial during

Le juge en chef Fraser de l'Alberta (dissident mais pour un autre motif) a appliqué le même raisonnement dans l'arrêt *R. c. Smith* (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 227. Pendant la présentation de la preuve

the Crown's presentation of evidence in order to speak to counsel in chambers. The accused claimed that the judge's comments in chambers gave rise to a reasonable apprehension of bias. Fraser C.J.A. expressed the view that this did not nullify the proceedings and opined that the concept of automatic nullity developed in administrative law cases "should not apply with equal force in criminal proceedings: cf. *R. v. Hall* (1988), 69 Sask. R. 245 (Q.B.)" (p. 237).

La Forest and Cory JJ. cite an administrative law case in support of the proposition that bias renders the proceedings of a tribunal void *ab initio*. In our view, this authority does not apply in the criminal law context. Courts dealing with appeals from tribunals often find themselves confronted by statutory privative clauses immunizing the tribunal decision from review on all but jurisdictional grounds. In order to correct orders made by biased tribunals, courts have been forced to categorize bias in the administrative law context as depriving the tribunal of jurisdiction *ab initio*. This problem does not exist in the criminal context, where Courts of Appeal have full powers to remedy all deficiencies of procedure and substance.

Our research reveals no common law country which holds that apprehension of bias automatically nullifies a criminal trial. In the United States the problem has frequently fallen for consideration. Post-hearing disqualification for bias is controlled by the concept of "seasonality". A judge will not be disqualified by reason of bias unless the application for disqualification is made in a timely and seasonable fashion. Unless objection is taken promptly upon discovery of the alleged bias, the right to have or to have had an unbiased adjudicator is lost: *United States v. Daley*, 564 F.2d 645 (2d Cir. 1977), *certiorari* denied 435 U.S. 933 (1979); *Smith v. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (M.D. Penn. 1977), *aff'd* 585 F.2d 83 (1978); *In re Martin-Trigona*, 573 F.Supp. 1237 (D. Conn. 1983), *aff'd* 770 F.2d 157 (2d Cir. 1985). Thus, in

du ministère public, le juge du procès avait ajourné l'instruction afin de s'entretenir avec les avocats dans son cabinet. L'accusé a prétendu que les remarques formulées par le juge dans son cabinet avaient soulevé une crainte raisonnable de partialité. Le juge en chef Fraser a dit être d'avis que cela n'avait pas rendu l'instance nulle et que le concept de la nullité automatique élaboré dans les affaires de droit administratif [TRADUCTION] «ne devait pas être appliqué avec autant de rigueur en matière criminelle: voir *R. c. Hall* (1988), 69 Sask. R. 245 (B.R.)» (p. 237).

Les juges La Forest et Cory citent une affaire de droit administratif au soutien de la thèse voulant que la partialité rende les procédures d'un tribunal administratif nulles *ab initio*. À notre avis, cet arrêt est inapplicable en droit criminel. Les cours de justice appelées à statuer en appel sur les décisions des tribunaux administratifs doivent souvent tenir compte des clauses privatives immunisant ces décisions contre tout contrôle, sauf pour des motifs d'ordre juridictionnel. Afin de corriger les ordonnances rendues par des tribunaux administratifs ayant fait montre de partialité, les cours ont été contraintes de considérer que, en droit administratif, la partialité prive le tribunal de sa compétence *ab initio*. Ce problème n'existe pas en matière criminelle, où les cours d'appel ont pleins pouvoirs pour remédier aux vices de forme et de fond.

D'après nos recherches, aucun pays de common law ne considère que l'existence d'une crainte de partialité entraîne automatiquement la nullité d'un procès criminel. Aux États-Unis, le problème s'est fréquemment soulevé. La question de la déclaration d'incapacité après le procès pour cause de partialité est régie par la notion de «temps opportun». L'incapacité d'un juge pour cause de partialité ne sera prononcée que si la requête en récusation est présentée en temps opportun. À moins qu'une objection ne soit rapidement soulevée après la découverte de la partialité reprochée, le droit que l'accusé a ou avait d'être jugé par un arbitre impartial est perdu: *United States c. Daley*, 564 F.2d 645 (2d Cir. 1977), *certiorari* refusé 435 U.S. 933 (1979); *Smith c. Danyo*, 441 F.Supp. 171 (M.D. Penn. 1977), *conf. par* 585 F.2d 83 (1978); *In re*

112

113

the United States bias or apprehension of bias does not nullify the trial or the verdict that follows. If a party acts promptly, or "seasonably", it may succeed in having the judge disqualified for bias. Otherwise, the proceedings and their conclusion remain on foot and no complaint can be made.

