

IN THE MATTER OF an application under section 83.28 of the *Criminal Code*

INDEXED AS: APPLICATION UNDER S. 83.28 OF THE CRIMINAL CODE (RE)

Neutral citation: 2004 SCC 42.

File No.: 29872.

2003: December 10, 11; 2004: June 23.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA SUPREME COURT

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty — Fundamental justice — Self-incrimination — Terrorism — Investigative hearings — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Constitutional law — Judicial independence — Impartiality — Investigation of terrorism offences — Whether Criminal Code provision allowing order for gathering of information and investigative hearing infringes principles of judicial independence and impartiality — Constitution Act, 1867, Preamble — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Retrospectivity — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether provision for investigative hearings applicable to incidents that occurred prior to its enactment — Whether provision procedural in substance and effect — Whether presumption of immediate effect rebutted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Independence of Crown — Criminal Code amended to provide for investigative hearings for purposes of gathering information on terrorism offences — Whether independence of Crown counsel compromised by judicial

DANS L'AFFAIRE d'une demande fondée sur l'article 83.28 du *Code criminel*

RÉPERTORIÉ : DEMANDE FONDÉE SUR L'ART. 83.28 DU CODE CRIMINEL (RE)

Référence neutre : 2004 CSC 42.

N° du greffe : 29872.

2003 : 10, 11 décembre; 2004 : 23 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Terrorisme — Investigations — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit constitutionnel — Indépendance judiciaire — Impartialité — Enquête relative à des infractions de terrorisme — La disposition du Code criminel qui permet de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements et la tenue d'une investigation viole-t-elle les principes de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Rétrospectivité — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — La disposition prévoyant les investigations peut-elle s'appliquer à des faits survenus avant son adoption? — Cette disposition est-elle de nature procédurale sur le plan du fond et de ses effets? — La présomption de prise d'effet immédiate est-elle réfutée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — Indépendance du ministère public — Code criminel modifié de manière à prévoir la tenue d'investigations destinées à obtenir des renseignements relatifs à des infractions de terrorisme — Le processus d'investigation judiciaire

investigative hearing process — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Whether purpose of investigative hearing was pre-trial discovery of evidence.

M and B were jointly charged with several offences in relation to the explosion of Air India Flight 182 and the intended explosion of Air India Flight 301. Shortly after the beginning of their trial, the Crown brought an *ex parte* application seeking an order that a Named Person, a potential Crown witness at the Air India trial, attend a judicial investigative hearing for examination pursuant to s. 83.28 of the *Criminal Code*, which is one of the new provisions added to the *Code* as a result of the enactment of the *Anti-terrorism Act* in 2001. The application judge granted the order and set a number of terms and conditions to govern the conduct of the judicial investigative hearing, among others, the hearing was to be conducted *in camera* and notice of the hearing was not to be given to the accused in the Air India trial, to the press or to the public. Counsel for the accused, who fortuitously became aware of the order, informed the application judge that they wished to make submissions. Counsel for the Named Person also applied to challenge the constitutional validity of s. 83.28. The constitutional challenge and the application to set aside the order were heard *in camera*. The judge presiding at the hearing concluded that the order was validly issued and s. 83.28 was constitutionally sound. Given the unusual circumstances of this case, she varied the order to permit counsel for the accused to attend at the investigative hearing and examine the Named Person under the proviso that they leave the hearing if information unrelated to the trial was elicited. They were also prohibited from disclosing any information or evidence obtained at the hearing to the public or to the accused. The judgment was sealed until the conclusion of the hearing or any contrary order of the court. Since there is no provision in the *Criminal Code* for an appeal of a s. 83.28 order to a provincial court of appeal, the Named Person successfully sought leave to appeal to this Court.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Arbour JJ.: The purpose of the *Anti-terrorism Act* is to prosecute

compromet-il l'indépendance de l'avocat du ministère public? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.28.

Droit criminel — Terrorisme — Investigations — L'investigation avait-elle pour objet d'obtenir la communication préalable d'éléments de preuve?

M et B ont été accusés conjointement de plusieurs infractions liées à l'explosion du vol 182 d'Air India et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Peu après l'ouverture de leur procès, le ministère public a présenté, en l'absence de toute autre partie, une demande d'ordonnance enjoignant à une personne désignée, susceptible d'être assignée comme témoin à charge au procès Air India, de se présenter à une investigation pour subir un interrogatoire conformément à l'art. 83.28 du *Code criminel*, qui est l'une des nouvelles dispositions ajoutées au *Code* à la suite de l'adoption de la *Loi antiterroriste* en 2001. Le juge saisi de la demande a accordé l'ordonnance et a assujéti l'investigation judiciaire à un certain nombre de modalités prévoyant notamment qu'elle se déroulerait à huis clos et qu'aucun préavis ne serait donné aux accusés du procès Air India, à la presse et au public. Les avocats des accusés qui ont appris par hasard l'existence de l'ordonnance ont avisé le juge qui l'avait rendue qu'ils souhaitaient présenter des observations. L'avocat de la personne désignée a également demandé l'autorisation de contester la constitutionnalité de l'art. 83.28. L'audition de la contestation de la constitutionnalité et de la demande d'annulation de l'ordonnance s'est déroulée à huis clos. La juge président l'investigation a conclu que l'ordonnance était valide et que l'art. 83.28 était conforme à la Constitution. Compte tenu des circonstances inhabituelles de la présente affaire, elle a modifié l'ordonnance de manière à permettre aux avocats des accusés de se présenter à l'investigation pour y interroger la personne désignée, à la condition qu'ils quittent la salle d'audience si des renseignements n'ayant rien à voir avec le procès étaient dévoilés. Il leur était également interdit de divulguer au public ou aux accusés tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l'investigation. Le jugement a été mis sous scellés jusqu'à la fin de l'investigation ou jusqu'à ce que le tribunal en décide autrement. Étant donné qu'aucune disposition du *Code criminel* ne permet d'interjeter devant une cour d'appel provinciale un appel contre une ordonnance fondée sur l'art. 83.28, la personne désignée a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major et Arbour : La *Loi antiterroriste* a pour objet

and prevent terrorism offences. Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. The challenge for democracies in the battle against terrorism is to balance an effective response with fundamental democratic values that respect the importance of human life, liberty and the rule of law. Subject to interpretive comments, s. 83.28 of the *Criminal Code* meets that challenge.

The meaning of s. 83.28 is ambiguous in two respects: (1) the role of counsel for the witness at the judicial investigative hearing, and (2) the threshold of relevance and admissibility applicable in that hearing where information, as opposed to evidence, is sought. A broad and purposive interpretation of s. 83.28, which accords with the presumption of constitutionality, resolves both of these ambiguities. Read narrowly, ss. 83.28(9) and 83.28(8) seem to restrict counsel to objections on specified grounds, but read purposively with s. 83.28(12), s. 83.28 suggests a more fulsome participation by counsel since the relevancy requirement in s. 83.28(12) also attaches to the questioning of the named person. The purposive approach is supported by the wide ambit given to the judiciary under ss. 83.28(5)(e) and 83.28(7) to set or vary the terms and conditions of an order. This broad power enables the judge to respond flexibly to the specific circumstances of each application and ensures that constitutional and common law rights and values are respected. As to the threshold for relevance and admissibility, when viewed purposively, the judicial investigative proceeding can be regarded as a criminal proceeding. The common law evidentiary principles clearly apply as does the *Canada Evidence Act*. More importantly, the judge is present to ensure that the procedure is carried out in accordance with constitutional protections.

Section 83.28 is presumed to have immediate effect and to apply retrospectively because it effects only procedural change and does not create or impinge upon substantive rights. It is *prima facie* procedural because it outlines the process by which hearings are to be carried out. The reference in s. 83.28(4) to “terrorism offence” does not transform the procedural nature of s. 83.28 into a substantive one. Furthermore, a judicial investigative hearing remains procedural even though it may

de prévenir et de punir les infractions de terrorisme. Quoiqu’il modifie nécessairement le contexte dans lequel doit s’appliquer le principe de la primauté du droit, le terrorisme ne commande pas la renonciation à ce principe. Le défi que les démocraties sont appelées à relever dans la lutte contre le terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs démocratiques fondamentales qui attachent de l’importance à la vie et à la liberté de l’être humain, ainsi qu’au respect de la primauté du droit. Sous réserve de commentaires portant sur son interprétation, l’art. 83.28 du *Code criminel* résiste à l’examen de sa constitutionnalité.

L’article 83.28 est ambigu à deux égards : (1) le rôle que l’avocat du témoin est appelé à jouer au cours de l’investigation judiciaire, et (2) le critère préliminaire de pertinence et d’admissibilité applicable à l’investigation lorsque l’on recherche des renseignements et non pas des éléments de preuve. L’interprétation large et téléologique de l’art. 83.28 — qui est conforme à la présomption de constitutionnalité — permet d’éliminer ces deux ambiguïtés. Si on leur donne une interprétation stricte, les par. 83.28(9) et 83.28(8) ne semblent autoriser l’avocat qu’à formuler des objections pour des motifs précis, mais si on l’interprète de manière téléologique de concert avec le par. 83.28(12), l’art. 83.28 laisse entrevoir une participation plus complète de l’avocat, étant donné que l’exigence d’utilité contenue au par. 83.28(12) s’applique également à l’interrogatoire de la personne désignée. L’interprétation téléologique est étayée par la grande latitude dont le juge dispose — en vertu de l’al. 83.28(5)e) et du par. 83.28(7) — pour établir ou modifier les modalités d’une ordonnance. Grâce à ce pouvoir général, le juge dispose, dans chaque cas, de la latitude nécessaire pour tenir compte du contexte particulier dans lequel s’applique la disposition et pour assurer le respect des droits et des valeurs reconnus par la Constitution et la common law. En ce qui concerne le critère préliminaire de pertinence et d’admissibilité, selon une interprétation téléologique, l’investigation judiciaire peut être considérée comme une instance criminelle. Les principes de common law en matière de preuve s’appliquent manifestement, de même que la *Loi sur la preuve au Canada*. Qui plus est, la présence du juge vise à assurer un déroulement conforme aux garanties constitutionnelles.

L’article 83.28 est présumé prendre effet immédiatement et s’appliquer rétrospectivement parce qu’il traduit seulement une évolution procédurale et ne crée pas des droits substantiels ou n’empiète pas sur ces droits. Il est de nature procédurale à première vue, car il expose la façon de procéder à une investigation judiciaire. La mention d’une « infraction de terrorisme », au par. 83.28(4), ne fait pas passer de procédurale à substantielle la nature de l’art. 83.28. De plus, bien qu’elle puisse permettre

generate information pertaining to an offence. Lastly, the presumption of immediate effect of s. 83.28 has not been rebutted. No contrary intent of Parliament has been evinced, and providing under s. 83.28(4)(a) and (b) that judicial hearings may apply before and after the commission of a terrorism offence indicates parliamentary intent that it may apply retrospectively.

Section 83.28 of the *Code* does not violate s. 7 of the *Charter*. Although statutory compulsion to testify and the consequences for a named person of failing to comply with s. 83.28 both clearly engage liberty interests under s. 7, s. 83.28 does not infringe the right against self-incrimination. The right against self-incrimination is a principle of fundamental justice from which three procedural safeguards have emerged in relation to criminal law: use immunity, derivative use immunity and constitutional exemption. Section 83.28(10) provides both use and absolute derivative use immunity and a constitutional exemption is provided by the principle that testimonial compulsion is precluded where its predominant purpose is to determine penal liability. Section 83.28(10), however, provides these safeguards only in criminal proceedings whereas the international scope of terrorism and terrorism investigation raises concerns about the use of information gathered under s. 83.28(10) in extradition or deportation hearings and by foreign authorities. In order to meet the s. 7 requirements, the procedural safeguards found in s. 83.28 must necessarily be extended to those proceedings. The hearing judge must thus make and, if necessary, vary the terms of an order to properly provide use and derivative immunity in extradition or deportation proceedings.

Judges acting under s. 83.28 do not lack institutional independence or impartiality, nor are they co-opted into performing an executive function. Section 83.28 requires the judge to act judicially, in accordance with constitutional norms and the historic role of the judiciary in criminal proceedings. A broad and purposive interpretation of s. 83.28 is consistent with the judiciary's role, which in this context is to protect the integrity of the investigation and the interests of the named person. Judges bring the full weight of their authority to the hearing to provide all the constitutional guarantees of the *Charter*, and a failure to do so will constitute on the part of a hearing judge

d'obtenir des renseignements relatifs à une infraction, l'investigation judiciaire reste de nature procédurale. Enfin, la présomption de prise d'effet immédiate de l'art. 83.28 n'a pas été réfutée. Le législateur n'a exprimé aucune intention contraire, et le fait que les al. 83.28(4)a) et b) prévoient la possibilité de procéder à une investigation judiciaire avant et après la commission d'une infraction de terrorisme indique que le législateur a voulu que cette disposition puisse s'appliquer rétroactivement.

L'article 83.28 du *Code* ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que la contrainte légale à témoigner et les conséquences du défaut d'une personne désignée de se conformer à l'art. 83.28 fassent intervenir clairement, dans les deux cas, le droit à la liberté garanti par l'art. 7, l'art. 83.28 ne porte pas atteinte au droit de ne pas s'incriminer. Le droit de ne pas s'incriminer est un principe de justice fondamentale à l'origine de trois garanties procédurales en matière de droit criminel : l'immunité contre l'utilisation de la preuve, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et l'exemption constitutionnelle. Le paragraphe 83.28(10) accorde l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée, et l'exemption constitutionnelle découle du principe selon lequel la contrainte à témoigner est interdite lorsqu'elle a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale. Cependant, le par. 83.28(10) prévoit que ces garanties ne s'appliquent que dans le cadre de poursuites criminelles, alors que la portée internationale du terrorisme et des enquêtes sur le terrorisme suscite des craintes que des renseignements obtenus en vertu du par. 83.28(10) soient utilisés dans des audiences en matière d'extradition ou d'expulsion, ou encore par des autorités étrangères. Pour satisfaire aux exigences de l'art. 7, il faut nécessairement appliquer à ces procédures les garanties procédurales de l'art. 83.28. Le juge qui préside l'investigation doit établir et modifier, si nécessaire, les modalités de l'ordonnance de manière à accorder, comme il se doit, l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dans les procédures d'extradition ou d'expulsion.

