

Reinie Jobin, John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey and Mark Laboucan *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Bruce Douglas Branch and Pal Arthur Levitt *Interveners*

and between

John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey, Mark Laboucan, Melvin Scotty and Jim Houle *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of

Reinie Jobin, John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey et Mark Laboucan *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Bruce Douglas Branch et Pal Arthur Levitt *Intervenants*

et entre

John Sawan, Paul Ominayak, Victor Scotty, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, Norman Laboucan, Dwight Gladue, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, Steve Noskey, Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Dennis Noskey, Mark Laboucan, Melvin Scotty et Jim Houle *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur

Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, Bruce Douglas Branch and Pal Arthur Levitt *Interveners*

INDEXED AS: R. v. JOBIN

File No.: 23190.

1994: February 28 and March 1; 1995: April 13.

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 ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, compellable as witnesses at preliminary inquiries or criminal trials of other accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

Criminal law — Procedure — Subpoenas — Third party — Accused separately charged with offence, and persons suspected of offence, subpoenaed to testify at preliminary inquiries of other accused charged with same offence — Accused and suspects claiming that compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Procedure to be followed by third parties to challenge subpoenas issued by provincial court judge.

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Correct procedure for third party challenge of provincial court order not followed since unknown at time — Procedure followed by third party substantially similar to correct procedure — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain appeal.

J and the other appellants are all either charged or suspects in connection with an explosion and fire that damaged a property. A provincial court judge issued subpoenas requiring them to testify at the preliminary inquiries of the other accused appellants who are sepa-

général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, Bruce Douglas Branch et Pal Arthur Levitt *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. JOBIN

N° du greffe: 23190.

1994: 28 février et 1^{er} mars; 1995: 13 avril.

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 L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Les personnes accusées séparément d'une infraction et les personnes soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire ou au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Droit criminel — Procédure — Assignations — Tierce partie — Personnes accusées séparément d'une infraction et personnes soupçonnées d'une infraction assignées à témoigner à l'enquête préliminaire d'autres personnes accusées de la même infraction — Prétention des accusés et des suspects que la contraignabilité en pareilles circonstances viole les principes de justice fondamentale — Procédure devant être suivie par des tierces parties pour contester les assignations délivrées par un juge de cour provinciale.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Procédure applicable à la contestation d'une ordonnance de cour provinciale par une tierce partie non suivie parce qu'inconnue à l'époque — Procédure suivie par la tierce partie essentiellement similaire à celle qui devait être suivie — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel?

J et les autres appelants sont tous soit accusés soit soupçonnés relativement à l'explosion et à l'incendie qui ont endommagé des biens. Un juge de cour provinciale a délivré des assignations leur enjoignant de témoigner à l'enquête préliminaire des autres appelants accu-

rately charged. The accused appellants applied to a superior court judge for an order quashing the subpoenas on the ground that their right to silence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* would be infringed. The appellants who were not charged also applied to quash the subpoenas. The superior court judge dismissed the application and the Court of Appeal dismissed the appellants' appeal for lack of jurisdiction. Sometime later, the appellants were subpoenaed to testify at J's trial. Their application to have the subpoenas quashed was again dismissed. This appeal raises two issues: (1) whether the Court has jurisdiction to hear this appeal; and (2) whether persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, are compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Jurisdiction*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: In seeking to challenge the subpoenas issued by the Provincial Court, the appellants must follow the procedure for third parties laid out in *Dagenais* and apply to a superior court judge for the issuance of a writ of *certiorari*. While, technically, the appellants did not follow the correct procedure since they did not have the benefit of this Court's reasons in *Dagenais*, it is sufficient that they applied for s. 24(1) *Charter* relief, which by its nature would be included in the expanded remedial scope of *certiorari* described in *Dagenais*. The Court of Appeal therefore did have jurisdiction to hear the appeal, pursuant to s. 784(1) of the *Criminal Code*. The jurisdiction of this Court follows naturally from the decision of the Court of Appeal, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the concurring reasons given in *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60, the appellants could appeal the superior court judge's decision to the Court of Appeal and could appeal, with leave, the Court of Appeal's decision to this Court.

sés séparément. Les appelants accusés ont demandé à un juge de cour supérieure une ordonnance annulant les assignations pour le motif qu'il y aurait violation de leur droit de garder le silence, garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants non accusés ont aussi demandé l'annulation des assignations. Le juge de cour supérieure a rejeté la demande et la Cour d'appel a rejeté l'appel des appelants pour cause d'absence de compétence. Quelque temps après, les appelants ont été assignés à témoigner au procès de J. Leur demande d'annulation des assignations a de nouveau été rejetée. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le présent pourvoi? Et (2) les personnes accusées séparément d'une infraction et celles soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *Compétence*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Pour contester les assignations délivrées par la Cour provinciale, les appelants doivent suivre la procédure énoncée dans l'arrêt *Dagenais* relativement aux tierces parties, et demander à un juge de cour supérieure de décerner un bref de *certiorari*. Même si, en principe, les appelants n'ont pas suivi la bonne procédure étant donné qu'ils ne bénéficiaient pas des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Dagenais*, il suffit qu'ils aient demandé une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, qui, de par sa nature, serait comprise dans la portée réparatrice élargie du *certiorari* dont parle l'arrêt *Dagenais*. La Cour d'appel avait donc compétence pour entendre l'appel conformément au par. 784(1) du *Code criminel*. La compétence de notre Cour découle naturellement de l'arrêt de la Cour d'appel, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs concordants exposés dans l'arrêt *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, les appelants pouvaient interjeter appel de la décision du juge de cour supérieure devant la Cour d'appel, et pouvaient se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel devant notre Cour, avec son autorisation.