Martin-Trigona, 573 F.Supp. 1237 (D. Conn. 1983), conf. par 770 F.2d 157 (2d Cir. 1985). Ainsi, aux États-Unis, la partialité ou la crainte de partialité n'ont pas pour effet d'entraîner la nullité du procès ou du verdict qui en découle. Si une partie agit promptement, ou «en temps opportun», elle peut faire déclarer le juge inhabile pour cause de partialité. À défaut de quoi, l'instance et sa conclusion demeurent intactes et aucune plainte ne peut être formulée.

114 We conclude that judicial conduct giving rise to a reasonable apprehension of bias does not automatically deprive the judge of jurisdiction and nullify criminal proceedings. The proper course for a party affected by the bias is to move promptly for recusal of the judge. Absent an order disqualifying the judge, the judge retains jurisdiction and the proceedings continue as before. On review, an appellate court may, depending on circumstances, overturn the judge's decision on the motion for recusal. However, until overturned by higher authority, the judge retains jurisdiction, and all orders he or she makes or has made are valid.

Nous concluons qu'une conduite judiciaire donnant naissance à une crainte raisonnable de partialité n'a pas automatiquement pour effet de priver le juge de sa compétence et d'entraîner la nullité des procédures criminelles. La partie victime de la partialité doit demander promptement la récusation du juge. En l'absence d'une ordonnance déclarant le juge inhabile, celui-ci garde compétence sur l'affaire et le procès suit normalement son cours. Dans le cadre d'une demande de contrôle, la cour d'appel peut, selon les circonstances, infirmer la décision du juge sur la requête en récusation. Toutefois, tant que sa décision n'est pas infirmée par une juridiction supérieure, le juge continue d'avoir compétence sur l'affaire et toutes les ordonnances qu'il rend ou qu'il a rendues sont valides.

115 It follows that the trial judge in the case at bar retained jurisdiction after the telephone call alleged to give rise to an apprehension of bias against the Crown. This jurisdiction continued through the recusal motion and after its dismissal. The subsequent decisions of the judge were voidable, not void. It thus becomes necessary to consider whether the trial judge's order entering a stay of proceedings was in error and should be set aside.

Il s'ensuit que, en l'espèce, le juge du procès a gardé compétence après l'appel téléphonique qui, prétend-on, aurait fait naître une crainte raisonnable de partialité contre le ministère public. Cette compétence a été maintenue pendant l'instruction de la requête en récusation et après son rejet. Les décisions subséquentes du juge étaient non pas nulles mais annulables. Il devient donc nécessaire de se demander si le juge du procès a fait erreur en ordonnant l'arrêt des procédures et si cette ordonnance doit être annulée.

116 We add that even if we agreed with the reasons of *La Forest* and *Cory JJ.* that the trial judge lost jurisdiction by not recusing himself from the trial, it is open to this Court, in the interest of justice, to examine the circumstances of the proceedings and to enter a stay if that is the result required.

Nous ajoutons que, même si nous souscrivions aux motifs des juges *La Forest* et *Cory* portant que le juge du procès a perdu compétence en ne se récusant pas, il est loisible à notre Cour, dans l'intérêt de la justice, d'examiner les circonstances de ces procédures et d'en décréter l'arrêt si cette conclusion s'impose.

Abuse of Process

An examination of the facts upon which the trial judge based his decision leads to the conclusion that what occurred in this case was an abuse of process. While the trial judge believed that the non-disclosed evidence was material to the accused's ability to make full answer and defence, it is our opinion that the entire conduct of this trial has brought the administration of justice into disrepute and in the process violated s. 7 of the *Charter*.