Les juges qui agissent en vertu de l'art. 83.28 ne sont pas dépourvus d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle, et ne se voient pas permettre d'exercer une fonction exécutive. L'article 83.28 exige que le juge agisse de façon judiciaire, conformément aux normes constitutionnelles et au rôle traditionnel que le pouvoir judiciaire joue en matière criminelle. L'interprétation large et téléologique de l'art. 83.28 est compatible avec le rôle du pouvoir judiciaire qui, dans le présent contexte, consiste à préserver l'intégrité de l'investigation et les droits de la personne désignée. Les juges mettent à contribution, à ces investigations, toute l'autorité qu'ils possèdent

a reviewable error. A reasonable and informed person, viewing the relevant statutory provisions in their full historical context, would conclude that the court or tribunal is independent. The conclusion in the *Vancouver Sun* appeal that hearings are presumptively to be in open court also supports a conclusion that the judiciary is independent and impartial.

Nor is the independence of Crown counsel compromised by the investigative hearing process. The core content of Crown independence is the maintenance of objectivity throughout the process, but since the application of Crown objectivity is highly contextual, it fails to meet the criteria for recognition as a principle of fundamental justice under s. 7. By bringing Crown counsel into the judicial investigative hearing process, the legislature intended that the Crown would conduct itself according to its proper role as an officer of the court and its duty of impartiality in the public interest.

The purpose of the hearing in this case was to investigate a terrorism offence and not to obtain pre-trial discovery. No reviewable error arises from the hearing judge's conclusion that the Crown met its onus to demonstrate in good faith that the hearing's purpose was investigative. However, because the judicial investigative hearing was sought in the midst of an ongoing trial and in total secrecy, some pre-trial advantage might have been given to the Crown. The ruling in the *Vancouver Sun* appeal that there is a presumption favouring open hearings and the participation of counsel would have overcome these concerns.

Section 11(d) of the *Charter* does not apply because the Named Person is not an accused. In light of the conclusion on openness in the *Vancouver Sun* appeal and the previous comments on the scope and operation of s. 83.28, there is no need to decide whether the participation of counsel for the accused was an appropriate condition under s. 83.28(5)(e).

Per Bastarache and Deschamps JJ.: Subject to the following comments, the reasons of Iacobucci and Arbour JJ. are agreed with. First, where a judicial investigative hearing is closed, the independence or impartiality of

pour offrir toutes les garanties constitutionnelles de la *Charte*, et ceux qui omettent de le faire commettent une erreur donnant lieu à révision. Une personne raisonnable et renseignée qui examinerait les dispositions législatives pertinentes dans leur contexte historique complet conclurait que le tribunal judiciaire ou administratif est indépendant. La conclusion, dans le pourvoi *Vancouver Sun*, qu'il existe une présomption de publicité à l'égard des investigations étaye également la conclusion que le pouvoir judiciaire est indépendant et impartial.

Le processus d'investigation judiciaire ne compromet pas non plus l'indépendance de l'avocat du ministère public. Le maintien de l'objectivité du début à la fin des procédures est au cœur de l'indépendance du ministère public, mais étant donné que son application dépend fortement du contexte, le principe de l'objectivité du ministère public ne remplit pas les conditions requises pour pouvoir être considéré comme un principe de justice fondamentale prévu à l'art. 7. En faisant participer les avocats du ministère public au processus d'investigation judiciaire, le législateur a voulu que le ministère public se conforme au rôle qu'il doit jouer en tant qu'officier de justice et à son obligation d'agir impartialement dans l'intérêt public.

En l'espèce, l'investigation avait pour objet d'enquêter sur une infraction de terrorisme et non de procéder à un interrogatoire préalable. En concluant que le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer de bonne foi que l'investigation visait la conduite d'une enquête, la juge président l'investigation n'a commis aucune erreur donnant lieu à révision. Cependant, du fait que l'investigation judiciaire a été sollicitée au milieu d'un procès et dans le plus grand secret, il se pourrait que le ministère public ait bénéficié de quelque avantage émanant d'une procédure préalable au procès. La décision, dans le pourvoi *Vancouver Sun*, qu'il existe une présomption qui favorise la publicité des investigations et la participation des avocats aurait permis d'apaiser ces craintes.

L'alinéa 11d) de la *Charte* ne s'applique pas étant donné que la personne désignée n'est pas inculpée. Compte tenu de la conclusion tirée dans le pourvoi *Vancouver Sun* relativement à la publicité des procédures et des commentaires faits antérieurement au sujet de la portée et de l'application de l'art. 83.28, il n'est pas nécessaire de déterminer si la participation des avocats des accusés était une modalité indiquée au sens de l'al. 83.28(5)e).

Les juges Bastarache et Deschamps : Les motifs des juges Iacobucci et Arbour sont acceptés sous réserve des commentaires suivants. Premièrement, lorsqu'une investigation judiciaire est terminée, l'indépendance ou

the judiciary will not be compromised, as several other factors promote independence and impartiality. The subsequent release of the information disclosed during these proceedings promotes the accountability of the judiciary. Second, the hearing judge made neither a palpable nor an overriding error in her assessment of the facts and her approach was correct in principle. The participation of counsel for the accused was sufficient to overcome any concern regarding the practical effect of the hearing on the Air India trial. Lastly, there is no evidence that the hearing judge erred in concluding that counsel for the accused could participate in the hearing.

Per Binnie J.: Section 83.28 of the *Criminal Code*, when correctly interpreted and properly applied, is constitutionally valid.

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The Crown's resort to s. 83.28 of the *Criminal Code* in this case was at least in part for an inappropriate purpose, namely, to bootstrap the prosecution's case in the Air India trial by subjecting an uncooperative witness, the Named Person, to a mid-trial examination for discovery before a judge other than the Air India trial judge. The Named Person had been equally uncooperative with the defence, and in the circumstances resort to the s. 83.28 procedure was unfair to the accused M and B and an abuse of process.

The terrorism offence being investigated under s. 83.28 is also the subject matter of the criminal charges against M and B. The Named Person was scheduled to testify for the prosecution, but because the Crown proceeded by direct indictment, neither the prosecution nor the defence had a preliminary look at this witness. Section 83.28 was not designed to serve as a sort of half-way house between a preliminary hearing and a direct indictment. Clearly one purpose of the s. 83.28 hearing was to provide the Crown with a transcript of the Named Person's compelled testimony under oath that would otherwise be unobtainable. This restored to the Crown some of the advantage it had lost in opting for the direct indictment, while not giving the defence a comparable opportunity to examine potential witnesses of its choosing. The Crown sought to keep the defence (and the Air India trial judge) in a state of ignorance of even the existence of the s. 83.28 proceedings.

The conditions imposed on the initial order and the lack of notice to the judge in the Air India trial of what

l'impartialité du pouvoir judiciaire n'est pas compromise étant donné que plusieurs autres facteurs en favorisent le maintien. La diffusion subséquente des renseignements divulgués pendant ces procédures favorise la responsabilité des juges. Deuxièmement, la juge président l'investigation n'a commis aucune erreur manifeste ou dominante dans son appréciation des faits, et l'approche qu'elle a adoptée était correcte en principe. La participation des avocats des accusés était suffisante pour apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India. Enfin, rien ne prouve que la juge président l'investigation a commis une erreur en concluant que les avocats des accusés pouvaient participer à l'investigation.

Le juge Binnie : L'article 83.28 du *Code criminel*, interprété et appliqué correctement, est conforme à la Constitution.

Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Le recours du ministère public à l'art. 83.28 du *Code criminel* visait, en partie du moins, un objectif inapproprié, à savoir étoffer la preuve à charge dans le procès Air India en faisant subir, au milieu du procès, au témoin peu coopératif qu'était la personne désignée, un interrogatoire devant un autre juge que le juge du procès Air India. La personne désignée s'était également montrée peu coopérative avec la défense et, dans les circonstances, le recours à la procédure prévue par l'art. 83.28 était inéquitable pour les accusés M et B et constituait un abus de procédure.

L'infraction de terrorisme faisant l'objet de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 est également visée par les accusations criminelles portées contre M et B. La personne désignée devait témoigner pour la poursuite, mais étant donné que le ministère public a choisi de procéder par mise en accusation directe, ni la poursuite ni la défense n'ont pu jeter un coup d'œil préliminaire sur ce témoin. L'article 83.28 n'est pas conçu pour servir de moyen terme entre l'enquête préliminaire et la mise en accusation directe. Il est évident que l'un des objets de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 était de fournir au ministère public une transcription du témoignage que la personne désignée serait contrainte de livrer sous serment et qui serait impossible à obtenir autrement. Cela a permis au ministère public de récupérer certains des avantages perdus en optant pour la mise en accusation directe, sans que la défense n'ait une possibilité comparable d'interroger les témoins qu'elle pourrait vouloir assigner. Le ministère public cherchait à cacher à la défense (et au juge du procès Air India) l'existence même des procédures fondées sur l'art. 83.28.

Les modalités de l'ordonnance initiale et l'omission d'aviser le juge du procès Air India de ce qu'on

was afoot gave the Crown a significant advantage. The connection between the Air India trial and the s. 83.28 hearing was plain and obvious and it was the responsibility of all concerned to ensure that the fair trial rights of M and B were not prejudiced. The defects in the initial s. 83.28 order were not cured by the amendments made by the hearing judge. The issue is not just whether the hearing judge ameliorated the original terms (which she did) but whether the hearing should have proceeded at all in the time frame sought by the Crown.

If the Crown's dominant concern had been the "ongoing investigation", as was held by the hearing judge, the prosecution could have called the Named Person to testify at any time after the Air India trial started over a year ago. That would have enabled the s. 83.28 hearing to proceed free of constraints imposed by the ongoing Air India trial.

In any event, an "improper purpose" test is too narrow. The effects of a resort to s. 83.28 are also important. The prejudicial effect on the defence in this case could be eliminated by a delay of the s. 83.28 hearing until after the Named Person had testified at the Air India trial or the Crown had indicated that the Named Person would not be called as a prosecution witness. To proceed sooner would be an abuse of the s. 83.28 process.

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting): Section 83.28 of the *Criminal Code* compromises the institutional dimension of judicial independence and should be declared unconstitutional. Judicial independence has two dimensions, namely individual independence, which attaches to the individual judge, and institutional independence, which attaches to courts as institutions and ensures the separation of powers. Although a judge may be independent in fact and act with the utmost impartiality, judicial independence will not exist if the court of which he or she is a member is not independent of the other branches of government on an institutional level. In this case, s. 83.28 requires judges to preside over police investigations; as such investigations are the responsibility of the executive branch, this cannot but leave a reasonable, well-informed person with the impression that judges have become allies of the executive branch. First, s. 83.28 does not give the hearing judge the necessary tools to effectively play his or her role as protector of the fundamental rights of the person being examined. Second, if it were possible to conclude that the judge could effectively rule on

s'apprêtait à faire ont conféré un avantage important au ministère public. Il y avait un lien clair et net entre le procès Air India et l'investigation fondée sur l'art. 83.28, et il incombait à tous les intéressés de s'assurer que le droit à un procès équitable des accusés M et B ne soit pas bafoué. Les modifications apportées par la juge président l'investigation n'ont pas remédié aux lacunes de l'ordonnance initiale fondée sur l'art. 83.28. Il ne s'agit pas simplement de savoir si la juge président l'investigation a amélioré les modalités originales (ce qu'elle a fait), mais encore faut-il décider s'il y avait lieu que l'investigation se déroule selon l'échéancier sollicité par le ministère public.

Si le principal souci du ministère public avait été de faire progresser l'« enquête en cours », comme l'a conclu la juge ayant présidé l'investigation, la poursuite aurait pu assigner la personne désignée à témoigner en tout temps après l'ouverture du procès Air India, il y a plus d'un an. L'investigation fondée sur l'art. 83.28 aurait ainsi été dépourvue de toute contrainte émanant du procès Air India en cours.

Quoi qu'il en soit, le critère de l'« objet illégitime » est trop strict. L'incidence du recours à l'art. 83.28 est également importante. En l'espèce, le report de l'investigation prévue par l'art. 83.28 jusqu'à ce que la personne désignée ait témoigné au procès Air India, ou que le ministère public ait indiqué qu'il ne l'assignerait pas comme témoin à charge, aurait permis d'éliminer l'incidence préjudiciable sur la défense. Procéder plus tôt à l'investigation constituerait un abus de la procédure prévue par l'art. 83.28.