(2) *Compellability*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The liberty interest under s. 7 of the *Charter* is engaged when a deprivation is imminent, and the applicants sought relief at the appropriate time when they first applied to a superior court judge for an order quashing the subpoenas. The appellants, however, could not claim a right to silence on the basis that they were entitled to claim this right by virtue of their status as “accused persons”, “suspected persons”, or “unindicted co-conspirators”. This focus on status occludes the focus required by the *Charter*, which is a focus on the purpose or character of the proceedings. There is no meaningful difference between subpoenas issued in respect of preliminary inquiries and those issued in respect of criminal trials. Since there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable, all of the persons subpoenaed to testify were properly compellable. At subsequent proceedings against any of them, each would be entitled to the protections against self-incrimination described in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, as refined in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

Section 5 of the *Canada Evidence Act* does not infringe s. 7 of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the concurring reasons given in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, the appellants are compellable witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of the other accused appellants. If compelled to testify, they are entitled to the protection of s. 13 of the *Charter* and of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, which does not infringe the *Charter*. The appellants could also invoke the residual protection of s. 7 of the *Charter* should the circumstances be of the kind outlined in the concurring reasons in *S. (R.J.)*. However, since there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable, none of the appellants could

(2) *Contraignabilité*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'applique lorsqu'une atteinte est imminente, et les requérants ont demandé réparation au bon moment lorsqu'ils se sont adressés, pour la première fois, à un juge de cour supérieure pour obtenir l'annulation des assignations. Cependant, les appelants ne pouvaient pas invoquer un droit de garder le silence en faisant valoir qu'ils pouvaient le faire en raison de leur situation d'«accusés», de «suspects» ou de «coauteurs de complot non accusés». Cette attention accordée à la situation obscurcit celle qui, aux termes de la *Charte*, doit porter sur l'objet et la nature des procédures en question. Il n'y a aucune différence significative entre les assignations délivrées relativement à une enquête préliminaire et celles délivrées relativement à un procès criminel. Étant donné qu'aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l'espèce peuvent être considérées comme une forme d'interrogatoire préliminaire de l'un ou l'autre des appelants ou qu'elles sont autrement répréhensibles, toutes les personnes assignées à témoigner étaient régulièrement contraignables. Dans des procédures ultérieurement engagées contre l'une ou l'autre d'entre elles, chacune aurait droit aux garanties contre l'auto-incrimination qui sont décrites dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et explicitées dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs concordants exposés dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, les appelants sont des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel des autres appelants accusés. S'ils sont forcés de témoigner, ils ont droit à la protection de l'art. 13 de la *Charte* et de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel n'enfreint pas la *Charte*. Les appelants pourraient aussi invoquer la protection résiduelle de l'art. 7 de la *Charte*, si les circonstances s'avéraient similaires à celles exposées dans les motifs concordants dans l'affaire *S. (R.J.)*. Étant donné, toutefois, qu'aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l'espèce peuvent être considérées comme une forme d'interrogatoire préliminaire de l'un ou l'autre des appelants ou qu'elles sont autrement répréhensibles, aucun des appelants ne

successfully invoke the residual protection of s. 7 to quash their subpoenas at this stage, the subpoena stage.

Cases Cited

By Sopinka and Iacobucci JJ.

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; **referred to:** *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; **referred to:** *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 13, 24(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 698, 699, 700 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 148], 784(1), 813 [*idem*, s. 180; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 12)].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313, dismissing the appellants' appeal from a judgment of Berger J. (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220, dismissing applications to quash subpoenas. Appeal dismissed.

Clayton C. Ruby, Howard Rubin and Shaun Nakatsuru, for the appellants.

Paul C. Bourque, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., and *Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

pouvait invoquer avec succès la protection résiduelle de l'art. 7 pour faire annuler son assignation à ce stade, celui de l'assignation.

Jurisprudence

Citée par les juges Sopinka et Iacobucci

Arrêts appliqués: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; **arrêts mentionnés:** *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; **arrêt mentionné:** *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 13, 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 698, 699, 700 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 148], 784(1), 813 [*idem*, art. 180; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 12)].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313, qui a rejeté l'appel des appelants contre le jugement du juge Berger (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220, qui avait rejeté leurs demandes d'annulation d'assignations. Pourvoi rejeté.

Clayton C. Ruby, Howard Rubin et Shaun Nakatsuru, pour les appelants.

Paul C. Bourque, pour l'intimée.

S. Ronald Fainstein, c.r., et *Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michal Fairburn and Scott Hutchison, for the interveners the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin and Gilles Laporte, for the interveners the Attorney General of Quebec.

Marva J. Smith, for the interveners the Attorney General of Manitoba.

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

Graeme G. Mitchell, for the interveners the Attorney General for Saskatchewan.

Alastair Rees-Thomas, for the interveners Branch and Levitt.

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

SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. — The important question in this appeal is very similar to the main question raised in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, heard together with this appeal, namely, are persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence?

I. Facts

The facts of the present appeal are complex. The appellants are all either charged or suspects in connection with an explosion and fire that damaged property located at the Buchanan Logging Site, near Haig Lake, Alberta. For the purposes of identification within this appeal, we shall refer to the appellants charged with an offence as the “primary appellants”; those who are only suspects shall be referred to as “secondary appellants”.

The primary appellants are: Paul Ominayak, Reinie Jobin, Victor Scotty, Dwight Gladue, Norman Laboucan, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, John Sawan, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre and

Michal Fairburn et Scott Hutchison, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

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

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Alastair Rees-Thomas, pour les intervenants Branch et Levitt.

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

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI — L'importante question qui se pose dans le présent pourvoi est fort semblable à la principale question soulevée dans le pourvoi *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, entendu simultanément, soit celle de savoir si les personnes accusées séparément d'une infraction et les personnes soupçonnées d'une infraction sont des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction.

I. Les faits

Les faits du présent pourvoi sont complexes. Les appelants sont tous soit accusés soit soupçonnés relativement à l'explosion et à l'incendie qui ont endommagé des biens du Buchanan Logging Site, près du lac Haig, en Alberta. Pour les identifier en l'espèce, nous désignerons les appelants accusés d'une infraction par l'expression «appelants principaux», et ceux qui ne sont que soupçonnés, par l'expression «appelants secondaires».

Les appelants principaux sont Paul Ominayak, Reinie Jobin, Victor Scotty, Dwight Gladue, Norman Laboucan, Brian Laboucan, Sullivan Laboucan, John Sawan, Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre et

Steve Noskey. All thirteen are charged with several criminal offences, namely: arson, mischief, possession of explosives, and wearing a mask in the commission of an indictable offence.

4 The secondary appellants, who are not now charged but who are said to be implicated in the offence and who are in receipt of subpoenas to testify, are: Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Mark Laboucan and Dennis Noskey.