This Court recognized in *O'Connor*, *supra*, that the common law of abuse of process has been subsumed into s. 7 of the *Charter*. An abuse of process can take many forms, but every finding of an abuse of process must contemplate either society's interest in preserving the integrity of the judicial system or the individual's interest in having a fair trial. As is pointed out by L'Heureux-Dubé J. in *O'Connor*, at p. 457, "the latter is essentially a subset of the former". In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, Dickson C.J. adopted the proposition that an abuse of process exists where there is a violation of "those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" or where there is an "abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". This test existed at common law and remains under the *Charter*. While this Court's decision in *O'Connor* recognized that the finding of an abuse of process will not necessarily result in a stay of proceedings, the determination of what constitutes abuse of process remains unchanged.

The trial judge indicated his willingness to find a common law abuse of process as an alternative ground of his ruling. In our view, this case falls squarely within that concept. The victims of the mine disaster are anxious to determine the causes of the explosion and the loss of life at Westray. They are entitled to justice but as has been previously stated that can only be achieved by convicting the right people. Under either the common law

L'abus de procédure

Il ressort de l'examen des faits sur lesquels le juge du procès a fondé sa décision qu'il y a eu, en l'espèce, abus de procédure. Alors que le juge du procès a estimé que la preuve non divulguée était substantielle relativement à la capacité des accusés de présenter une défense pleine et entière, nous sommes d'avis que le déroulement de ce procès dans son ensemble a déconsidéré l'administration de la justice et qu'il y a eu, de ce fait, violation de à l'art. 7 de la *Charte*.

Dans *O'Connor*, précité, notre Cour a reconnu que les règles de common law régissant l'abus de procédure ont été incorporées à l'art. 7 de la *Charte*. L'abus de procédure peut prendre plusieurs formes, mais toute conclusion à l'existence d'un abus doit prendre en compte soit l'intérêt qu'a la société à préserver l'intégrité du système judiciaire, soit celui qu'a l'individu à bénéficier d'un procès équitable. Comme le souligne le juge L'Heureux-Dubé dans *O'Connor*, à la p. 457, «ce dernier objet est essentiellement un élément du premier». Dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, à la p. 137, le juge en chef Dickson a retenu la thèse selon laquelle il y a abus de procédure lorsque sont violés «les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société», ou qu'il y a «abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». Ce critère existait en common law et il demeure sous le régime de la *Charte*. Même si notre Cour a reconnu, dans *O'Connor*, que la conclusion qu'il y a eu abus de procédure n'entraîne pas nécessairement l'arrêt de l'instance, la façon de déterminer en quoi consiste l'abus reste inchangée.

Le juge du procès a indiqué qu'il était disposé à conclure, comme motif subsidiaire de sa décision, à l'existence d'un abus de procédure en common law. À notre avis, la présente affaire correspond parfaitement à cette notion. Les victimes du désastre minier sont désireuses de connaître les causes de l'explosion et des pertes de vie survenues à Westray. Elles ont droit d'obtenir justice mais, comme il a été dit précédemment, cet objectif ne

117

118

119

or the *Charter*, the conduct of this case amounts to an abuse of process.

peut être réalisé que par la condamnation des vrais coupables. Or, tant au regard de la common law que de la *Charte*, la conduite de la présente affaire constitue un abus de procédure.

120

To paraphrase Professor McWilliams in his text *Canadian Criminal Evidence*, *supra*, at ch. 1:10100, it is especially where pursuit of truth is righteous that we must guard against overreaching on the part of those charged with the authority to investigate and prosecute crimes. We cannot be tolerant of abusive conduct and dispose of due process, however serious the crimes charged. High profile trials, by their nature, attract strong public emotions. In our society the Crown is charged with the duty to ensure that every accused person is treated with fairness. It is especially in high profile cases, where the justice system will be on display, that counsel must do their utmost to ensure that any resultant convictions are based on facts and not on emotions. When the Crown allows its actions to be influenced by public pressure the essential fairness and legitimacy of our system is lost. We sink to the level of a mob looking for a tree.