Les juges LeBel et Fish (dissidents) : L'article 83.28 du *Code criminel* porte atteinte à l'indépendance judiciaire dans sa dimension institutionnelle et devrait être déclaré inconstitutionnel. L'indépendance judiciaire comporte deux dimensions, l'une individuelle qui s'attache au juge, et l'autre institutionnelle qui s'attache aux tribunaux en tant qu'institutions et qui assure la séparation des pouvoirs étatiques. Bien qu'un juge puisse être indépendant de fait et se conduire avec la plus rigoureuse impartialité, l'indépendance judiciaire n'existera que si le tribunal auquel il appartient est indépendant des autres organes du gouvernement sur le plan institutionnel. En l'espèce, l'art. 83.28, en vertu duquel les juges sont de fait amenés à présider des enquêtes policières qui relèvent de l'exercice du pouvoir exécutif, ne peut qu'entraîner chez la personne raisonnable et bien informée une perception que les juges sont devenus alliés du pouvoir exécutif. Premièrement, l'art. 83.28 ne donne pas au juge qui préside l'enquête les outils dont il a besoin pour exercer efficacement son rôle de protecteur des droits fondamentaux de la personne interrogée.

certain objections during the investigation, the fluidity and vagueness of the investigation procedure would still give too much discretion to the judge. A judge's individual perception of his or her role will necessarily affect the nature and conduct of the examination. Some judges will be more inclined than others to protect the fundamental rights of the person being examined. Third, in enacting s. 83.28, Parliament gave increased powers to the executive branch to enable it to investigate acts of terrorism effectively. A reasonable person might for this reason conclude that Parliament intended to use the judiciary to make the prevention and suppression of such acts more effective. The judge's duties under s. 83.28 are unlike any of the duties traditionally discharged by the judiciary. The judge takes part in and facilitates the police investigation without having real power to act as a neutral arbiter. Finally, the public's perception that the judicial and the executive branches do not act separately in an investigation under s. 83.28 will be heightened when the investigation is held *in camera*.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Referred to: *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817; *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256; *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311; *Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221; *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. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*

Deuxièmement, même s'il était possible de conclure que le juge pourrait réussir à trancher certaines objections lors de l'interrogatoire, la fluidité et l'imprécision de la procédure d'enquête laissent une trop grande discrétion au juge. La perception individuelle que le juge se fera de son rôle affectera nécessairement la nature et le déroulement de l'interrogatoire. Certains juges seront plus enclins que d'autres à protéger les droits fondamentaux de la personne interrogée. Troisièmement, en édictant l'art. 83.28, le législateur vise à donner plus de pouvoirs à l'exécutif afin qu'il puisse enquêter efficacement sur les actes de terrorisme. La personne raisonnable pourrait donc conclure que le législateur prévoit utiliser le pouvoir judiciaire pour prévenir et réprimer plus efficacement de tels actes. La fonction du juge, en vertu de l'art. 83.28, ne s'apparente à aucun autre rôle habituel du pouvoir judiciaire. Il participe à l'enquête policière, qu'il facilite, sans détenir un pouvoir réel d'agir à titre d'arbitre neutre. Enfin, la perception du public selon laquelle les pouvoirs judiciaire et exécutif n'agissent pas de manière séparée lors d'une investigation tenue en vertu de l'art. 83.28 s'accroîtra davantage lorsque les investigations seront tenues à huis clos.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Arrêts mentionnés : *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949); H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel c. Israel*, 53(4) P.D. 817; *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Angus c. Sun Alliance Compagnie d'assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256; *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94; *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221; *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. Malmo-Levine*, [2003]

v. *Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9, 2001 SCC 66; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Cited by Binnie J. (dissenting)

Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949); *Reference Re: Persons of Japanese Race*, [1946] S.C.R. 248, aff'd [1947] 1 D.L.R. 577; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391.

Cited by LeBel J. (dissenting)

Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance), [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, Preamble, s. 4.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, Part I, ss. 2, 4(3), 8-12, 9, 10, 11, 19-36, 42.

3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, 2001 CSC 66; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Terminiello c. Chicago, 337 U.S. 1 (1949); *Reference Re: Persons of Japanese Race*, [1946] R.C.S. 248, conf. par [1947] 1 D.L.R. 577; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances), [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8-14, 11d), 33.

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8-14, 11(d), 33.
- Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 11.
- Constitution Act, 1867*, Preamble, ss. 96-100.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “terrorism offence” [ad. 2001, c. 41, s. 2(2)], 83.28 [*idem*, s. 4], 83.29 [*idem*], 184.2, 487, 487.05, 487.052.
- Emergencies Act*, R.S.C. 1985, c. 22 (4th Supp.).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 34.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 231.4.
- Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.), s. 22.2.
- Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

- Barak, Aharon. “Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16.
- British Columbia. Criminal Justice Branch. Media Statement. “Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion”, 10 February 2003, <www.ag.gov.bc.ca/airindia/cjb_ms_03-02.htm>.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 15, 2001, p. 6048.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, p. 6166.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 28, 2001, p. 7620.
- Canada. Senate. *Proceedings of the Special Senate Committee on Subject Matter of Bill C-36*. Issue No. 4, 1st Sess., 37th Parl., October 29, 2001, p. 4:4.
- Cohen, Stanley A. “Safeguards in and Justifications for Canada’s New *Anti-terrorism Act*” (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99.
- Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 3), p. 1-11.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Friedland, Martin L. “Police Powers in Bill C-36”, in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.

Doctrine citée

- Barak, Aharon. « Foreword : A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy » (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 15 octobre 2001, p. 6048.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 16 octobre 2001, p. 6166.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 28 novembre 2001, p. 7620.
- Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36*, fascicule n^o 4, 1^{re} sess., 37^e lég., 29 octobre 2001, p. 4:4.
- Cohen, Stanley A. « Safeguards in and Justifications for Canada’s New *Anti-terrorism Act* » (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99.
- Colombie-Britannique. Criminal Justice Branch. Media Statement. « Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion », 10 February 2003, <www.ag.gov.bc.ca/airindia/cjb_ms_03-02.htm>.
- Cudmore, Gordon D. *Choate on Discovery*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2001, release 3), p. 1-11.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Friedland, Martin L. « Police Powers in Bill C-36 », in Ronald J. Daniels, Patrick Macklem and Kent Roach, eds., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill*. Toronto : University of Toronto Press, 2001.

Jenkins, David. “In Support of Canada’s Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law” (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

Lederman, W. R. “The Independence of the Judiciary”, in Allen M. Linden, ed., *The Canadian Judiciary*. Toronto: Osgoode Hall Law School, 1976, 1.

Millard, Jeremy. “Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act*” (2002), 60(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 79.

Paciocco, David M. “Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act*” (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Supreme Court, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, upholding the constitutional validity of s. 83.28 of the *Criminal Code* and the validity of an order for a judicial investigative hearing but varying its terms. Appeal dismissed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., Howard Rubin and Kenneth Westlake, for the appellant the “Named Person”.

Bernard Laprade and George Dolhai, for the respondent the Attorney General of Canada.

Alexander Budlovsky and Mary T. Ainslie, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

William B. Smart, Q.C., and Brock Martland, for the respondent Ripudaman Singh Malik.

Michael A. Code and Jonathan Dawe, for the respondent Ajaib Singh Bagri.

Michael Bernstein and Sandy Tse, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

John B. Laskin and Frank Cesario, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Marie Henein and Jennifer Gleitman, for the intervenor the Federation of Law Societies of Canada.

Jenkins, David. « In Support of Canada’s Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law » (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

Lederman, W. R. « The Independence of the Judiciary », in Allen M. Linden, ed., *The Canadian Judiciary*. Toronto : Osgoode Hall Law School, 1976, 1.

Millard, Jeremy. « Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 60(1) *R.D.U.T.* 79.

Paciocco, David M. « Constitutional Casualties of September 11 : Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, confirmant la constitutionnalité de l’art. 83.28 du *Code criminel* et la validité d’une ordonnance enjoignant la tenue d’une investigation judiciaire, mais en modifiant les modalités. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Brian A. Crane, c.r., Howard Rubin et Kenneth Westlake, pour l’appelante la « personne désignée ».

Bernard Laprade et George Dolhai, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Alexander Budlovsky et Mary T. Ainslie, pour l’intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

William B. Smart, c.r., et Brock Martland, pour l’intimé Ripudaman Singh Malik.

Michael A. Code et Jonathan Dawe, pour l’intimé Ajaib Singh Bagri.

Michael Bernstein et Sandy Tse, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

John B. Laskin et Frank Cesario, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Marie Henein et Jennifer Gleitman, pour l’intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Gregory P. Delbigio, for the intervener the Canadian Bar Association.

Robert S. Anderson and *Ludmila B. Herbst*, for the interveners The Vancouver Sun, The National Post and Global Television Network Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

This appeal is a companion to *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43 (the “media appeal”), released concurrently.

This appeal raises for the first time in this Court fundamental questions about the constitutional validity of provisions of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 (the “Act”), which were adopted as amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “Code”). The Act is a legislative component of Canada’s response to the enormous tragedy of the September 11, 2001 terrorist attacks in the United States. Many other countries, including the United States and the United Kingdom, similarly responded with legislation: D. Jenkins, “In Support of Canada’s Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law” (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

The specific issues relate to the constitutional validity of s. 83.28 of the *Code*, the “judicial investigative hearing” provision, under which the appellant was ordered to attend and be compelled to answer questions. We use “appellant” here to refer to the “Named Person”, who is the subject of the s. 83.28 order and brought the appeal to this Court.

Subject to the interpretive comments we make about the section and its operation, we find the impugned provision to pass constitutional muster. However, at the outset, we believe it important to set

Gregory P. Delbigio, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

Robert S. Anderson et *Ludmila B. Herbst*, pour les intervenants The Vancouver Sun, The National Post et Global Television Network Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi et le pourvoi *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43 (le « pourvoi relatif aux médias »), sont connexes et leurs motifs sont déposés simultanément.

La Cour est saisie, pour la première fois, de questions fondamentales relatives à la constitutionnalité des dispositions de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41 (la « Loi »), adoptées sous forme de modifications du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « Code »). La Loi est l’aspect législatif de la réaction du Canada à l’effroyable tragédie des attaques terroristes survenues aux États-Unis, le 11 septembre 2001. De nombreux autres pays, dont les États-Unis et le Royaume-Uni, ont également réagi par voie législative : D. Jenkins, « In Support of Canada’s Anti-Terrorism Act : A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law » (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419.

Les questions soulevées concernent la constitutionnalité de l’art. 83.28 du *Code*, la disposition régissant l’« investigation judiciaire » à laquelle l’appelant a reçu l’ordre de se présenter afin de répondre à des questions. Dans les présents motifs, nous utilisons le terme « appelant » pour renvoyer à la « personne visée » (ou « personne désignée ») par l’ordonnance rendue en vertu de l’art. 83.28, qui a formé le pourvoi devant la Cour.

Sous réserve de commentaires portant sur son interprétation et son application, nous concluons que la disposition contestée résiste à l’examen de sa constitutionnalité. Toutefois, nous croyons qu’il

1

2

3

4

forth some background considerations in this appeal and the media appeal.

5 The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Indeed, a democracy cannot exist without the rule of law. So, while Cicero long ago wrote “*inter arma silent leges*” (the laws are silent in battle) (*Pro Milone* 14), we, like others, must strongly disagree: see A. Barak, “Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy” (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16, at pp. 150-51.

6 Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact, to paraphrase Jackson J.: *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), at p. 37 (in dissent).

7 Consequently, the challenge for a democratic state’s answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law. In a democracy, not every response is available to meet the challenge of terrorism. At first blush, this may appear to be a disadvantage, but in reality, it is not. A response to terrorism within the rule of law preserves and enhances the cherished liberties that are essential to democracy. As eloquently put by President Aharon Barak of the Israeli Supreme Court:

This is the fate of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all methods employed by its enemies are open to it. Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of

est important, au départ, d’énoncer certains facteurs contextuels du présent pourvoi et de celui relatif aux médias.

Le défi que les démocraties sont appelées à relever dans la lutte contre le terrorisme n’est pas de savoir si elles doivent réagir, mais plutôt comment elles doivent le faire. Cela s’explique par l’importance que les Canadiens et les Canadiennes attachent à la vie et à la liberté de l’être humain, ainsi qu’à la protection de la société grâce au respect de la primauté du droit. En effet, l’existence même d’une démocratie repose sur la primauté du droit. Par ailleurs, bien que Cicéron ait jadis écrit, dans *Pro Milone* 14, que « *inter arma silent leges* » (les lois se taisent quand les armes parlent), nous devons, comme bien d’autres, être en profond désaccord : voir A. Barak, « Foreword : A Judge on Judging : The Role of a Supreme Court in a Democracy » (2002), 116 *Harv. L. Rev.* 16, p. 150-151.

Quoiqu’il modifie nécessairement le contexte dans lequel doit s’appliquer le principe de la primauté du droit, le terrorisme ne commande pas la renonciation à ce principe. Mais en même temps, s’il est vrai que la réaction au terrorisme doit respecter la primauté du droit, il reste que la Constitution n’est pas un pacte de suicide, pour paraphraser le juge Jackson, dissident, dans l’arrêt *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 37.

Par conséquent, le défi qu’un État démocratique doit relever en réagissant au terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs fondamentales de la primauté du droit. Dans une démocratie, tout n’est pas permis pour contrer le terrorisme. Ce qui peut sembler être un désavantage, au premier abord, n’en est pas un en réalité. La réaction au terrorisme, qui respecte la primauté du droit, protège et renforce les libertés précieuses qui sont essentielles à une démocratie. Comme l’a affirmé avec éloquence le président Aharon Barak de la Cour suprême d’Israël :

[TRADUCTION] Tel est le destin d’une démocratie : dans un régime démocratique, la fin ne justifie pas tous les moyens et il n’est pas possible non plus de recourir à toutes les méthodes utilisées par l’ennemi. Il arrive parfois qu’une démocratie doive se battre en ayant une main

individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, at p. 845, cited in Barak, *supra*, at p. 148.)

Although the constitutionality of a legislative approach to terrorism will ultimately be determined by the judiciary in its role as the arbiter of constitutional disputes for the country, we must not forget that the legislative and executive branches also desire, as democratic agents of the highest rank, to seek solutions and approaches that conform to fundamental rights and freedoms.

II. The Background

We recognize that there is an overlap between the facts and procedural history of this appeal and that of the media appeal. It is nonetheless helpful to fully canvass the facts in each appeal to aid in the understanding of the context in which the issues are raised.

A. *The Facts and Procedural History*

The invocation of the legislative provision at the focus of this appeal, s. 83.28 of the *Code*, relates to two alleged acts of terrorism, both of which occurred on June 23, 1985. An explosion killed two baggage handlers, and injured four others, at the Narita Airport in Japan, as baggage was being transferred onto Air India Flight 301. A second explosion occurred just under one hour later, causing Air India Flight 182 to crash off the west coast of Ireland. All 329 passengers and crew perished in the explosion.