5 The Crown has conceded that there is but one *actus reus* alleged. However, each of the primary appellants is the subject of a separate information, with the exception of Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre and Steve Noskey, who are jointly charged. The Crown sought and obtained from the Alberta Provincial Court, subpoenas requiring Norman Laboucan, Brian Laboucan, Victor Scotty, Sullivan Laboucan, Joe Laboucan, Gary Wapoose, Adolphus Wapoose, Mark Laboucan and Rodney Sinclair to testify at the preliminary inquiry of Reinie Jobin. Reinie Jobin was subpoenaed to testify at John Sawan's preliminary inquiry.

6 The appellants applied for relief to Berger J. of the Court of Queen's Bench of Alberta. Although the exact nature of the application is unclear, the original notice of motion requested, *inter alia*:

1. To quash subpoenas as annexed hereto in Schedule "A" setting out the witnesses subpoenaed and the respective Preliminary Inquiries for which they are to be compelled and such other subpoenas as have been served upon and of the Applicants by the time of the hearing of this application;
2. In the nature of prohibition preventing the presiding Judge at the said Preliminary Inquiries of: a) Reinie Jobin and b) John Sawan from compelling the evidence of the Applicants at those Preliminary Inquiries and in the Preliminary Inquiries against c) Paul Ominayak and d) Victor Scotty or in Preliminary Inquiries of e) Brian Laboucan; f) Sullivan Laboucan; g) Norman Laboucan; h)

Steve Noskey. Ils sont tous les treize accusés de plusieurs infractions criminelles, savoir: crime d'incendie, méfait, possession d'explosifs et port d'un masque lors de la perpétration d'un acte criminel.

Les appelants secondaires, qui ne sont pas accusés pour le moment, mais que l'on dit impliqués dans la perpétration de l'infraction et qui ont reçu des assignations à témoigner, sont Rodney Sinclair, Adolphus Wapoose, Gary Wapoose, Joe Laboucan, Mark Laboucan et Dennis Noskey.

Le ministère public a admis qu'un seul *actus reus* est allégué. Cependant, chaque appelant principal fait l'objet d'une dénonciation distincte, à l'exception de Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre et Steve Noskey qui sont accusés conjointement. Le ministère public a obtenu de la Cour provinciale de l'Alberta des assignations enjoignant à Norman Laboucan, Brian Laboucan, Victor Scotty, Sullivan Laboucan, Joe Laboucan, Gary Wapoose, Adolphus Wapoose, Mark Laboucan et Rodney Sinclair de témoigner à l'enquête préliminaire de Reinie Jobin. Reinie Jobin a été assigné à témoigner à l'enquête préliminaire de John Sawan.

Les appelants ont demandé une réparation au juge Berger de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Bien que la nature exacte de cette demande ne soit pas claire, on demandait notamment, dans l'avis de requête initial:

[TRADUCTION]

1. une ordonnance annulant les assignations jointes à l'annexe A énonçant les témoins assignés et les enquêtes préliminaires auxquelles ils doivent être contraints à témoigner, de même que les autres assignations qui ont été signifiées aux requérants au moment de l'audition de la présente demande;
2. une ordonnance tenant d'une prohibition empêchant le juge président lesdites enquêtes préliminaires de a) Reinie Jobin et b) John Sawan de contraindre les requérants à témoigner à ces enquêtes préliminaires et à celles de c) Paul Ominayak et d) Victor Scotty, ou aux enquêtes préliminaires de e) Brian Laboucan, f) Sullivan Laboucan, g) Norman Laboucan, h) Dwight Gladue, et de i) Walter

Dwight Gladue; and i) Walter Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre, and Steve Noskey;

3. An interim Order of prohibition until such time as this application can be heard and determined;

In addition to seeking to quash the subpoenas, the appellants obtained permission to challenge the validity of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. The primary appellants allege that being compelled to testify would violate their right to silence contrary to the principles of fundamental justice. Berger J. dismissed the application without ruling on the validity of s. 5 of the *Canada Evidence Act*: (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220.

The appellants appealed the decision to the Court of Appeal for Alberta. The Court of Appeal dismissed the appeal for lack of jurisdiction: (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313.

In the interim between the decision of Berger J. and that of the Court of Appeal, all of the primary appellants waived their rights to a preliminary inquiry in the hope that an appeal route would be located before any person would be compelled to give evidence. However, following the dismissal of the appellants' appeal to the Court of Appeal, subpoenas were issued in the trial of Reinie Jobin.

Jobin's trial was to begin in October 1992. All the primary and secondary appellants, save Jobin, were once again subpoenaed to testify. They applied a second time to the Court of Queen's Bench for Alberta in order to have the subpoenas quashed. McFadyen J. (as she then was) dismissed the application on the same grounds as Berger J. did.

Jobin's trial finally began on January 4, 1993. At the outset of Jobin's trial, defence counsel announced that a police statement made by Jobin

Whitehead, Hector Whitehead, George Whitehead, John Letendre et Steve Noskey;

3. une ordonnance de prohibition provisoire qui demeurerait en vigueur jusqu'à ce que l'on puisse entendre la présente demande et statuer sur celle-ci;

En plus de demander l'annulation des assignations, les appelants ont obtenu la permission de contester la validité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Les appelants principaux allèguent que, s'ils étaient contraints à témoigner, leur droit de garder le silence serait violé contrairement aux principes de justice fondamentale. Le juge Berger a rejeté la demande sans statuer sur la validité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*: (1991), 66 C.C.C. (3d) 281, 123 A.R. 220.

Les appelants en ont appelé de cette décision devant la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté leur appel pour cause d'absence de compétence: (1992), 75 C.C.C. (3d) 445, 131 A.R. 179, 25 W.A.C. 179, 10 C.R.R. (2d) 313.

Pendant le délai qui s'est écoulé entre la décision du juge Berger et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, tous les appelants principaux ont renoncé à leur droit à une enquête préliminaire dans l'espoir qu'une voie d'appel serait trouvée avant que quiconque ne soit contraint de témoigner. Toutefois, à la suite du rejet de l'appel des appelants devant la Cour d'appel, des assignations ont été délivrées aux fins du procès de Reinie Jobin.