Pour paraphraser les propos formulés par le professeur McWilliams, dans son ouvrage *Canadian Criminal Evidence*, *op. cit.*, au ch. 1:10100, c'est précisément lorsque la recherche de la vérité est justifiée que nous devons nous prémunir contre le zèle des personnes investies du pouvoir d'enquêter sur les crimes et de les poursuivre. Nous ne pouvons tolérer les conduites abusives et faire fi de l'application régulière de la loi, quelle que soit la gravité des crimes reprochés. De par leur nature même, les procès fortement médiatisés suscitent de vives émotions dans le public. Dans notre société, le ministère public a le devoir de veiller à ce que tout inculpé soit traité avec équité. C'est particulièrement dans les affaires donnant lieu à beaucoup de publicité, où le système de justice est plus en évidence, que les procureurs doivent faire tout en leur possible pour veiller à ce que les déclarations de culpabilité qui en découlent reposent sur des faits et non sur des émotions. Lorsque le ministère public laisse la pression de l'opinion publique influencer ses actions, l'équité et la légitimité essentielles à notre système sont perdues. Et nous nous rabaissons alors au niveau d'une bande de lyncheurs à la recherche d'une branche assez solide.

121

The present case is not simply about Crown non-disclosure. This case is about the appearance of justice. Throughout the proceedings the Crown bent and broke rules, and attempted to cover up when it was caught. The Crown actively misled the court, on a number of occasions. The Crown ignored or failed to obey court orders. It is unnecessary to repeat the litany of abuses that have already been described. The entire proceedings were tainted by prosecutors who were playing to an enraged public, and playing to win. That this is apparent can be seen from the internal memo that passed between prosecutors referred to by the trial judge and in these reasons. To win is not the role of the prosecutor; to win at all costs is an affront to the Canadian justice system. Courts should not

La présente affaire n'est pas simplement un cas de non-divulgence par le ministère public, il s'agit également d'un cas de perception de la justice. Tout au long des procédures, le ministère public a contourné et violé les règles, puis il a tenté de couvrir ses actes après avoir été découvert. Il a activement induit la cour en erreur, et ce à de nombreuses reprises. Il a fait fi des ordonnances de la cour ou ne s'y est pas conformé. Il est inutile de reprendre la litanie des abus déjà décrits. L'ensemble des procédures a été vicié par des procureurs qui jouaient devant un public enragé, et qui jouaient pour gagner. Cela ressort de façon évidente de la note de service interne échangée entre les substituts du procureur général et dont il a été fait état par le juge du procès ainsi que dans les présents

tolerate activities which demonstrate this attitude. The conduct of Crown counsel at the trial violates the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency and constitutes an abuse of the court's process.

Remedy

A stay of proceedings is a last resort, only to be entered in the "clearest of cases": *R. v. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; *Jewitt, supra*. The trial judge recognized the seriousness of entering a stay of proceedings, and in making his final decision he directed himself to consider other remedies, including the exclusion of evidence, an adjournment, or a mistrial.

In certain cases, a stay will be the only possible remedy, while in others it will be only one of several possible remedies. See Stuesser, *supra*, at p. 99:

Abuse of process, however, takes many forms. A stay of proceeding[s] simply is not necessary or desirable in all cases where abuse is found. This is particularly true for abuses that affect the fairness of the trial, such as caused by delay or non-disclosure. In terms of ensuring a fair trial judges are well equipped to respond to alleged abuses short of staying the proceedings. They have an arsenal of remedies: adjourning the proceedings, recalling of witnesses, calling witnesses on behalf of the court, ordering disclosure, or exclusion of evidence. Judges in the United Kingdom and in Australia are admonished to look to these lesser remedies before entering a stay of proceedings. These authorities recognize that under common law a stay of proceeding[s] is not the "only" recourse.

In *O'Connor, supra*, the majority adopted the guidelines of Professor Paciocco for determining when a stay of proceedings is an appropriate remedy for an abuse of process, at p. 465:

motifs. Le rôle de la poursuite n'est pas de gagner; rechercher la victoire à tout prix c'est faire affront au système de justice canadien. Les tribunaux ne doivent pas tolérer les comportements dénotant cette attitude. La façon dont les substituts du procureur général se sont conduits au procès viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité, et elle constitue un abus des procédures de la cour.

La réparation

L'arrêt des procédures est une mesure de dernier ressort, qui ne peut être ordonnée que dans «les cas les plus manifestes»: *R. c. Young* (1984), 46 O.R. (2d) 520; *Jewitt, précité*. Le juge du procès a reconnu la gravité de cette mesure et, en prenant sa décision définitive, il s'est rappelé d'examiner d'autres réparations, dont l'exclusion de la preuve, l'ajournement ou l'annulation du procès.