On February 4, 1988, the first accused, Inderjit Singh Reyat, was arrested in England. He was extradited to Canada on December 13, 1989, where he

attachée derrière le dos. Elle est néanmoins en position de force. Le maintien de la primauté du droit et la reconnaissance des libertés individuelles représentent un aspect important de sa conception de la sécurité. En définitive, ils accroissent son enthousiasme et son dynamisme et lui permettent de venir à bout de ses difficultés.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, p. 845, cité dans Barak, *loc. cit.*, p. 148.)

Même si, en définitive, ce sont les tribunaux, en tant qu'arbitres des différends constitutionnels au Canada, qui se prononceront sur la constitutionnalité d'une approche législative destinée à contrer le terrorisme, il ne faut pas oublier qu'en leur qualité d'agents démocratiques du plus haut rang les pouvoirs législatif et exécutif souhaitent, eux aussi, trouver des solutions et des approches conformes aux droits et libertés fondamentaux.

II. Le contexte

Nous reconnaissons que les faits et l'historique des procédures judiciaires du présent pourvoi recoupent ceux du pourvoi relatif aux médias. Il est néanmoins utile de procéder à un examen complet des faits de chacun de ces pourvois pour bien comprendre le contexte dans lequel les questions en litige sont soulevées.

A. *Les faits et l'historique des procédures judiciaires*

La disposition législative qui est au cœur du présent pourvoi, à savoir l'art. 83.28 du *Code*, est invoquée relativement à deux actes de terrorisme qui auraient été commis le 23 juin 1985. Une explosion survenue à l'aéroport Narita au Japon, pendant un transfert de bagages sur le vol 301 d'Air India, a causé la mort de deux bagagistes en plus de blesser quatre autres personnes. Un peu moins d'une heure plus tard, une deuxième explosion a provoqué l'écrasement du vol 182 d'Air India au large de la côte ouest de l'Irlande. Les 329 passagers et membres d'équipage qui se trouvaient à bord ont tous péri dans l'explosion.

Le 4 février 1988, le premier accusé, Inderjit Singh Reyat, était arrêté en Angleterre. Le 13 décembre 1989, il a été extradé vers le Canada afin

8

9

10

11

faced numerous charges relating to the explosion at Narita Airport. On May 10, 1991, he was convicted on seven counts, concerning manslaughter and the acquisition, possession, and use of explosive substances: *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (S.C.).

de répondre à de nombreuses accusations se rapportant à l'explosion survenue à l'aéroport Narita. Le 10 mai 1991, il a été déclaré coupable relativement à sept chefs d'accusation d'homicide involontaire coupable et d'acquisition, de possession et d'usage de substances explosives : *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (C.S.).

12 Ripudaman Singh Malik and Ajaib Singh Bagri were jointly charged with several offences in relation to both explosions and the intended explosion of Air India Flight 301 on October 27, 2000. On March 8, 2001, a direct indictment was filed against the accused, Mr. Malik and Mr. Bagri. Mr. Reyat was tried in relation to the bombing of Air India Flight 182, and a new indictment was filed on June 5, 2001, adding Mr. Reyat as a third accused.

Le 27 octobre 2000, Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri ont été accusés conjointement de plusieurs infractions liées aux deux explosions et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Le 8 mars 2001, les accusés, MM. Malik et Bagri, ont fait l'objet d'une mise en accusation directe. Monsieur Reyat a subi son procès relativement à l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India et, le 5 juin 2001, un nouvel acte d'accusation ajoutant M. Reyat comme troisième accusé a été déposé.

13 On February 10, 2003, Mr. Reyat pleaded guilty to a new indictment charging him with aiding or abetting the construction of the explosive that was placed on Air India Flight 182 and the manslaughter of the 329 passengers and crew. He was sentenced to five years imprisonment in addition to time already spent in custody.

Le 10 février 2003, M. Reyat a plaidé coupable à la suite du dépôt d'un nouvel acte d'accusation l'inculpant d'avoir aidé ou encouragé à fabriquer la bombe placée à bord du vol 182 d'Air India, ainsi que d'avoir commis un homicide involontaire coupable relativement aux 329 passagers et membres d'équipage. Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, en plus du temps qu'il avait passé en détention avant d'être condamné.

14 On February 24, 2003, Mr. Malik and Mr. Bagri re-elected to have their case tried by judge alone. The trial of Mr. Malik and Mr. Bagri (the "Air India Trial") began on April 28, 2003 and continues to date.

Le 24 février 2003, MM. Malik et Bagri ont choisi de subir leur procès devant un juge seul. Le procès de MM. Malik et Bagri (le « procès Air India ») a commencé le 28 avril 2003 et se poursuit toujours.

15 Shortly thereafter, on May 6, 2003, the Crown brought an *ex parte* application seeking an order that the appellant attend for examination pursuant to s. 83.28 of the *Code*. Dohm A.C.J. of the British Columbia Supreme Court granted the application and issued an order for the gathering of information on the basis of an affidavit by a member of the RCMP's Air India Task Force.

Peu après, le 6 mai 2003, le ministère public a présenté, en l'absence de toute autre partie, une demande d'ordonnance enjoignant à l'appelant de se présenter pour subir un interrogatoire conformément à l'art. 83.28 du *Code*. Le juge en chef adjoint Dohm de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la demande et a rendu une ordonnance autorisant la recherche de renseignements, sur la foi de l'affidavit d'un membre du groupe de travail de la GRC sur l'écrasement de l'avion d'Air India.

16 Dohm A.C.J. set a number of terms and conditions to govern the conduct of the judicial

Le juge en chef adjoint Dohm a assujéti l'investigation judiciaire à un certain nombre de

investigative hearing: (1) it was to be conducted *in camera*; (2) the appellant was entitled to counsel; (3) examination was to be undertaken by the Attorney General; (4) the appellant was required to answer questions and produce items ordered to be produced subject to privilege or other non-disclosure considerations; (5) the appellant was prohibited from disclosing any information or evidence obtained at the hearing; and (6) notice was not to be given to the accused in the Air India Trial, to the press, or to the public. Upon service of the order, the appellant was to be informed of the right to retain and instruct counsel and that a failure to attend or remain in attendance at the hearing may result in the issuance of an arrest warrant.

The order required the appellant to attend at an examination on May 20, 2003. At some point prior to that date, counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri fortuitously became aware of the order and advised Dohm A.C.J. that they wished to make submissions. The appellant retained counsel, and on June 16, 2003, Dohm A.C.J. was advised that the appellant wished to challenge the constitutional validity of s. 83.28 of the *Code*. Dohm A.C.J. directed that Holmes J. hear all submissions jointly in seven days time. The constitutional challenge to s. 83.28 and the application to set aside Dohm A.C.J.'s order commenced on June 23, 2003.

The application to set aside the order was dismissed, and Holmes J. issued reasons on July 21, 2003. The order was varied, however, to permit counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri to attend at the judicial investigative hearing and examine the appellant under the proviso that they leave the hearing if information unrelated to the trial was elicited. The amended order further prohibited the accused from attending the hearing. Counsel were prohibited from disclosing any information or evidence obtained at the hearing to the public

modalités : (1) l'investigation devait se dérouler à huis clos; (2) l'appelant avait droit à un avocat; (3) l'interrogatoire devait être effectué par le procureur général; (4) l'appelant était tenu de répondre aux questions et de remettre les articles exigés par l'ordonnance, sous réserve de considérations relatives au droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges; (5) il était interdit à l'appelant de divulguer tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l'investigation; (6) aucun préavis ne serait donné aux accusés du procès Air India, à la presse et au public. Au moment de la signification de l'ordonnance, l'appelant devait être informé de son droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions, et qu'un mandat d'arrestation pourrait être décerné contre lui s'il omettait de se présenter ou de demeurer présent à l'investigation.

L'ordonnance enjoignait à l'appelant de se présenter pour subir un interrogatoire le 20 mai 2003. Quelque temps avant cette date, les avocats de MM. Malik et Bagri ont appris par hasard l'existence de l'ordonnance et ont informé le juge en chef adjoint Dohm qu'ils souhaitaient présenter des observations. L'appelant a retenu les services d'un avocat et, le 16 juin 2003, le juge en chef adjoint Dohm a été avisé que l'appelant souhaitait contester la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code*. Le juge en chef adjoint Dohm a ordonné que, sept jours plus tard, la juge Holmes entende toutes les observations en même temps. L'audition de la contestation de la constitutionnalité de l'art. 83.28 et de la demande d'annulation de l'ordonnance du juge en chef adjoint Dohm a commencé le 23 juin 2003.

La demande d'annulation de l'ordonnance a été rejetée et la juge Holmes a déposé ses motifs de jugement le 21 juillet 2003. L'ordonnance a cependant été modifiée de manière à permettre aux avocats de MM. Malik et Bagri de se présenter à l'investigation judiciaire et d'interroger l'appelant, à la condition qu'ils quittent la salle d'audience si des renseignements n'ayant rien à voir avec le procès étaient dévoilés. L'ordonnance modifiée interdisait en outre aux accusés de se présenter à l'investigation. Il était interdit aux avocats de divulguer au

17

18

and to the accused. The reasons for judgment were sealed.

19 Upon application, Holmes J. stayed the judicial investigative hearing on July 22, 2003 until September 2, 2003, so that the appellant could seek leave to appeal to this Court. The appeal is brought under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, as there is no provision in the *Code* for an appeal of a s. 83.28 order to a provincial court of appeal. On that date, Holmes J. delivered, in open court, a synopsis of her reasons for judgment, dated July 21, 2003. She also stated that the examination of the appellant under s. 83.28 had not yet begun, and that the judicial investigative hearing had been adjourned pending leave to appeal to this Court.

20 On August 11, 2003, leave was granted for an appeal to this Court from the decision of Holmes J. The appeal was heard on December 10 and 11, 2003, and was held, in its entirety, in open court, subject to terms and conditions stated by the Chief Justice at the outset. During oral argument, counsel refrained from revealing the appellant's identity, and any material supporting the order for the judicial investigative hearing. Moreover, the appeal was not broadcast, contrary to the usual practice of the Court.

B. *The Decision of Holmes J.*

21 In the publicly released synopsis of her reasons for judgment dated July 21, 2003, Holmes J. explained that the *in camera* proceedings she presided over concerned the interpretation, application, and constitutionality of s. 83.28 of the *Code*, the provision which provides for judicial investigative hearings in relation to terrorism offences: [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172. She stated that an order under s. 83.28 had been issued on May 6, 2003, requiring the appellant to attend for examination by the agent of the Attorney General, on the basis that the ordering judge had reasonable grounds for believing that a terrorism offence had occurred,

public et aux accusés tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l'investigation. Les motifs du jugement ont été mis sous scellés.

Le 22 juillet 2003, la juge Holmes a accueilli une demande de suspension de l'investigation judiciaire jusqu'au 2 septembre 2003, afin de permettre à l'appellant de présenter à la Cour une demande d'autorisation de pourvoi. Le pourvoi est fondé sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, étant donné qu'aucune disposition du *Code* ne permet d'interjeter devant une cour d'appel provinciale un appel contre une ordonnance rendue en vertu de l'art. 83.28. Ce jour-là, au cours d'une audience publique, la juge Holmes a fait un résumé de ses motifs de jugement du 21 juillet 2003. Elle a aussi affirmé que l'appellant n'avait pas encore été interrogé en vertu de l'art. 83.28 et que l'investigation judiciaire avait été suspendue jusqu'à ce que la Cour ait statué sur sa demande d'autorisation de pourvoi.

Le 11 août 2003, la Cour a autorisé la tenue du pourvoi formé contre la décision de la juge Holmes. Les 10 et 11 décembre 2003, elle a entendu en audience publique la totalité du pourvoi, sous réserve des modalités fixées, au départ, par la Juge en chef. Au cours des plaidoiries, les avocats se sont abstenus de révéler l'identité de l'appellant et de dévoiler tout document produit à l'appui de l'ordonnance d'investigation judiciaire. De plus, le pourvoi n'a pas été télédiffusé, contrairement à la pratique habituelle de la Cour.

B. *La décision de la juge Holmes*

Dans le résumé — qu'elle a fait publiquement — de ses motifs de jugement du 21 juillet 2003, la juge Holmes a expliqué que les procédures à huis clos qu'elle avait présidées concernaient l'interprétation, l'application et la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code*, qui prévoit la tenue d'investigations judiciaires pour les infractions de terrorisme : [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172. Elle a affirmé que le juge qui, le 6 mai 2003, s'était fondé sur l'art. 83.28 pour rendre une ordonnance enjoignant à l'appellant de se présenter pour subir un interrogatoire mené par le représentant du procureur général avait des motifs

and that information in relation to that offence was likely to be obtained as a result of the judicial investigative hearing. Holmes J. further explained that the appellant is neither an accused, nor a suspect in the underlying terrorism offence. She stated that the terrorism offence under investigation was the two related Air India explosions discussed in the facts above.

Holmes J. canvassed six main issues, namely: (1) whether the order for the hearing could be validly issued in relation to a terrorism offence alleged to have been committed before s. 83.28 came into force; (2) whether the order in question was sufficiently specific; (3) whether s. 83.28 and the order violate the right to silence of the person required to attend for examination, including the right against self-incrimination; (4) whether s. 83.28 and the order breach the accused's fair trial rights by providing for pre-trial or mid-trial preparation or discovery for the Crown that is not available to the defence; (5) whether s. 83.28 interferes with the independence and impartiality of the judiciary; and (6) whether, if the order is valid and the judicial investigative hearing is to proceed, counsel for the accused are entitled to participate, and if so, to what extent.