Le procès de Jobin devait débuter en octobre 1992. Tous les appelants principaux et secondaires, sauf Jobin, ont de nouveau été assignés à témoigner. Ils ont, pour la deuxième fois, demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta d'annuler les assignations. Le juge McFadyen (maintenant juge de la Cour d'appel) a rejeté leur demande pour les mêmes motifs que le juge Berger.

Le procès de Jobin a finalement débuté le 4 janvier 1993. Dès l'ouverture du procès, l'avocat de la défense a annoncé qu'une déclaration de Jobin à la

could be admitted without a *voir dire*. On this basis, the Crown agreed not to call any of the subpoenaed witnesses. Jobin's counsel later asserted the need for a *voir dire*. On March 8, 1993, a mistrial was declared because Crown counsel had referred to Jobin's police statement in the opening address to the jury.

police pourrait être admise sans voir-dire. C'est ce qui explique pourquoi le ministère public a consenti à n'appeler aucune des personnes assignées à témoigner. L'avocat de Jobin a ultérieurement affirmé la nécessité d'un voir-dire. Le 8 mars 1993, le procès a été annulé parce que le substitut du procureur général s'était référé, dans son exposé initial au jury, à la déclaration de Jobin à la police.

12 On February 4, 1993, leave to appeal was granted at large by this Court, [1993] 1 S.C.R. vii. The motion book for leave covered three bases for seeking leave. First, leave was sought from the decision of the Court of Appeal. Second, and in the alternative, it was sought directly from the decision of Berger J. Third, and in the alternative, leave was sought directly from the decision of McFadyen J.

Le 4 février 1993, notre Cour a accordé une autorisation générale de pourvoi, [1993] 1 R.C.S. vii. Trois moyens étaient invoqués dans la requête en autorisation. Premièrement, on demandait l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Deuxièmement et subsidiairement, on demandait l'autorisation de se pourvoir directement contre la décision du juge Berger. Troisièmement et subsidiairement, on demandait l'autorisation de se pourvoir directement contre la décision du juge McFadyen.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

13 The provisions relevant to this appeal are the same as those relevant to the judgments in *S. (R.J.)* and *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60, heard together with this appeal, and are reproduced in those reasons for judgments.

Les dispositions pertinentes en l'espèce sont les mêmes que dans les pourvois *S. (R.J.)* et *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, entendus en même temps que la présente affaire, et sont citées dans ces motifs de jugement.

III. Judgments

III. Les juridictions inférieures

Court of Queen's Bench of Alberta (1991), 66 C.C.C. (3d) 281

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1991), 66 C.C.C. (3d) 281

14 Berger J. noted that, in the application before him, it was assumed that the issuance of subpoenas triggered a breach of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He indicated, however, that it "would be dangerous . . . to now predict what evidence will be elicited from each applicant". Citing *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen. Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*), Berger J. stated: "While I agree that within s. 7 a balancing of interests must occur to determine whether there is a violation of fundamental justice, I prefer the view that there can be

Le juge Berger a fait remarquer que, dans la demande dont il était saisi, on présumait que la délivrance des assignations constituait une violation de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a toutefois indiqué qu'il [TRADUCTION] «serait dangereux [. . .] de prédire maintenant quel témoignage sera obtenu de chaque requérant». Citant la décision *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Div. gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*), le juge Berger a affirmé: [TRADUCTION] «Bien que je convienne que l'art. 7 exige une évaluation de droits pour déter-

no breach until the proposed witness has testified” (p. 286).

In focusing on the moment of compelled testimony, as opposed to the moment at which compelled testimony or derivative evidence is tendered at subsequent proceedings, Berger J. acknowledged the potential contrast between his approach and that of La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, in that La Forest J. suggested that “there can really be no breach of the *Charter* until unfair evidence is admitted” (p. 559). But Berger J. stated (at pp. 286-87):

In my view, the testimony of an applicant which may not be admitted at his subsequent trial may, none the less, confer an unfair advantage upon the Crown and trigger a *Charter* breach. It is always, at the very least, an advantage for the Crown to know in advance what the testimony of an accused would be if he should subsequently elect to testify at his own trial. It matters not whether that testimony is inculpatory or exculpatory; it matters not whether that testimony is damning or innocuous. It is still an advantage for the Crown *to know* The relevant inquiry will then be whether, in all of the circumstances, the advantage thereby gained operates so as to violate the principles of fundamental justice and to deny the accused a fair trial. [Emphasis in original.]

Berger J. concluded that a *Charter* breach could be triggered only at the moment of compelled testimony, and not at the moment when a subpoena is issued. He indicated that further contextual elements, unknown at the time of the application, would then fall to be considered.

Berger J. discussed these issues in relation to those applicants who appeared before him already accused of the alleged offence, and thus refused to quash the subpoenas issued against them. He refused, for the same reasons, to quash the subpoenas issued against those applicants who were not then charged with the alleged offence.

miner s’il y a violation de la justice fondamentale, je préfère l’opinion selon laquelle il ne peut y avoir de violation tant que le témoin éventuel n’a pas témoigné» (p. 286).

En insistant sur le moment du témoignage forcé, par opposition au moment où le témoignage forcé ou les éléments de preuve dérivée sont présentés lors de procédures ultérieures, le juge Berger a reconnu qu’il pouvait y avoir une divergence entre son point de vue et celui que le juge La Forest a exprimé dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, lorsqu’il a dit qu’«il ne peut vraiment y avoir de violation de la *Charte* que si une preuve injuste est admise» (p. 559). Mais le juge Berger affirme, aux pp. 286 et 287:

[TRADUCTION] À mon avis, le témoignage d’un requérant qui, par la suite, ne serait pas admissible à son procès, peut, néanmoins, conférer un avantage injuste au ministère public et entraîner une violation de la *Charte*. Il est toujours, à tout le moins, avantageux pour le ministère public de savoir à l’avance quel serait le témoignage d’un accusé s’il devait décider ultérieurement de témoigner à son propre procès. Il n’importe pas de savoir si ce témoignage est incriminant ou disculpatoire, ou encore s’il est accablant ou inoffensif. Il est toujours avantageux pour le ministère public de *savoir* [. . .] La question qu’il faudra se poser sera donc de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances, l’avantage ainsi obtenu a pour effet de violer les principes de justice fondamentale et de priver l’accusé d’un procès équitable. [En italique dans l’original.]