Dans certains cas, l'arrêt des procédures sera la seule réparation possible, tandis que dans d'autres il constituera une réparation parmi plusieurs autres. Voir Stuesser, *loc. cit.*, à la p. 99:

[TRADUCTION] Toutefois, l'abus de procédure revêt de nombreuses formes. L'arrêt des procédures n'est tout simplement pas nécessaire ou souhaitable dans tous les cas où il y a abus. C'est particulièrement vrai en cas d'abus ayant une incidence sur l'équité du procès, tels ceux découlant de retards ou de non-divulgaration. Pour ce qui est d'assurer la tenue d'un procès équitable, les juges sont bien équipés pour répondre aux abus allégués, sans recourir à l'arrêt des procédures. Ils disposent d'un arsenal de réparations: l'ajournement de l'instance, le rappel des témoins à la barre, la convocation de témoins au nom de la cour, les ordonnances de divulgation ou encore l'exclusion de la preuve. Au Royaume-Uni et en Australie, les juges sont exhortés à envisager ces réparations moins radicales avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Les arrêts mentionnés reconnaissent que, en vertu de la common law, l'arrêt des procédures n'est pas «l'unique» réparation.

Dans *O'Connor, précité*, la majorité de la Cour a adopté les lignes directrices proposées par le professeur Paciocco pour déterminer si l'arrêt des procédures est la réparation convenable à l'égard d'un abus de procédure à la p. 465:

122

123

124

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

The learned trial judge was clear about his findings on these matters, as illustrated by the reasons for judgment and the quotations from them used in these reasons. Throughout the pre-trial process and the trial itself, the trial judge utilized numerous remedies to ensure that the Crown was complying with its obligations. Adjournments were granted. Directions were given. Various orders were made, including an order for particulars. Costs were awarded against the Crown in favour of the appellant Phillips. All of these remedies failed to provide an effective remedy and did not result in an improvement in the Crown's disclosure deficiencies.

- (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

Le juge du procès a formulé clairement ses conclusions sur ces aspects, comme en témoignent ses motifs de jugement et les extraits que nous en avons cités dans les présents motifs. Pendant toutes les étapes préliminaires et le procès lui-même, le juge du procès a eu recours à plusieurs mesures pour faire en sorte que le ministère public se conforme à ses obligations. Des ajournements ont été accordés. Des directives ont été données. Diverses ordonnances ont été rendues, dont une enjoignant de fournir des détails. Des dépens ont été adjugés contre le ministère public en faveur de l'appellant Phillips. Or, toutes ces mesures n'ont pas permis de redresser efficacement la situation et de corriger les lacunes dans la divulgation de la preuve par le ministère public.

125

We have come to the conclusion that the trial judge was correct in determining that the only remedy for the conduct of the Crown in this case was a stay of proceedings. The trial judge granted a stay as a remedy for the prejudicial effect of the Crown's non-disclosures on the appellants' right to make full answer and defence. Additionally, we would grant a stay as a remedy for Crown conduct that was an abuse of process bringing the administration of justice into disrepute.

Nous en sommes venus à la conclusion que le juge du procès a eu raison de décider que la seule façon de remédier à la conduite du ministère public en l'espèce était d'ordonner l'arrêt des procédures. Le juge du procès a accordé cette mesure à titre de réparation pour l'effet préjudiciable que la non-divulgation de la preuve par le ministère public a eu sur le droit des appelants de présenter une défense pleine et entière. Nous sommes d'avis d'accorder également l'arrêt des procédures à titre de réparation à l'égard de la conduite du ministère public qui a constitué un abus de procédure ayant eu pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

126

The Crown has neither acknowledged its errors during the first trial, nor provided any assurance that a second trial will be conducted any differently. Instead, the Crown spent a great deal of its submissions attacking the materiality of the six examples of nondisclosure cited by the trial judge. The Crown says nothing about the rest of the "mountain" of nondisclosures. Further, the Crown submitted that:

Le ministère public n'a ni reconnu ses erreurs pendant le premier procès ni fourni l'assurance qu'il conduirait un second procès différemment. Il a plutôt consacré une grande partie de son argumentation à contester le caractère substantiel des six exemples de non-divulgation mentionnés par le juge du procès. Le ministère public reste muet au sujet de la « montagne » d'autres documents non divulgués. Qui plus est, il a fait valoir l'argument suivant:

... there is a positive duty on defence counsel to bring any disclosure problems to the attention of the trial Judge at the earliest possible opportunity. Failure to do so may, in certain instances, deprive the accused of a remedy for non-disclosure.