Having considered each of these issues, Holmes J. concluded both that the order was validly issued and constitutionally sound. She determined further that while the participation of counsel at a judicial investigative hearing would be inappropriate in most cases, it was not inappropriate in this particular case, given the unusual circumstances. Consequently, counsel for the accused, as well as the Attorney General were entitled to examine the appellant. Holmes J. further stated that the hearing was subject to restrictions regarding the privacy and other rights and interests of the appellant, as well as regarding the integrity of the investigation.

raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme avait été commise et qu'il était probable que l'investigation judiciaire permettrait d'obtenir des renseignements relatifs à l'infraction. La juge Holmes a, en outre, expliqué que l'appelant n'est ni accusé ni soupçonné d'avoir commis l'infraction de terrorisme en cause. À son avis, l'infraction de terrorisme visée par l'investigation était liée aux deux explosions connexes des avions d'Air India mentionnées dans les faits exposés plus haut.

La juge Holmes a examiné six questions principales, à savoir : (1) L'ordonnance d'investigation pouvait-elle être validement rendue à l'égard d'une infraction de terrorisme qui aurait été commise avant l'entrée en vigueur de l'art. 83.28? (2) L'ordonnance en cause était-elle suffisamment précise? (3) L'article 83.28 et l'ordonnance portent-ils atteinte au droit de garder le silence de la personne tenue de se présenter pour subir un interrogatoire, notamment à son droit de ne pas s'incriminer? (4) L'article 83.28 et l'ordonnance porte-t-ils atteinte au droit des accusés à un procès équitable en permettant au ministère public, sans que la défense ne puisse elle-même le faire, de se préparer ou d'obtenir une communication de renseignements avant le procès ou au milieu de celui-ci? (5) L'article 83.28 compromet-il l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire? (6) Si l'ordonnance est valide et que l'investigation judiciaire doit avoir lieu, les avocats des accusés peuvent-ils y participer et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point?

Après avoir examiné chacune de ces questions, la juge Holmes a conclu que l'ordonnance était à la fois valide et constitutionnelle. Elle a décidé que, même si la participation des avocats à une investigation judiciaire est inappropriée dans la plupart des cas, elle ne l'était pas en l'espèce en raison des circonstances inhabituelles de l'affaire. Par conséquent, les avocats des accusés ainsi que le procureur général avaient le droit d'interroger l'appelant. La juge Holmes a ajouté que l'investigation était assujettie à des restrictions visant à protéger le droit à la vie privée et les autres droits et intérêts de l'appelant, ainsi qu'à préserver l'intégrité de l'enquête.

22

23

24 Holmes J. found additionally that, while the examination conducted under the order may have incidental effects on the continuing trial of the accused, the procedure was resorted to predominantly to further an ongoing investigation. Accordingly, she stated that her detailed reasons for judgment dated July 21, 2003 would remain sealed until the conclusion of the hearing or any contrary order of the court.

III. Relevant Constitutional and Legislative Provisions

25 The relevant constitutional and legislative provisions are set forth in the appendix.

IV. Issues

26 The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on August 28, 2003:

1. Does s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of judicial independence and impartiality guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*?
4. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?
5. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of independence and impartiality established by the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

27 This appeal also raises the following additional issues:

1. Can s. 83.28 of the *Criminal Code* be applied retrospectively where the terrorism offences were committed in 1985, before the *Anti-terrorism Act* came into force?

La juge Holmes a, en outre, conclu que, même si l'interrogatoire effectué en vertu de l'ordonnance pouvait avoir une incidence sur le déroulement du procès des accusés, le recours à cette procédure visait avant tout à faire progresser une enquête en cours. Elle a donc déclaré que ses motifs de jugement détaillés du 21 juillet 2003 resteraient sous scellés jusqu'à la fin de l'investigation ou jusqu'à ce que le tribunal en décide autrement.

III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes sont énoncées dans l'annexe.

IV. Questions en litige

La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes, le 28 août 2003 :

1. L'article 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?
3. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires garantis par l'al. 11d) de la *Charte*?
4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?
5. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires établis dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Le présent pourvoi soulève en outre les questions supplémentaires suivantes :

1. L'article 83.28 du *Code criminel* peut-il s'appliquer rétrospectivement dans le cas où l'infraction de terrorisme a été commise en 1985, avant l'entrée en vigueur de la *Loi antiterroriste*?

2. Can s. 83.28 be used for the purpose of pre-trial discovery of the evidence of the named person, a witness under subpoena by the Crown to attend and give evidence at the Air India trial?
3. Was the order of Holmes J. contrary to s. 83.28 in that the order:
 - a) permitted the attendance at the *in camera* hearing of counsel for the accused Bagri and Malik;
 - b) permitted each defence counsel to cross-examine the witness in addition to counsel for the Crown;
 - c) required defence counsel to undertake not to disclose to the accused information received at the judicial investigative hearing?

V. Analysis

A. *Introduction*

The following recital to the Act expresses the basic issue before us in this case, namely the tension between responding to terrorism in the interest of national security and respect for the *Charter's* rights and freedoms:

WHEREAS the Parliament of Canada, recognizing that terrorism is a matter of national concern that affects the security of the nation, is committed to taking comprehensive measures to protect Canadians against terrorist activity while continuing to respect and promote the values reflected in, and the rights and freedoms guaranteed by, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

The provisions in the Act deal with a multitude of matters related to judicial investigative hearings, procedures, seizures, arrests, recognizance, detention, reporting and other topics: see S. A. Cohen, "Safeguards in and Justifications for Canada's New *Anti-terrorism Act*" (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99;

2. L'article 83.28 peut-il être utilisé pour les besoins de la communication préalable au procès de la preuve de la personne désignée, que le ministère public avait assignée à se présenter et à témoigner au procès Air India?
3. L'ordonnance de la juge Holmes contrevenait-elle à l'art. 83.28 du fait
 - a) qu'elle autorisait la présence, à l'audience à huis clos, des avocats des accusés Bagri et Malik;
 - b) qu'elle autorisait chaque avocat de la défense, en plus de l'avocat du ministère public, à contre-interroger le témoin;
 - c) qu'elle obligeait les avocats de la défense à promettre de ne pas divulguer aux accusés les renseignements obtenus au cours de l'investigation judiciaire?

V. Analyse

A. *Introduction*

Le passage suivant du préambule de la Loi expose la question fondamentale dont nous sommes saisis en l'espèce, à savoir celle de la tension qui existe entre les mesures prises, au nom de la sécurité nationale, pour lutter contre le terrorisme, et le respect des droits et libertés garantis par la *Charte* :

Attendu :

que le Parlement du Canada, reconnaissant que le terrorisme est une question d'intérêt national qui touche la sécurité de la nation, s'engage à prendre des mesures exhaustives destinées à protéger les Canadiens contre les activités terroristes tout en continuant à promouvoir et respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les valeurs qui la sous-tendent;

Les dispositions de la Loi traitent d'une multitude de questions liées aux investigations judiciaires, aux procédures, aux saisies, aux arrestations, ainsi qu'aux engagements, à la détention, aux comptes rendus et à d'autres sujets : voir S. A. Cohen, « Safeguards in and Justifications for

M. L. Friedland, “Police Powers in Bill C-36”, in R. J. Daniels, P. Macklem and K. Roach, eds., *The Security of Freedom: Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill* (2001), 269. What we are faced with here are questions of both statutory and constitutional interpretation as applied to the facts of this case. As this is the first case under the anti-terrorism provisions, it is prudent to sound some cautionary notes before embarking upon our analysis.

30 To begin with, although specific provisions of the Act are directly before us, there are other sections that may be implicated on which we do not wish to pronounce absent a factual foundation. As well, we intend to decide only what is necessary to resolve the specific dispute in issue. We hope otherwise, but there will likely be other cases to arise for further elucidation, and we prefer to await that development.

31 In addition, context in the law is of vital importance and that is certainly the case with respect to terrorism. What we say in these reasons is influenced by the adjudicative facts we have before us. Although constitutional opinion on legislative facts is a different exercise, again, we wish to emphasize how important it is to examine the particular factual setting of each case prior to determining the legally required result.

32 The issues on appeal are complex and, in many instances, interrelated. In the discussion that follows, we first consider the statutory and constitutional interpretation of s. 83.28. Next, we then discuss the retrospective application of the provision, the s. 7 right against self-incrimination, and the independence of the judiciary. We then turn to the use of the judicial investigative hearing as a tool for pre-trial discovery and its relationship with s. 11(d) of the *Charter* and the Preamble to the *Constitution Act, 1867*. Finally, we discuss the role of the Crown

Canada’s New *Anti-terrorism Act* » (2002-2003), 14 *N.J.C.L.* 99; M. L. Friedland, « Police Powers in Bill C-36 », dans R. J. Daniels, P. Macklem et K. Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada’s Anti-Terrorism Bill* (2001), 269. En l’espèce, nous sommes appelés à répondre à des questions d’interprétation tant législative que constitutionnelle à la lumière des faits de la présente affaire. Étant donné qu’il s’agit du premier cas visé par les dispositions en matière d’antiterrorisme, il est prudent de faire certaines mises en garde avant d’entreprendre notre analyse.

Pour commencer, bien que certaines dispositions précises de la Loi soient directement soumises à notre attention, il se peut que d’autres dispositions soient en cause, sur lesquelles nous ne souhaitons pas nous prononcer en l’absence de fondement factuel. De même, nous entendons nous prononcer uniquement sur ce qui est nécessaire pour régler le différend dont il est question en l’espèce. Bien que nous ne le souhaitons pas, il se présentera probablement d’autres cas qui nécessiteront des explications supplémentaires, et nous préférons attendre qu’ils se présentent pour apporter ces explications.

De plus, le contexte a certes en matière de terrorisme la même importance vitale qu’il a en droit. Les propos que nous tenons dans les présents motifs sont influencés par les faits en litige qui nous ont été soumis. Bien que la formulation d’une opinion constitutionnelle sur des faits législatifs soit un tout autre exercice, nous tenons, là encore, à souligner qu’il importe d’examiner le contexte factuel particulier de chaque affaire pour déterminer le résultat que commande la loi.

Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont complexes et, dans biens des cas, liées entre elles. Dans l’analyse qui suit, nous examinons d’abord la question de l’interprétation constitutionnelle et législative de l’art. 83.28. Puis, nous traitons de l’application rétrospective de cette disposition, du droit de ne pas s’incriminer garanti par l’art. 7 et de l’indépendance du pouvoir judiciaire. Nous abordons ensuite la question du recours à l’investigation judiciaire en tant qu’outil d’interrogatoire préalable, et du lien qu’il a avec l’al. 11d) de la *Charte*

and the implications of the participation of counsel at the hearing.

B. *Statutory and Constitutional Interpretation Generally*

Before assessing the constitutionality of s. 83.28, it is necessary to determine the scope of the provision. This appeal marks the first known instance where the s. 83.28 judicial investigative hearing power has been invoked. While the judicial investigative hearing process has features akin to income tax and bankruptcy investigations, public inquiries, proceedings under the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.) (“*MLACMA*”), and coroner’s inquests, the provision in its entirety represents a new addition to the Canadian legal landscape.

The modern principle of statutory interpretation requires that the words of the legislation be read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. This is the prevailing and preferred approach to statutory interpretation: see, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 33; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26. The modern approach recognizes the multi-faceted nature of statutory interpretation. Textual considerations must be read in concert with legislative intent and established legal norms.

Underlying this approach is the presumption that legislation is enacted to comply with constitutional norms, including the rights and freedoms enshrined in the *Charter*: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 367. This presumption acknowledges the centrality of constitutional values in the

et le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Enfin, nous analysons le rôle du ministère public et les conséquences de la participation des avocats à l’investigation.

B. *L’interprétation législative et constitutionnelle en général*

Avant d’apprécier la constitutionnalité de l’art. 83.28, il est nécessaire de déterminer la portée de cet article. Il s’agit en l’espèce du premier cas connu où il est question du pouvoir, conféré par l’art. 83.28, d’ordonner la tenue d’une investigation judiciaire. Bien que le processus d’investigation judiciaire s’apparente, à certains égards, aux enquêtes en matière de faillite et d’impôt sur le revenu, aux enquêtes publiques, aux procédures fondées sur la *Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.) (« *LEJMC* »), et aux enquêtes du coroner, la disposition représente, dans son ensemble, une nouveauté dans le paysage juridique canadien.

De nos jours, le principe qui s’applique en matière d’interprétation législative veut que les termes d’une loi soient interprétés [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87. Cette méthode d’interprétation législative est privilégiée et la plus répandue : voir, par exemple, *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 33; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26. L’approche contemporaine tient compte de la nature diversifiée de l’interprétation législative. Les considérations relatives au texte doivent être interprétées de concert avec l’intention du législateur et les normes juridiques établies.

Cette approche est fondée sur la présomption que le texte législatif édicté respecte les normes constitutionnelles, y compris les droits et libertés consacrés par la *Charte* : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 367. Cette présomption reconnaît le rôle crucial des valeurs constitutionnelles dans le

33

34

35

legislative process, and more broadly, in the political and legal culture of Canada. Accordingly, where two readings of a provision are equally plausible, the interpretation which accords with *Charter* values should be adopted: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66; and *Sharpe, supra*, at para. 33.

36 In light of these principles, we consider the purpose of the impugned s. 83.28 and the powers that are conferred by its application.

C. *The Scope of Section 83.28*

37 The Act was crafted as omnibus legislation with the effect of amending 16 statutes, including the *Code*, and implementing two separate United Nations Conventions concerning the financing of terrorism and the suppression of terrorist bombings, respectively. The legislation was introduced in Parliament on October 15, 2001, shortly after the events that unfolded in the United States on September 11, 2001. The Preamble to the Act, Parliamentary debates, and notes presented before the Special Senate Committee convened for discussion of Bill C-36 and before the House of Commons Justice and Human Rights Committee, provide insight into the purpose of the Act in general, and of s. 83.28 in particular. Where divergent views on the purpose of an Act are expressed, or where the scope of the purpose is called into question, extrinsic materials such as Hansard and other government publications may be used to elucidate meaning: *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21, at para. 25; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 45; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 17.