Le juge Berger a conclu que la violation de la *Charte* ne pouvait avoir lieu qu’au moment du témoignage forcé, et non au moment où l’assignation est délivrée. Il a indiqué que d’autres éléments contextuels, inconnus au moment de la demande, devraient alors être pris en considération.

Le juge Berger a analysé ces questions en fonction des requérants qui ont comparu devant lui et qui étaient déjà accusés de l’infraction alléguée, et il a ainsi refusé d’annuler les assignations délivrées contre eux. Pour les mêmes raisons, il a refusé d’annuler les assignations délivrées contre les requérants qui n’étaient pas alors accusés de l’infraction alléguée.

17 Finally, Berger J. refused to assess the constitutionality of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. He noted that the applicants had failed to challenge ss. 698, 699, or 700 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, pursuant to which the subpoenas were issued. Also, he noted that no evidence had been called to demonstrate that questions posed might tend to incriminate the subpoenaed witnesses. He concluded, “[o]nce again, the context has yet to be revealed” (p. 288).

18 Berger J. dismissed the application.

Court of Queen’s Bench of Alberta (McFadyen J.)

19 The relevant portion of McFadyen J.’s oral reasons state, in full:

I dismiss the application for the reasons outlined by Justice Berger in his judgment in this matter and I adopt his reasons in that regard.

Alberta Court of Appeal (per curiam) (1992), 75 C.C.C. (3d) 445

20 The Court of Appeal examined cases cited by the appellants, but noted that “the appellants’ application for an order quashing the subpoenas in this case was made under s. 24(1) [of the *Charter*]” (p. 447). The court then followed *R. v. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353 (Alta. C.A.), where Stevenson J.A. found that, although provincial superior courts are courts of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1) of the *Charter*, an appeal will lie to a court of appeal only if the *Criminal Code* so provides (where proceedings are criminal in nature) or where the proceeding is a prerogative one.

21 The Court of Appeal held that, in respect of Berger J.’s refusal to quash the subpoenas, the proceeding was clearly criminal in nature, since the subpoenas were issued under the authority of the *Criminal Code*. In so far as the *Criminal Code* provides no right of appeal, and in so far as no prerog-

Finally, le juge Berger a refusé d’évaluer la constitutionnalité de l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il a fait remarquer que les requérants n’avaient pas contesté les art. 698, 699 ou 700 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en vertu desquels les assignations avaient été délivrées. Il a également souligné qu’aucun élément de preuve n’avait été produit pour démontrer que les questions posées pourraient tendre à incriminer les témoins assignés. Il a conclu: [TRADUCTION] «Encore une fois, il reste à divulguer le contexte» (p. 288).

Le juge Berger a rejeté la demande.

Cour du Banc de la Reine de l’Alberta (le juge McFadyen)

Voici au complet la partie pertinente des motifs exposés oralement par le juge McFadyen:

[TRADUCTION] Je rejette la demande pour les motifs exposés par le juge Berger dans le jugement qu’il a rendu en la matière, et je fais miens ses motifs à cet égard.

Cour d’appel de l’Alberta (la cour) (1992), 75 C.C.C. (3d) 445

La Cour d’appel a examiné la jurisprudence citée par les appelants, mais a fait remarquer que [TRADUCTION] «la demande des appelants visant à obtenir une ordonnance annulant les assignations en l’espèce a été faite en vertu du par. 24(1) [de la *Charte*]» (p. 447). La cour a alors suivi l’arrêt *R. c. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Alb.), où le juge Stevenson a conclu que, bien que les cours supérieures provinciales soient des cours compétentes aux fins du par. 24(1) de la *Charte*, il n’existe de droit d’appel à une cour d’appel que si le *Code criminel* le prévoit (lorsque les procédures sont de nature criminelle) ou lorsque la procédure porte sur l’exercice d’une prérogative.

La Cour d’appel a conclu que, pour ce qui était du refus du juge Berger d’annuler les assignations, les procédures étaient nettement de nature criminelle puisque les assignations avaient été délivrées en vertu du *Code criminel*. Étant donné que le *Code criminel* ne prévoit aucun droit d’appel et

ative relief was sought, the court held that the appellants had no right of appeal.

In respect of Berger J.'s refusal to consider the constitutionality of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, the Court of Appeal concluded (at p. 448):

Again the appellants do not have the right to appeal from this decision. This proceeding in so far as it relates to this issue is clearly criminal in nature. The concern of the appellants is that as a result of s. 5, witnesses may incriminate themselves. The appellants did not seek any relief other than a declaration that s. 5 was inconsistent with s. 7 of the Charter, and therefore of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. There is nothing in the *Criminal Code* or in the Charter which gives them the right to appeal from a refusal to grant a declaration.

The Court of Appeal dismissed the appeal for want of jurisdiction.

IV. Issues

There are two issues in this appeal:

1. Upon what basis does this Court have jurisdiction to hear the appeal?
2. Are persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the *Charter*?

On March 30, 1993, the following constitutional questions were stated:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

qu'aucun redressement extraordinaire par voie de bref de prérogative n'était demandé, la cour a jugé que les appelants n'avaient aucun droit d'appel.

En ce qui concerne le refus du juge Berger d'examiner la constitutionnalité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la Cour d'appel conclut, à la p. 448:

[TRADUCTION] Encore là, les appelants n'ont pas le droit d'en appeler de cette décision. La procédure, dans la mesure où elle se rapporte à cette question, est clairement de nature criminelle. Les appelants craignent qu'en raison de l'art. 5 les témoins ne s'incriminent eux-mêmes. Les appelants n'ont demandé aucune autre réparation qu'une déclaration que l'art. 5 est incompatible avec l'art. 7 de la Charte, et qu'il est inopérant, conformément à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ni le *Code criminel* ni la Charte ne leur confèrent le droit d'en appeler du refus d'accorder un jugement déclaratoire.

La Cour d'appel a rejeté l'appel pour cause d'absence de compétence.