In our view, counsel for the appellants in this case went above and beyond the call of duty in searching out evidence that had not been disclosed. On several occasions, it was only through defence searches of the Crown's own files that material information was uncovered. Rather than simply admitting the errors it made during the trial, the Crown has consistently attempted to place blame on others. The Crown gives us no hint that its attitude will change in the future.

How else could this Court express its disapproval of the Crown's conduct in this case other than by endorsing the stay of proceedings? The appellants have been charged and prosecuted for almost five years. There is no certainty that the full disclosure the appellants were entitled to before plea has even now been made or, indeed, can ever be made. The Crown decided as is its right to proceed by direct indictment on these serious charges and deprived the appellants of a preliminary hearing. The Crown ignored its duty to disclose and to act in a manner consistent with the presumption of innocence that belongs to all accused. This has, on the findings of the trial judge, impaired the conduct of the defence and derogated from the right to a fair trial. Ordering a new trial would itself bring the administration of justice into disrepute. If this is not the clearest of cases, it is hard to imagine what would qualify. We would restore the order of Anderson J., and award the appellants solicitor/client costs throughout.

Appeal dismissed with costs to the appellants, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

[TRANSDUCTION] ... l'avocat de la défense a l'obligation positive de signaler tout problème de divulgation à l'attention du juge du procès à la première occasion. L'omission de le faire peut, dans certains cas, priver l'accusé d'une réparation pour non-divulgence.

À notre avis, en l'espèce, les avocats des appelants ont fait plus que leur devoir dans la recherche des éléments de preuve non divulgués. À plusieurs occasions, ce n'est que grâce aux recherches de la défense dans les dossiers mêmes du ministère public que des renseignements substantiels ont été découverts. Au lieu de tout simplement reconnaître les erreurs qu'il a commises durant le procès, le ministère public a constamment tenté de rejeter le blâme sur d'autres. Le ministère public ne nous a donné aucune indication qu'il changera d'attitude dans l'avenir.

De quelle autre façon notre Cour pourrait-elle exprimer sa désapprobation à l'égard de la conduite du ministère public dans la présente affaire, si ce n'est en confirmant l'arrêt des procédures? Les appelants sont accusés et poursuivis depuis près de cinq ans. Il n'est pas certain que la divulgation complète à laquelle ils avaient droit avant leur plaidoyer ait même été faite ni d'ailleurs qu'elle le sera jamais. Le ministère public a décidé, comme c'est son droit, de présenter un acte d'accusation à l'égard de ces graves accusations, privant ainsi les appelants d'une enquête préliminaire. Le ministère public a fait fi de son obligation de divulgation et de son obligation d'agir de manière à respecter la présomption d'innocence dont jouit tout accusé. Tout cela a, suivant les conclusions du juge du procès, nui à la conduite de la défense et dérogé au droit à un procès équitable. Le fait d'ordonner la tenue d'un nouveau procès serait en soi une mesure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. S'il ne s'agit pas d'un des cas les plus manifestes, il est difficile d'imaginer ce qui pourrait en être un. Nous sommes d'avis de rétablir l'ordonnance du juge Anderson et d'adjuger aux appelants les dépens sur la base procureur-client dans toutes les cours.

127

Pourvoi rejeté avec dépens aux appelants, les juges MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

Solicitors for the appellant Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.

Solicitor for the appellant Parry: Nova Scotia Legal Aid — Westray Office, Halifax.

Solicitors for the respondent: Garson, Knox & MacDonald, Halifax.

Procureurs de l'appellant Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.

Procureur de l'appellant Parry: Nova Scotia Legal Aid — Westray Office, Halifax.

Procureurs de l'intimée: Garson, Knox & MacDonald, Halifax.