38 The Preamble to the Act speaks to the “challenge of eradicating terrorism”, the requirement for the “strengthening of Canada’s capacity to suppress, investigate and incapacitate terrorist activity”, and the need for legislation to “prevent

processus législatif et, de façon plus générale, dans la culture politique et juridique canadienne. Par conséquent, lorsqu’une disposition peut être interprétée de deux manières également plausibles, il y a lieu d’adopter l’interprétation qui est conforme aux valeurs de la *Charte* : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66; *Sharpe*, précité, par. 33.

C’est en fonction de ces principes que nous examinons l’objet de la disposition contestée, à savoir l’art. 83.28, et les pouvoirs qu’elle confère lorsqu’elle s’applique.

C. *La portée de l’art. 83.28*

La Loi a été rédigée sous forme de loi d’ensemble ayant pour effet de modifier 16 textes législatifs, dont le *Code*, et de mettre en œuvre deux conventions des Nations Unies concernant, respectivement, la répression du financement du terrorisme et celle des attentats terroristes à l’explosif. Elle a été déposée au Parlement le 15 octobre 2001, peu après les événements survenus aux États-Unis le 11 septembre 2001. Le préambule de la Loi, les débats parlementaires, les notes soumises au Comité sénatorial spécial sur le projet de loi C-36 et au Comité de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes permettent de saisir l’objet de la Loi en général et celui de l’art. 83.28 en particulier. Lorsque des opinions divergentes sont exprimées au sujet de l’objet de la Loi ou que la portée de cet objet est mise en cause, des documents extrinsèques comme le Hansard et les autres publications gouvernementales peuvent aider à en comprendre le sens : *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 25; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 45; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 17.

Le préambule de la Loi parle de l’« éradication [du terrorisme qui] pose un défi », de la nécessité d’« [accroître] la capacité du Canada de réprimer, de détecter et de désamorcer les activités terroristes » et des mesures législatives nécessaires pour

and suppress the financing, preparation, facilitation and commission of acts of terrorism”. In Parliamentary debate at the introduction of Bill C-36, the Minister of Justice expressed the three main objectives of the legislation as suppressing the existence of terrorist groups, providing new investigative tools, and providing a tougher sentencing regime to incapacitate terrorists and terrorist groups: *House of Commons Debates*, vol. 137 1st Sess., 37th Parl., October 15, 2001, at p. 6048. In a similar vein, the Minister of Justice expressed the need for an enhanced legislative structure in response to terrorism before the Special Senate Committee: *Proceedings of the Special Senate Committee on Subject Matter of Bill C-36*, Issue No. 4, 1st Sess., 37th Parl., October 29, 2001, at pp. 4:4 *et seq.*

It was suggested in submissions that the purpose of the Act should be regarded broadly as the protection of “national security”. However, we believe that this characterization has the potential to go too far and would have implications that far outstrip legislative intent. The discussions surrounding the legislation, and the legislative language itself clearly demonstrate that the Act purports to provide means by which terrorism may be prosecuted and prevented. As we cautioned above, courts must not fall prey to the rhetorical urgency of a perceived emergency or an altered security paradigm. While the threat posed by terrorism is certainly more tangible in the aftermath of global events such as those perpetrated in the United States, and since then elsewhere, including very recently in Spain, we must not lose sight of the particular aims of the legislation. Notably, the Canadian government opted to enact specific criminal law and procedure legislation and did not make use of exceptional powers, for example under the *Emergencies Act*, R.S.C. 1985, c. 22 (4th Supp.), or invoke the notwithstanding clause at s. 33 of the *Charter*.

« prévenir et supprimer le financement, la préparation et la commission d’actes de terrorisme ». Au cours des débats ayant entouré le dépôt du projet de loi C-36 à la Chambre des communes, la ministre de la Justice a précisé que les trois principaux objectifs de la mesure législative étaient de mettre fin à l’existence des groupes terroristes, de fournir de nouveaux outils d’enquête et de prévoir un régime de peines plus sévères en vue de mettre hors d’état de nuire les terroristes et les groupes terroristes : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 15 octobre 2001, p. 6048. Dans le même ordre d’idées, elle a affirmé, devant le Comité sénatorial spécial, qu’il était nécessaire de renforcer la structure législative afin de lutter contre le terrorisme : *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36*, fascicule n^o 4, 1^{re} sess., 37^e lég., 29 octobre 2001, p. 4:4 et suiv.

Dans les observations soumises, on a indiqué qu’il faut généralement considérer que la Loi a pour objet d’assurer la « sécurité nationale ». Nous croyons toutefois que cette qualification risque d’aller trop loin et d’avoir des conséquences dépassant de beaucoup l’intention du législateur. Il ressort clairement des discussions l’ayant entouré et de son propre langage législatif que la Loi est censée fournir des moyens de prévenir et de punir les actes de terrorisme. Comme l’indique notre mise en garde ci-dessus, les tribunaux ne doivent pas se laisser influencer par une rhétorique issue d’une perception d’urgence ou d’une nouvelle conception de la sécurité. Quoique la menace du terrorisme soit certainement plus réelle au lendemain d’événements d’envergure mondiale comme ceux survenus aux États-Unis et ailleurs, par la suite, y compris ceux survenus tout récemment en Espagne, il ne faut pas perdre de vue les objectifs particuliers de la mesure législative. Le gouvernement du Canada a choisi notamment d’édicter des dispositions législatives particulières touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle, plutôt que de recourir à des pouvoirs exceptionnels comme ceux conférés par la *Loi sur les mesures d’urgence*, L.R.C. 1985, ch. 22 (4^e suppl.), ou d’invoquer la disposition de dérogation contenue à l’art. 33 de la *Charte*.

40 We conclude that the purpose of the Act is the
prosecution and prevention of terrorism offences.

41 Section 83.28 provides for a two-stage process,
whereby an order for the gathering of informa-
tion from a named individual is first issued, and
an examination of the individual so named is sub-
sequently held. The provision provides a series of
parameters which govern the judicial investigative
hearing. At its core, s. 83.28 permits the investiga-
tion of terrorism offences, at both a pre- and post-
charge stage through testimonial compulsion on the
part of the named witness. Consequently, the pur-
pose of the provision is to confer greater investiga-
tive powers upon the state in its investigation of ter-
rorism offences.

42 The procedure is initiated at the behest of a peace
officer who, with the Attorney General's consent,
applies to a judge for an order for the gathering of
information: s. 83.28(2) and (3). The judge may so
order, and thereby initiate the hearing, if he or she
is satisfied (a) that there are reasonable grounds
to believe either that a terrorism offence has been
committed and that information concerning the
offence or concerning the whereabouts of a suspect
is likely to be obtained; or (b) that there are reason-
able grounds to believe that a terrorism offence will
be committed, that there are reasonable grounds
to believe that the witness has direct and material
information relating to the terrorism offence or in
relation to the whereabouts of a suspect, and reason-
able prior attempts have been made to obtain that
information from the witness: s. 83.28(4). The scope
of the order will ultimately dictate the parameters of
the subsequent hearing.

43 Pursuant to s. 83.28(5), the judge may (a) order
the examination, under oath or not, of the person
named in the order (the "named person"); (b) order
the named person to attend for the examination and
to remain in attendance until excused by the presid-
ing judge; (c) order the named person to bring to the
examination anything in their possession or control
and produce it to the presiding judge; (d) designate

Nous concluons que la Loi a pour objet de préve-
nir et de punir les infractions de terrorisme.

L'article 83.28 établit une procédure en deux
étapes en vertu de laquelle une ordonnance autori-
sant la recherche de renseignements auprès d'une
personne désignée est d'abord rendue et un inter-
rogatoire de cette personne est ensuite effectué. La
disposition assujettit l'investigation judiciaire à une
série de paramètres. Essentiellement, l'art. 83.28
permet d'enquêter sur des infractions de terrorisme,
avant et après le dépôt d'accusations, en contrai-
gnant à témoigner la personne visée par l'ordon-
nance. Par conséquent, la disposition a pour objet
d'investir l'État de pouvoirs d'enquête plus éten-
dus lorsqu'il est question d'une infraction de terro-
risme.

La procédure est enclenchée lorsqu'un agent de
la paix, qui a obtenu le consentement préalable du
procureur général, demande à un juge de rendre
une ordonnance autorisant la recherche de rensei-
gnements : par. 83.28(2) et (3). Le juge peut rendre
l'ordonnance sollicitée et, par le fait même, amorcer
l'investigation s'il est convaincu a) qu'il existe des
motifs raisonnables de croire qu'une infraction de
terrorisme a été commise et que des renseignements
relatifs à cette infraction ou au lieu où se trouve un
suspect sont susceptibles d'être obtenus, ou b) qu'il
existe des motifs raisonnables de croire qu'une
infraction de terrorisme sera commise, qu'il existe
des motifs raisonnables de croire que le témoin a des
renseignements directs et pertinents relatifs à une
infraction de terrorisme ou au lieu où se trouve un
suspect, et que des efforts raisonnables ont déjà été
déployés pour obtenir des renseignements auprès du
témoin : par. 83.28(4). La portée de l'ordonnance
déterminera en définitive les paramètres de l'investi-
gation subséquente.

Aux termes du par. 83.28(5), le juge peut a)
ordonner de procéder à l'interrogatoire, sous ser-
ment ou non, d'une personne visée par l'ordon-
nance (la « personne désignée »), b) ordonner à la
personne désignée de se présenter pour l'interro-
gatoire et de demeurer présente jusqu'à ce qu'elle
soit libérée par le juge qui préside, c) ordonner à la
personne désignée d'apporter avec elle toute chose

another judge as the judge to preside over the examination; and (e) include any other terms or conditions considered desirable, including those for the protection of the named person, third parties, and an ongoing investigation. Under s. 83.28(7), the terms of the order may be varied.

The powers of the presiding judge and the Attorney General at the judicial investigative hearing itself also fall within the ambit of s. 83.28. Under s. 83.28(8), the named person must answer questions put to him or her by the Attorney General and produce tangibles he or she was ordered to bring to the examination. The named person may refuse to answer a question or produce any such thing that would violate any law relating to the non-disclosure of information or to privilege: s. 83.28(8). Section 83.28(9) empowers the presiding judge to rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or produce an item. Section 83.28(10) provides the named person with use and derivative use immunity with respect to self-incrimination which will be discussed below in the context of s. 7 of the *Charter*. The named person has a right to retain and instruct counsel at any stage of the proceedings: s. 83.28(11). The presiding judge may also order tangibles to be given into police custody if satisfied that any such item is relevant to the investigation of any terrorism offence: s. 83.28(12).

While the provision covers many facets of the initial order and the subsequent judicial investigative hearing, in important respects the specific meaning of s. 83.28 is unclear and ambiguous. In our opinion, s. 83.28 reasonably bears two differing interpretations: one narrow and restrictive in scope, the other broad and purposive. Two principal ambiguities are apparent on the face of the provision. The first concerns the role of counsel and the second relates to the threshold for relevance and admissibility. As we will now discuss, we endorse a broad and

qu'elle a en sa possession ou à sa disposition afin de la remettre au juge qui préside, d) désigner un autre juge pour présider l'interrogatoire, e) inclure les modalités qu'il estime indiquées, notamment quant à la protection de la personne désignée ou de tiers, ou quant à la protection d'une investigation en cours. Le paragraphe 83.28(7) permet de modifier les conditions de l'ordonnance.

Relèvent également du champ d'application de l'art. 83.28 les pouvoirs du juge qui préside l'investigation judiciaire elle-même et ceux du procureur général qui y participe. Aux termes du par. 83.28(8), la personne désignée doit répondre aux questions que lui pose le procureur général et remettre les choses exigées par l'ordonnance. La personne désignée peut refuser de répondre à une question ou de remettre quelque chose dans la mesure où la réponse qu'elle donnerait ou la remise qu'elle ferait violerait le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges : par. 83.28(8). Le paragraphe 83.28(9) habilite le juge qui préside à statuer sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose. Le paragraphe 83.28(10) accorde à la personne désignée l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement à la question de l'auto-incrimination qui sera analysée plus loin dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*. La personne désignée a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions en tout état de cause : par. 83.28(11). S'il est convaincu qu'une chose sera utile à l'enquête relative à une infraction de terrorisme, le juge qui préside peut ordonner que cette chose soit confiée à la garde de la police : par. 83.28(12).

Bien que la disposition vise maintes facettes de l'ordonnance initiale et de l'investigation judiciaire subséquente, le sens de l'art. 83.28 est, à certains égards importants, vague et ambigu. À notre avis, l'art. 83.28 peut raisonnablement recevoir deux interprétations différentes : l'une, stricte et de portée restrictive, l'autre, large et téléologique. Deux ambiguïtés principales ressortent à la lecture de la disposition. La première concerne le rôle de l'avocat et la seconde, le critère préliminaire de pertinence et d'admissibilité. Comme nous allons maintenant

purposive interpretation of s. 83.28, which accords with the presumption of constitutional validity discussed above.

46 There is some ambiguity about the scope of the role of appellant's counsel in the judicial investigative hearing. Section 83.28(9) provides broadly that the presiding judge "shall rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or to produce a thing" (emphasis added). The preceding subsection, however, states that the named person may refuse to answer questions or produce tangibles based on the application of law related to non-disclosure of information or privilege: s. 83.28(8). Under a more narrow approach, it would appear that counsel for the witness is restricted to making objections only on these specified grounds. The proximity of subss. (8) and (9) lends support to this view, as does the omission of qualifying words to describe the scope of judicial rulings. In contrast, s. 83.28(12) expressly provides that upon the judge's satisfaction that "any thing produced during the course of the examination will likely be relevant to the investigation", he or she shall order it be given into police custody.

47 A purposive reading of the provision, however, suggests that "any objection" as stated in s. 83.28(9) provides for more fulsome participation by counsel. Section 83.28(12) attaches a relevancy requirement to demands for production which implies that objections under s. 83.28(9) may be based on relevancy and s. 83.28(9) is not restricted to the grounds in s. 83.28(8). The relevancy requirement in s. 83.28(12), when s. 83.28 is viewed in its entirety, would also attach to the questioning of the named person. This Court has taken a similarly purposive approach to proceedings held under commissions of inquiry. Such proceedings have been analogized to the judicial investigative hearing provision in s. 83.28. In *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at para. 175, the Court stated that "the nature and the purpose of public inquiries require courts to give a generous interpretation to a commissioner's

le voir, nous sommes en faveur d'une interprétation large et téléologique de l'art. 83.28, qui soit conforme à la présomption de constitutionnalité analysée plus haut.