IV. Les questions en litige

Deux questions sont soulevées en l'espèce:

1. Pour quel motif notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi?
2. Les personnes accusées séparément d'une infraction et celles soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la *Charte*?

Le 30 mars 1993, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

22

23

24

25

V. AnalysisA. *Upon what basis does this Court have jurisdiction to hear the appeal?*

26

The jurisdictional issue raised in this case is substantially similar to that addressed by the Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. On its specific facts, this appeal quite closely resembles the situation in *Primeau*, the reasons of which have been released concurrently with this appeal.

27

In *Dagenais*, Lamer C.J., writing for the majority, elaborated the appropriate channels to follow in order to challenge the validity of a publication ban. The procedures vary depending on the status of the person challenging the order, that is, whether a party or third party is involved. For parties, the accused and the Crown, they must apply for relief to the trial judge, or to the level of court having jurisdiction to hear the trial, if known, or otherwise to a superior court judge. An appeal of such a decision must await the end of the trial.

28

For third parties to a criminal proceeding, the type of recourse to seek is dictated by the court issuing the order. A provincial court order should be challenged by an application to a superior court for the extraordinary remedy of *certiorari*. This decision can then be appealed pursuant to s. 784(1) of the *Criminal Code*. A superior court order can be challenged by seeking leave to appeal directly to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26.

29

The order at issue in this appeal is the issuance of subpoenas to the appellants by the Alberta Provincial Court. The Court of Appeal for Alberta rejected the appeal launched by the appellants pursuant to s. 813 of the *Criminal Code*, because of a lack of jurisdiction to hear the appeal. The Court

V. AnalyseA. *Pour quel motif notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi?*

La question de compétence soulevée en l'espèce est essentiellement analogue à celle abordée par notre Cour dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. D'après ses faits particuliers, le présent pourvoi se rapproche beaucoup de la situation dans l'arrêt *Primeau* dont les motifs sont déposés simultanément.

Dans l'arrêt *Dagenais*, le juge en chef Lamer a expliqué, au nom de la Cour à la majorité, la procédure à suivre pour contester la validité d'une interdiction de publication. Cette procédure varie selon la situation de la personne qui conteste l'ordonnance, c'est-à-dire, selon qu'il s'agit d'une partie ou d'une tierce partie. En ce qui concerne les parties, soit l'accusé et le ministère public, elles doivent présenter une demande de réparation au juge du procès, ou au tribunal compétent pour entendre l'affaire, s'il est connu, sinon à un juge de cour supérieure. Ce n'est qu'à la fin du procès qu'on peut en appeler de la décision rendue à ce propos.

En ce qui concerne les tierces parties à des procédures criminelles, le type de réparation à demander dépend de la cour qui a délivré l'ordonnance. On devrait, pour contester l'ordonnance d'une cour provinciale, présenter à une cour supérieure une demande de redressement extraordinaire de la nature d'un *certiorari*. La décision qui s'ensuit peut alors faire l'objet d'un appel conformément au par. 784(1) du *Code criminel*. Lorsqu'il s'agit de contester l'ordonnance d'une cour supérieure, on peut présenter une demande d'autorisation de pourvoi directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26.

L'ordonnance contestée en l'espèce concerne la délivrance d'assignations contre les appelants par la Cour provinciale de l'Alberta. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel des appelants fondé sur l'art. 813 du *Code criminel*, en raison d'une absence de compétence pour entendre l'appel. La

cited the absence of a statutory right of appeal in the *Criminal Code* as fatal to the appellants' application. It is significant that the Court of Appeal considered that the appellants had in essence made an application for relief based solely on s. 24(1) of the *Charter*. It based this finding on the fact that the appellants had effectively abandoned their application for prohibition, by not pleading it before Berger J., and that Berger J. had based his decision solely on s. 24(1) of the *Charter*.

In the light of its finding that the present application was made solely pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, the Court of Appeal held that no right of appeal lay from the decision of Berger J. Neither the *Criminal Code*, nor the *Charter* (as interpreted in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863) provide for such a right. As such, the Court of Appeal decided it lacked jurisdiction to hear the appeal.

In the case at bar, as in *Primeau*, all the appellants, excluding Jobin for the moment, are third parties. Each appellant, excluding Jobin, is seeking to challenge a subpoena issued by the Alberta Provincial Court requiring him to testify at either the preliminary inquiry or the trial of a person accused of the same indictable offence as that with which he is either charged or suspected.

Given that the order in question emanates from a provincial court, the proper procedure to follow, as laid out in *Dagenais*, is to apply to a superior court judge for the issuance of a writ of *certiorari*. As noted in *Dagenais*, an immediate appeal becomes possible from an order refusing to grant *certiorari* through the operation of s. 784(1) of the *Criminal Code*.

As in *Primeau*, we are faced with a situation where the appellants have not technically complied with the procedures set out in *Dagenais*. In our view, however, the jurisdictional question can be resolved in much the same way and for the same reasons as it was solved in *Primeau*. Given that neither the appellants, nor the Court of Appeal had

cour a dit que l'absence d'un droit d'appel dans le *Code criminel* était fatale à la demande des appelants. Il est important de souligner que la Cour d'appel a considéré que les appelants avaient, pour l'essentiel, présenté une demande de réparation fondée exclusivement sur le par. 24(1) de la *Charte*. Elle a appuyé cette conclusion sur le fait que les appelants s'étaient effectivement désistés de leur demande de prohibition en ne l'incluant pas dans leur plaidoirie devant le juge Berger, et sur le fait que le juge Berger avait fondé sa décision seulement sur le par. 24(1) de la *Charte*.

Compte tenu de sa conclusion que la présente demande n'était fondée que sur le par. 24(1) de la *Charte*, la Cour d'appel a statué qu'il n'y avait aucun droit d'en appeler de la décision du juge Berger. Ni le *Code criminel* ni la *Charte* (telle qu'interprétée dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863) ne prévoient un tel droit. La Cour d'appel a donc conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel.

En l'espèce, comme dans l'affaire *Primeau*, tous les appelants, à l'exception de Jobin pour le moment, sont des tierces parties. Chaque appelant, sauf Jobin, cherche à contester une assignation délivrée par la Cour provinciale de l'Alberta lui enjoignant de témoigner à l'enquête préliminaire ou au procès d'une personne accusée du même acte criminel que celui dont il est accusé ou soupçonné.

Étant donné que l'ordonnance en question émane d'une cour provinciale, la procédure à suivre, selon l'arrêt *Dagenais*, consiste à demander à un juge de cour supérieure de décerner un bref de *certiorari*. Tel que souligné dans l'arrêt *Dagenais*, il devient alors immédiatement possible d'en appeler d'une ordonnance qui refuse le *certiorari*, en s'appuyant sur le par. 784(1) du *Code criminel*.

Comme dans l'affaire *Primeau*, nous sommes confrontés à une situation où les appelants n'ont pas, en principe, respecté la procédure énoncée dans l'arrêt *Dagenais*. Nous sommes d'avis, cependant, que la question de compétence peut être résolue à peu près de la même manière et pour les mêmes raisons que dans *Primeau*. Compte tenu du

30

31

32

33

the benefit of this Court's reasons in *Dagenais*, we find that it is sufficient that the appellants applied for s. 24(1) *Charter* relief, which by its nature would be included in the expanded remedial scope of *certiorari* described in *Dagenais*. The Court of Appeal therefore did have jurisdiction to hear the appeal, pursuant to s. 784(1) of the *Criminal Code*. The jurisdiction of this Court follows naturally from the decision of the Court of Appeal, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* and there is no need to examine the alternative jurisdictional grounds on which leave to appeal was granted.

34 The application for leave to appeal also sought to appeal from the judgment of McFadyen J. who dismissed the application of the appellants, other than Jobin, for the reasons of Berger J. It is not necessary to decide whether an appeal lies from that judgment to this Court since the principles that apply to determine the substantive issue raised by the decision of Berger J. are also determinative in respect of the judgment of McFadyen J.

B. *Are persons separately charged with an offence, and persons suspected of an offence, compellable as witnesses at the preliminary inquiries and criminal trials of other persons charged with the same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the Charter?*

35 In refusing to quash the subpoenas confronting him, Berger J. suggested that the liberty interest under s. 7 is not engaged until the moment that testimony occurs, on the theory that it is relevant to consider context at that time. For the reasons we expressed in *S. (R.J.)*, *supra*, the liberty interest is engaged when a deprivation is imminent, and the applicants before Berger J. applied for relief at the appropriate time.

36 The relief they sought, however, was not properly available to them. The appellants claimed a right to silence on the basis that they were entitled

fait que ni les appelants ni la Cour d'appel ne bénéficiaient des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Dagenais*, nous concluons qu'il suffit que les appelants aient demandé une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, qui, de par sa nature, serait comprise dans la portée réparatrice élargie du *certiorari* dont parle l'arrêt *Dagenais*. La Cour d'appel avait donc compétence pour entendre l'appel conformément au par. 784(1) du *Code criminel*. La compétence de notre Cour découle naturellement de l'arrêt de la Cour d'appel, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, et il n'est pas nécessaire d'examiner les motifs subsidiaires de compétence pour lesquels l'autorisation de pourvoi a été accordée.

La demande d'autorisation de pourvoi visait également la décision du juge McFadyen de rejeter la demande des appelants, autres que Jobin, pour les motifs exposés par le juge Berger. Il n'est pas nécessaire de décider si cette décision peut faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour puisque les principes applicables pour trancher la question de fond soulevée par la décision du juge Berger sont également déterminants en ce qui concerne la décision du juge McFadyen.

B. *Les personnes accusées séparément d'une infraction et celles soupçonnées d'une infraction sont-elles des témoins contraignables à l'enquête préliminaire et au procès criminel d'autres personnes accusées de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la Charte?*

En refusant d'annuler les assignations dont il était saisi, le juge Berger a laissé entendre que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'entre en jeu qu'au moment du témoignage, en supposant qu'il est pertinent de considérer le contexte à ce moment-là. Pour les motifs que nous avons exposés dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, le droit à la liberté s'applique lorsqu'une atteinte est imminente, et les requérants qui ont comparu devant le juge Berger ont demandé réparation au bon moment.

Cependant, ils ne pouvaient pas régulièrement demander la réparation qu'ils ont demandée. Les appelants ont invoqué un droit de garder le silence

to claim this right by virtue of a status, namely, "accused person", "suspected person", or "unindicted co-conspirator". This focus on status occludes the focus required by the *Charter*, which is a focus on the purpose or character of the proceedings. Thus, the fact that some of the appellants were not accused of anything at the time of their application is not of primary importance. It also follows from the reasons in *S. (R.J.)*, as elaborated on in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, released concurrently, and *Primeau*, *supra*, that there is no meaningful difference between subpoenas issued in respect of preliminary inquiries and those issued in respect of Jobin's criminal trial. Finally, there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable, such that a different analysis might have obtained for the reasons expressed in *S. (R.J.)* and further elaborated on in *Branch*.

VI. Disposition

All of the persons subpoenaed to testify were properly compellable. At subsequent proceedings against any of them, each would be entitled to the protections against self-incrimination described in *S. (R.J.)* as refined in *Branch*.

We would answer the constitutional questions stated on March 30, 1993, in the following way:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

en faisant valoir qu'ils pouvaient le faire en raison de leur situation d'«accusés», de «suspects» ou de «coauteurs de complot non accusés». Cette attention accordée à la situation obscurcit celle qui, aux termes de la *Charte*, doit porter sur l'objet et la nature des procédures en question. Ainsi, le fait que certains des appelants n'étaient accusés de rien au moment de leur demande n'a pas d'importance primordiale. Il s'ensuit également des motifs rédigés dans l'arrêt *S. (R.J.)* et développés dans les arrêts *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, rendu simultanément, et *Primeau*, précité, qu'il n'y a aucune différence significative entre les assignations délivrées relativement à une enquête préliminaire et celles délivrées relativement au procès criminel de Jobin. Finalement, aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l'espèce peuvent être considérées comme une forme d'interrogatoire préliminaire de l'un ou l'autre des appelants ou qu'elles sont autrement répréhensibles, de sorte qu'une analyse différente aurait peut-être pu être faite pour les motifs exposés dans l'arrêt *S. (R.J.)* et développés dans l'arrêt *Branch*.