Le rôle que l'avocat de l'appelant est appelé à jouer au cours de l'investigation judiciaire est ambigu dans une certaine mesure. Le paragraphe 83.28(9) prévoit, de façon générale, que le juge qui préside « statue sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose » (nous soulignons). Le paragraphe précédent précise toutefois que la personne désignée peut refuser de répondre aux questions ou de remettre des choses en raison du droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges : par. 83.28(8). Selon une interprétation plus stricte, il semblerait que l'avocat du témoin ne puisse formuler des objections que pour ces motifs précis. La proximité des par. (8) et (9) vient étayer ce point de vue, tout comme l'absence de qualificatifs précisant la portée des décisions du juge. Par contre, le par. 83.28(12) prévoit expressément que, s'il est convaincu qu'« une chose remise pendant l'interrogatoire est susceptible d'être utile à l'enquête », le juge peut ordonner que cette chose soit confiée à la garde de la police.

Cependant, selon une interprétation téléologique de la disposition, l'expression « toute objection » figurant au par. 83.28(9) laisse entrevoir une participation plus complète de l'avocat. Le paragraphe 83.28(12) prévoit que la chose que l'on demande de remettre doit être utile, ce qui signifie que les objections formulées en vertu du par. 83.28(9) peuvent être fondées sur l'utilité de la chose sollicitée et que le champ d'application du par. 83.28(9) n'est pas limité aux motifs prévus au par. 83.28(8). Compte tenu de l'ensemble de l'art. 83.28, l'exigence d'utilité contenue au par. 83.28(12) s'appliquerait également à l'interrogatoire de la personne désignée. La Cour a adopté une interprétation téléologique semblable à l'égard des travaux des commissions d'enquête. Une analogie a été établie entre ces travaux et l'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28. Dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, par. 175, la Cour a affirmé

powers to control their own proceedings” (emphasis added).

Such an interpretive approach is further supported by the wide ambit given to the ordering judge to set such terms and conditions as he or she considers desirable: s. 83.28(5)(e). The provision expressly provides that terms and conditions may be set for the protection of the named person’s interests, the interests of third parties, and the interests of the investigation. Section 83.28(7) also provides for the ordering judge or any other judge of the same court to vary the terms and conditions set. The inclusion of such a broad power to amend the order empowers the ordering and/or hearing judge to respond flexibly to the specific circumstances of each application of the provision, and ensure that constitutional and common law rights and values are respected. Such a view of the provision would reasonably demarcate irrelevant or abusive questioning of the named person as falling far outside the parameters set by the legislature.

While the specific content of judicial independence will be discussed later in the reasons, the judicial aspect of the hearing is relevant to the interpretive approach taken at the outset. Section 83.28 operates under the aegis of a judge. We consider that the participation of judges in s. 83.28 brings with it all that our justice system imparts into the judicial function.

Another aspect of ambiguity concerns the procedural threshold where “information” is sought, as opposed to evidence: s. 83.28(2). It was put to us that this choice in wording was deliberate and reflects legislative intention that a lower threshold of relevance and admissibility applies in judicial investigative hearings than that usually applied in criminal proceedings. To this end, the *MLACMA*

qu’« étant donné la nature et l’objet des enquêtes publiques, les tribunaux sont tenus de donner une interprétation libérale aux pouvoirs conférés aux commissaires [. . .] pour la conduite de leurs travaux » (nous soulignons).

Cette interprétation est également étayée par la grande latitude dont le juge qui rend l’ordonnance dispose pour établir les modalités qu’il estime indiquées : al. 83.28(5)e). La disposition prévoit expressément qu’il peut établir des modalités quant à la protection des droits de la personne désignée et de ceux des tiers, et quant à la protection de l’investigation. Le paragraphe 83.28(7) permet en outre au juge qui a rendu l’ordonnance ou à un autre juge du même tribunal de modifier les conditions établies. Grâce à l’inclusion de ce pouvoir général de modifier l’ordonnance, le juge qui rend l’ordonnance ou qui préside l’investigation dispose, dans chaque cas, de la latitude nécessaire pour tenir compte du contexte particulier dans lequel s’applique la disposition et pour assurer le respect des droits et des valeurs reconnus par la Constitution et la common law. Cette interprétation de la disposition aurait raisonnablement pour effet d’écarter l’interrogatoire abusif ou inutile de la personne désignée pour le motif qu’il déborde les paramètres établis par le législateur.

Alors que le contenu exact du principe de l’indépendance judiciaire sera analysé plus loin dans les présents motifs, il reste que l’aspect judiciaire de l’investigation est pertinent en ce qui concerne la méthode d’interprétation adoptée au départ. L’application de l’art. 83.28 est supervisée par un juge. Nous considérons que la participation des juges à l’application de l’art. 83.28 s’accompagne de tout ce que notre système de justice rattache à la fonction judiciaire.

Un autre élément d’ambiguïté tient au critère procédural préliminaire qui s’applique lorsque l’on recherche des « renseignements » et non pas des éléments de preuve : par. 83.28(2). On nous a fait valoir que le choix de ce terme était délibéré et qu’il témoigne de l’intention du législateur d’appliquer aux investigations judiciaires un critère préliminaire de pertinence et d’admissibilité moins strict

48

49

50

was cited for the proposition that s. 83.28 would make express provision for the operation of evidentiary rules if these were meant to apply. Section 22.2 of the *MLACMA* states expressly that those rules of evidence and procedure apply to the examination of a witness as dictated by the jurisdiction to which assistance is being provided. However, the need for clarity in the *MLACMA* is quite obvious given potential conflicts of laws.

51 In considering the threshold of relevance and admissibility in relation to information gathering under s. 83.28, we note that the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“*CEA*”), applies generally to “all criminal proceedings and to all civil proceedings and other matters whatever respecting which Parliament has jurisdiction” (s. 2). In the context of *Charter* interpretation, “proceedings” has been given large and liberal interpretation and taken to include both adjudicative and investigative processes: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 481. In *Thomson*, regulatory investigations were held to be within the ambit of “proceeding”. Applying this reasoning to the case at bar, Part I of the *CEA* may reasonably be viewed as applying to judicial investigative hearings. Consequently, the named person is entitled to protections such as: spousal privilege (s. 4(3)), procedures concerning cross-examination of adverse witnesses (s. 9), and cross-examination in relation to prior statements (ss. 10 and 11).

52 The more important rules of evidence, however, are to be found in the common law and not in statutory instruments. Relevance is a common law rule that we conclude applies to judicial investigative hearings. The boundaries of relevance will be dictated in large measure by the supporting materials for the s. 83.28 order for the gathering of information, as well as by the investigatory nature of the proceeding. The latter may increase the scope of

que celui qui s’applique habituellement en matière criminelle. À cet égard, la *LEJMC* a été citée à l’appui de la proposition selon laquelle, si les règles de preuve devaient s’appliquer, l’art. 83.28 le prévoirait expressément. L’article 22.2 *LEJMC* précise que les règles de preuve et de procédure qui s’appliquent à l’interrogatoire d’un témoin sont celles du ressort qui reçoit l’aide. Toutefois, le besoin de clarifier la *LEJMC* est fort évident en raison des possibilités de conflit de lois.

En examinant le critère préliminaire de pertinence et d’admissibilité applicable à la recherche de renseignements fondée sur l’art. 83.28, nous remarquons que la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), s’applique généralement à « toutes les procédures pénales et civiles ainsi qu’à toutes les autres matières de compétence fédérale » (art. 2). Dans le contexte de l’interprétation de la *Charte*, le terme « procédures » a reçu une interprétation large et libérale et a été considéré comme visant à la fois les poursuites judiciaires et les enquêtes : *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 481. Dans l’arrêt *Thomson*, la Cour a jugé que les enquêtes réglementaires étaient visées par le mot « procédures ». Si on applique ce raisonnement à la présente affaire, on peut raisonnablement considérer que la partie I de la *LPC* s’applique aux investigations judiciaires. Par conséquent, la personne désignée a droit aux protections que lui offrent notamment le privilège relatif aux conjoints (par. 4(3)), les procédures concernant le contre-interrogatoire des témoins opposés (art. 9) et le contre-interrogatoire portant sur des déclarations antérieures (art. 10 et 11).

Toutefois, les plus importantes règles de preuve émanent de la common law et non de textes réglementaires. La pertinence est une règle de common law que nous jugeons applicable aux investigations judiciaires. Les limites de la pertinence sont dictées, dans une large mesure, par la documentation soumise à l’appui de la demande d’ordonnance autorisant la recherche de renseignements prévue à l’art. 83.28, ainsi que par la nature inquisitoire de l’acte

the allowable questioning, but must be kept within reasonable bounds by the judicial nature of the investigative hearing and all of the procedural protections that the oversight of a judge implies.

Accordingly, the observance of the applicable common law rules of evidence is mandatory. More importantly, the judge is present at the judicial investigative hearing to ensure that the procedure is carried out in accordance with constitutional protections.

To conclude on these points, a narrow, restrictive view of s. 83.28 does not resolve ambiguities in favour of the presumption of constitutionality discussed earlier. However, when viewed purposively, the judicial investigative proceeding can be viewed as a criminal proceeding, albeit unique in its application. The common law evidentiary principles of relevance and fairness clearly apply to the provision, as do evidentiary requirements mandated by the *CEA*. Consequently we find no ground at the interpretive stage to conclude that the presumption of constitutionality has been rebutted.

D. *Discussion of Issues*

(1) Retrospectivity

The appellant submits that s. 83.28 ought not to apply retrospectively to incidents that occurred prior to its enactment. In support of this contention, the appellant argues that judicial investigative hearings are not strictly procedural as they essentially create new offences by operation of the triggering “terrorism offence” definition, and therefore are substantive in nature. Moreover, the appellant asserts that s. 83.28 affects fundamental rights, such as a right to silence under s. 7 of the *Charter*. With respect, we do not agree. We find that s. 83.28 effects only procedural change.

de procédure. Ce dernier peut repousser les limites de l’interrogatoire acceptable, qui doivent cependant demeurer raisonnables en raison de la nature judiciaire de l’investigation et de l’ensemble des protections procédurales qu’implique la supervision par un juge.

Par conséquent, l’observation des règles de preuve applicables en common law est obligatoire. Qui plus est, la présence du juge à l’investigation judiciaire vise à assurer un déroulement conforme aux garanties constitutionnelles.

Pour conclure sur ces points, une interprétation stricte et restrictive de l’art. 83.28 ne permet pas d’éliminer les ambiguïtés d’une manière favorable à la présomption de constitutionnalité analysée plus haut. Cependant, selon une interprétation téléologique, l’investigation judiciaire peut être considérée comme une instance criminelle, en dépit de son caractère unique. Les principes de pertinence et d’équité dont la common law requiert l’application en matière de preuve s’appliquent manifestement à la disposition, tout comme les exigences en matière de preuve prescrites par la *LPC*. Par conséquent, rien ne nous permet de conclure, à l’étape de l’interprétation, que la présomption de constitutionnalité a été réfutée.

D. *Analyse des questions en litige*

(1) Rétrospectivité

L’appelant soutient que l’art. 83.28 ne doit pas s’appliquer rétrospectivement à des faits survenus avant son adoption. Il fait valoir, à l’appui de cet argument, que les investigations judiciaires ne sont pas strictement procédurales, étant donné qu’elles créent essentiellement de nouvelles infractions en raison de la définition de l’« infraction de terrorisme » qui les déclenche et qu’elles sont donc de nature substantielle. L’appelant ajoute que l’art. 83.28 touche à des droits fondamentaux, tel le droit de garder le silence garanti par l’art. 7 de la *Charte*. En toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. Nous concluons que l’art. 83.28 traduit seulement une évolution procédurale.

53

54

55

- 56 As expressed in Sullivan, *supra*, at p. 582, procedural legislation concerns the conduct of actions. Accordingly, s. 83.28 is *prima facie* procedural, as it outlines the process by which judicial investigative hearings are to be carried out. Nevertheless, an assessment of whether a provision is procedural or not must be determined in the circumstances of each case. Furthermore, for a provision to be regarded as procedural, it must be exclusively so: *Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256. We now consider whether s. 83.28 is procedural in substance and in effect.
- 57 Driedger and Sullivan generally describe procedural law as “law that governs the methods by which facts are proven and legal consequences are established in any type of proceedings”: Sullivan, *supra*, at p. 583. Within this rubric, rules of evidence are usually considered to be procedural, and thus to presumptively apply immediately to pending actions upon coming into force: *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. However, where a rule of evidence either creates or impinges upon substantive or vested rights, its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect: *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. Examples of such rules include solicitor-client privilege and legal presumptions arising out of particular facts.
- 58 As discussed above, s. 83.28 provides for a process in which various rules of evidence are detailed. The appellant’s concerns with the nature of the provision arise largely with respect to the “terrorism offence” referenced in s. 83.28(4). The definition of “terrorism offence” is not before us in this appeal. However, it is necessary here to consider whether the application of that definition in relation to s. 83.28 creates a “substantive gloss” on the provision. In our view, the reference to “terrorism offence” does not alter the procedural nature of the provision.
- Comme le dit Sullivan, *op. cit.*, p. 582, les lois en matière de procédure portent sur la façon d’intenter des actions. L’article 83.28 est donc, à première vue, de nature procédurale, car il expose la façon de procéder à une investigation judiciaire. Néanmoins, la question de savoir si une disposition est de nature procédurale doit être tranchée en fonction des circonstances de chaque affaire. De plus, pour qu’une disposition soit considérée comme étant de nature procédurale, elle doit toucher exclusivement la procédure : *Angus c. Sun Alliance Compagnie d’assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256. Nous passons maintenant à la question de savoir si l’art. 83.28 est de nature procédurale sur le plan du fond et de ses effets.
- Driedger et Sullivan qualifient généralement le droit procédural de [TRADUCTION] « droit régissant les moyens de prouver des faits et d’établir des conséquences juridiques dans tout genre d’instance » : Sullivan, *op. cit.*, p. 583. À ce chapitre, les règles de preuve sont habituellement considérées comme étant de nature procédurale et sont donc présumées s’appliquer aux actions en cours dès leur entrée en vigueur : *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403. Toutefois, si une règle de preuve crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits, elle n’a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement : *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311. Parmi ces règles, il y a le privilège avocat-client et les présomptions légales émanant de faits particuliers.
- Comme nous l’avons vu, l’art. 83.28 établit une procédure dans laquelle diverses règles de preuve sont exposées en détail. Les préoccupations de l’appelant relatives à la nature de la disposition ont trait, dans une large mesure, à l’« infraction de terrorisme » mentionnée au par. 83.28(4). La définition de l’« infraction de terrorisme » n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Cependant, il faut ici se demander si l’application de cette définition au regard de l’art. 83.28 donne une « connotation substantielle » à la disposition. À notre avis, la mention d’une « infraction de terrorisme » ne change rien à la nature procédurale de la disposition.