VI. Dispositif

Toutes les personnes assignées à témoigner étaient régulièrement contraignables. Dans des procédures ultérieurement engagées contre l'une ou l'autre d'entre elles, chacune aurait droit aux garanties contre l'auto-incrimination qui sont décrites dans l'arrêt *S. (R.J.)* et explicitées dans l'arrêt *Branch*.

Nous sommes d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles formulées le 30 mars 1993:

1. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

37

38

Answer: It is not necessary to answer this question.

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

39 We would dismiss the appeal.

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

40 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises the same issues as are raised in the companion case of *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60. As well, this case raises the additional issue of the constitutional validity of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. I have read the joint reasons of my colleagues Sopinka and Iacobucci JJ. and agree that this appeal should be dismissed. I reach this conclusion, however, by a different route.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi soulève les mêmes questions que celles que pose le pourvoi connexe *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60. Il soulève, de plus, la question supplémentaire de la constitutionnalité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. J'ai lu les motifs conjoints de mes collègues les juges Sopinka et Iacobucci et je suis d'accord qu'il y a lieu de rejeter le présent pourvoi. J'arrive cependant à cette conclusion en empruntant une voie différente.

41 I say at the outset, as my colleagues point out and as my concurring reasons in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, make clear, that the "primary" and "secondary" appellants, to use my colleagues' terminology, are compellable witnesses at each other's preliminary inquiries and criminal trials. However, if compelled to testify, they are entitled to the protection of s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 5 of the *Canada Evidence Act*, which, like my colleagues, I find does not infringe the *Charter*. In addition, should the circumstances be of the kind I outlined in my concurring reasons in *S. (R.J.)*, the appellants could invoke the residual protection of s. 7 of the *Charter*. I agree, though, with my colleagues that "there is no evidence to suggest that the subpoenas issued in this case can be regarded as a form of pre-trial interrogation in respect of any of the appellants or are otherwise objectionable" (p. 93). Accordingly, I find that at this stage, the subpoena stage, none of the appellants could successfully invoke the residual protection of s. 7 outlined in my reasons in *S. (R.J.)* to quash their subpoenas. As I emphasized in *S. (R.J.)*, it will be rare indeed that the residual protection of s. 7 could be successfully invoked at the subpoena stage. In this respect, I agree with Berger J., who dealt with the appellants' first application to quash subpoenas, when he stated: "[i]t would be dangerous ... to now predict what evidence will be elicited from

Je souligne, dès le départ, comme le font remarquer mes collègues et comme il ressort des motifs concordants que j'ai rédigés dans l'affaire *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, que les appelants «principaux» et les appelants «secondaires», pour employer la terminologie de mes collègues, sont des témoins contraignables à leur enquête préliminaire et procès criminel respectifs. Cependant, s'ils sont forcés de témoigner, ils ont droit à la protection de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel, j'estime comme mes collègues, n'enfreint pas la *Charte*. De plus, si les circonstances s'avéraient similaires à celles exposées dans mes motifs concordants dans l'affaire *S. (R.J.)*, les appelants pourraient invoquer la protection résiduelle de l'art. 7 de la *Charte*. Je suis, toutefois, d'accord avec mes collègues qu'«aucun élément de preuve ne porte à croire que les assignations délivrées en l'espèce peuvent être considérées comme une forme d'interrogatoire préliminaire de l'un ou l'autre des appelants ou qu'elles sont autrement répréhensibles» (p. 93). Par conséquent, je conclus qu'à ce stade, celui de l'assignation, aucun des appelants ne pouvait invoquer avec succès la protection résiduelle de l'art. 7, exposée dans mes motifs dans l'affaire *S. (R.J.)*, pour faire annuler son assignation. Comme je l'ai souligné dans cet arrêt, ce n'est que très rarement que la protection résiduelle de l'art. 7 pourra être invoquée avec suc-

each applicant” and “I prefer the view that there can be no breach until the proposed witness has testified” ((1991), 66 C.C.C. (3d) 281, at p. 286).

As for the issue of jurisdiction, I refer to my reasons in the companion case of *Primeau*, released concurrently with this decision. For the reasons outlined in *Primeau*, I conclude that the appellants could appeal the decision of Berger J. to the Court of Appeal and could appeal, with leave, the decision of the Court of Appeal to this Court. As regards a direct appeal from the decision of McFadyen J., who dealt with the appellants' second application to quash subpoenas, I agree with my colleagues that “[i]t is not necessary to decide whether an appeal lies from that judgment to this Court since the principles that apply to determine the substantive issue raised by the decision of Berger J. are also determinative in respect of the judgment of McFadyen J.” (p. 92).

For the reasons outlined above, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Ruby & Edwardh, Toronto; Rubin & Maisonville, Vancouver; and Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

cès au stade de l'assignation. À cet égard, je partage l'avis du juge Berger, saisi de la première demande d'annulation d'assignations présentée par les appelants, lorsqu'il affirme qu'[TRADUCTION] «[i]l serait dangereux [...] de prédire maintenant quel témoignage sera obtenu de chaque requérant» et qu'il [TRADUCTION] «préfère l'opinion selon laquelle il ne peut y avoir de violation tant que le témoin éventuel n'a pas témoigné» ((1991), 66 C.C.C. (3d) 281, à la p. 286).

Sur la question de compétence, je renvoie à mes motifs dans l'arrêt connexe *Primeau*, rendu simultanément, et, sur la base de ces motifs, je conclus que les appelants pouvaient interjeter appel de la décision du juge Berger devant la Cour d'appel, et se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel devant notre Cour, avec son autorisation. Quant à un appel direct de la décision du juge McFadyen qui a eu à décider de la deuxième demande d'annulation des assignations, présentée par les appelants, je suis d'accord avec mes collègues qu'«[i]l n'est pas nécessaire de décider si cette décision peut faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour puisque les principes applicables pour trancher la question de fond soulevée par la décision du juge Berger sont également déterminants en ce qui concerne la décision du juge McFadyen» (p. 92).

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto; Rubin & Maisonville, Vancouver; et Nakatsuru & Doucette, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitors for the interveners Branch and Levitt: Rees-Thomas & Company, Richmond, B.C.

Procureurs des intervenants Branch et Levitt: Rees-Thomas & Company, Richmond (C.-B.).