The term “terrorism offence” is defined in s. 2 of the *Code* that creates new offences under para. (a), but also refers to pre-existing offences under paras. (b) and (c). Neither s. 83.28 nor the definition in s. 2 alters the substantive elements of these offences. Clearly, the offences listed under paras. (b) and (c) are not substantively new because they were present prior to the enactment of the anti-terrorism provisions. We agree with Holmes J.’s characterization of a “terrorism offence” as “a descriptive compendium of offences created elsewhere in the *Criminal Code*”. The mere association of such offences with a “terrorist group” or “terrorist activity” does not constitute a substantive change in the law so as to transform the procedural nature of s. 83.28 into a substantive one.

Below, we discuss in detail the merits of the appellant’s submission on a s. 7 *Charter* right to silence/right against self-incrimination, which we find not to have been violated by the judicial investigative hearing. As a related argument, the appellant further submits that, in relation to retrospectivity, the violation of the same right to silence precludes s. 83.28 from taking retrospective effect. This argument must fail. It suffices to state here that while the judicial investigative hearing may generate information pertaining to an offence (and indeed, this is the purpose of the hearing), the hearing itself remains procedural. In the manner of other procedural tools such as DNA and wiretap authorizations, s. 83.28 provides a mechanism for the gathering of information and evidence in the ongoing investigation of past, present, and future offences.

Having found that s. 83.28 is purely procedural in nature, we turn to consider whether the presumption of immediate effect has been rebutted.

At common law, procedural legislation presumptively applies immediately and generally to both pending and future acts. As Sullivan, *supra*,

L’expression « infraction de terrorisme » est définie à l’art. 2 du *Code* qui, à l’al. a), crée de nouvelles infractions, mais qui, aux al. b) et c), mentionne également des infractions déjà existantes. Ni l’art. 83.28 ni la définition de l’art. 2 ne modifient les éléments substantiels de ces infractions. De toute évidence, les infractions énumérées aux al. b) et c) ne sont pas nouvelles sur le plan du fond car elles existaient avant l’adoption des dispositions en matière d’antiterrorisme. Nous sommes d’accord avec la juge Holmes pour qualifier l’« infraction de terrorisme » de [TRADUCTION] « compendium descriptif d’infractions créées ailleurs dans le *Code criminel* ». Le simple fait d’associer ces infractions à un « groupe terroriste » ou à une « activité terroriste » ne constitue pas une modification substantielle de la loi qui fait passer de procédurale à substantielle la nature de l’art. 83.28.

Nous procédons plus loin à une analyse détaillée du bien-fondé de l’argument de l’appelant relatif au droit de garder le silence et de ne pas s’incriminer garanti par l’art. 7 de la *Charte*, auquel, concluons-nous, l’investigation judiciaire n’a pas porté atteinte. À titre d’argument connexe, l’appelant ajoute qu’en ce qui concerne la rétrospectivité, l’atteinte portée à ce même droit de garder le silence empêche l’art. 83.28 de s’appliquer rétrospectivement. Cet argument ne saurait être retenu. Il suffit de dire ici que, bien qu’elle puisse permettre d’obtenir des renseignements relatifs à une infraction (ce qui, en fait, correspond à son objet), l’investigation judiciaire elle-même reste de nature procédurale. À l’instar d’autres outils procéduraux, telles les empreintes génétiques et les autorisations d’écoute électronique, l’art. 83.28 offre un moyen de recueillir des renseignements et des éléments de preuve dans le cadre d’une enquête portant sur des infractions passées, présentes et futures.

Après avoir conclu que l’art. 83.28 est de nature purement procédurale, nous allons maintenant examiner si la présomption de prise d’effet immédiate a été réfutée.

En common law, les mesures législatives procédurales sont présumées s’appliquer immédiatement et généralement aux actes pour lesquels leur

59

60

61

62

discusses at p. 582, the presumption of immediate application has been characterized in a number of ways: that there is no vested right in procedure; that the effect of a procedural change is deemed beneficial for all; that procedural provisions are an exception to the presumption against retrospectivity; and that procedural provisions are ordinarily intended to have immediate effect. The rule has long been formulated in the following terms:

... where the enactment deals with procedure only, unless the contrary is expressed, the enactment applies to all actions, whether commenced before or after the passing of the Act.

(*Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, at p. 96; see also Sullivan, *supra*, at p. 582.)

63 This presumption will yield where the contrary intent of Parliament has been evinced: *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221, at p. 235.

64 On this point, the appellant submits that the legislative intent of Parliament precludes retrospective effect given the preventive focus of the anti-terrorism legislation. In support, the appellant notes that the Act is silent on the issue of temporal application in contrast with s. 487.052 of the *Code*, which expressly provides for retrospective application in the context of DNA identification.

65 The appellant's arguments on this point are not compelling. While the prevention of future acts of terrorism was undoubtedly a primary legislative purpose in the enactment of the provision, as discussed earlier, it does not follow that Parliament intended for procedural bifurcation respecting past acts of terrorism *vis-à-vis* anticipated or future acts. The provision itself provides for judicial investigative hearings to be held both before and after the commission of a terrorism offence under s. 83.28(4)(a) and (b). While the legislation is not express on the issue of temporal application, the purpose and effect of the inclusion of

auteur est en train de subir son procès et aux actes futurs. Comme l'indique Sullivan, *op. cit.*, p. 582, la présomption d'application immédiate a fait l'objet de nombreuses descriptions voulant notamment qu'il n'existe aucun droit acquis en matière de procédure, qu'une évolution procédurale soit réputée avantageuse pour tous, que les dispositions procédurales fassent exception à la présomption de non-rétrospectivité et que les dispositions procédurales doivent normalement prendre effet immédiatement. La règle a longtemps été formulée ainsi :

[TRADUCTION] ... lorsque le texte législatif ne touche qu'à la procédure, il s'applique, sauf indication contraire, à toutes les actions intentées avant ou après son adoption.

(*Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 96; voir aussi Sullivan, *op. cit.*, p. 582.)

Cette présomption cédera le pas à l'intention contraire exprimée par le législateur : *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, p. 235.

À ce sujet, l'appelant soutient que l'intention du législateur empêche la mesure législative antiterroriste de s'appliquer rétrospectivement étant donné qu'elle est axée sur la prévention. À l'appui de cet argument, l'appelant souligne que la Loi est muette en ce qui concerne sa date de prise d'effet, contrairement à l'art. 487.052 du *Code* qui précise qu'il s'applique rétrospectivement en matière d'identification par les empreintes génétiques.

Les arguments de l'appelant sur ce point ne sont pas convaincants. Bien que, comme nous l'avons déjà vu, la prévention de futurs actes de terrorisme ait sans doute été l'un des objectifs législatifs principaux de l'adoption de la disposition en cause, cela ne signifie pas pour autant que le législateur a voulu créer une division procédurale entre les actes de terrorisme passés et les actes de terrorisme appréhendés ou futurs. La disposition elle-même prévoit qu'il est possible de procéder à une investigation judiciaire avant et après la commission d'une infraction de terrorisme visée par les al. 83.28(4)(a) et (b). Quoique la mesure législative ne soit pas

s. 83.28(4)(a) indicate that Parliament intended that the provision may be applied retrospectively.

For the reasons above, s. 83.28 does not interfere with the substantive rights of the appellant, and is, accordingly, strictly procedural. The appellant has not rebutted the presumption of immediate application. As such, s. 83.28 has immediate effect, and applies retrospectively to the effects of past events.

(2) Section 7 of the Charter

(a) *General Approach to Section 7*

Statutory compulsion to testify engages liberty interests under s. 7 of the *Charter*: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 28; see also *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at para. 33; *Thomson, supra*, at p. 536. The encroachment upon liberty is complete at the moment of the compelled speech, regardless of its character: *S. (R.J.)*, at para. 43. Individuals named in an order under s. 83.28(5) may be required to attend at a hearing, be examined under oath, and be required to produce any thing in their possession. Moreover, under s. 83.29, such individuals may be imprisoned for evasion of service, or failure to attend or remain at the examination. Section 83.28 also attracts the ordinary laws of contempt of court in relation to a failure to answer questions, and potential liability for offences relating to perjury. Given these consequences, the judicial investigative hearing provision clearly engages s. 7 liberty interests.

This Court has very recently affirmed the approach to principles of fundamental justice encapsulated in s. 7 of the *Charter*: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; and *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4. In *Canadian Foundation*,

explicite en ce qui concerne sa date de prise d'effet, l'objet et l'effet de l'inclusion de l'al. 83.28(4)a indiquent que le législateur a voulu que cette disposition puisse s'appliquer rétroactivement.

Pour les motifs susmentionnés, l'art. 83.28 ne porte pas atteinte aux droits substantiels de l'appellant et est donc de nature strictement procédurale. L'appellant n'a pas réfuté la présomption d'application immédiate. Par conséquent, l'art. 83.28 prend effet immédiatement et s'applique rétroactivement aux répercussions d'événements passés.

(2) L'article 7 de la Charte

a) *Interprétation générale de l'art. 7*

La contrainte légale à témoigner fait intervenir le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* : *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 28; voir aussi *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par. 33; *Thomson*, précité, p. 536. L'atteinte à la liberté est complète au moment du discours forcé, quelle qu'en soit la nature : *S. (R.J.)*, par. 43. Aux termes du par. 83.28(5), les personnes visées par une ordonnance peuvent être tenues de se présenter à une investigation, interrogées sous serment et obligées de remettre toute chose qu'elles ont en leur possession. L'article 83.29 prévoit, en outre, que ces personnes pourront être incarcérées si elles se soustraient à la signification ou si elles ne se présentent pas ou ne demeurent pas présentes à l'interrogatoire. En plus de donner lieu à l'application des lois ordinaires en matière d'outrage au tribunal lorsqu'il y a défaut de répondre aux questions, l'art. 83.28 fait aussi en sorte que l'auteur d'une infraction liée au parjure risque de voir sa responsabilité engagée à cet égard. Vu ces conséquences, la disposition relative à l'investigation judiciaire fait clairement intervenir le droit à la liberté garanti par l'art. 7.

La Cour a tout récemment confirmé la façon d'interpréter les principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7 de la *Charte* : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, et *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4. Dans l'arrêt *Canadian Foundation*,

66

67

68

at para. 8, the Chief Justice summarized the approach thus:

Jurisprudence on s. 7 has established that a “principle of fundamental justice” must fulfill three criteria: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 113. First, it must be a legal principle. This serves two purposes. First, it “provides meaningful content for the s. 7 guarantee”; second, it avoids the “adjudication of policy matters”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Second, there must be sufficient consensus that the alleged principle is “vital or fundamental to our societal notion of justice”: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 590. The principles of fundamental justice are the shared assumptions upon which our system of justice is grounded. They find their meaning in the cases and traditions that have long detailed the basic norms for how the state deals with its citizens. Society views them as essential to the administration of justice. Third, the alleged principle must be capable of being identified with precision and applied to situations in a manner that yields predictable results. Examples of principles of fundamental justice that meet all three requirements include the need for a guilty mind and for reasonably clear laws.

(b) *The Right to Silence/The Right Against Self-Incrimination*

69

The appellant contends that s. 83.28 is a violation of an individual’s absolute right to silence and the right against self-incrimination. However, in this context, the right to silence is inextricably tied to the right against self-incrimination. Accordingly, we address the argument under the s. 7 right against self-incrimination. For the reasons that follow, we conclude that the appellant’s s. 7 rights have not been infringed, whether through the protection against self-incrimination, or through a broader right to silence.

70

This Court has recognized that the right against self-incrimination is a principle of fundamental justice: *S. (R.J.)*, *supra*, at para. 95; *Branch*, *supra*; *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, 2002 SCC 73. In *Jarvis*, at para. 67, the right against self-incrimination was described as “an elemental canon of the Canadian

par. 8, la Juge en chef résume ainsi ce mode d’interprétation :

La jurisprudence relative à l’art. 7 a établi qu’un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113. Premièrement, il doit s’agir d’un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D’une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l’art. 7 »; d’autre part, elle évite « de trancher des questions de politique générale » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d’un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l’État. La société les juge essentiels à l’administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d’une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires.

b) *Le droit de garder le silence et le droit de ne pas s’incriminer*

L’appellant prétend que l’art. 83.28 porte atteinte au droit absolu d’une personne de garder le silence et à son droit de ne pas s’incriminer. Cependant, dans le contexte de la présente affaire, le droit de garder le silence est inextricablement lié au droit de ne pas s’incriminer. Par conséquent, nous abordons l’argument sous l’angle du droit de ne pas s’incriminer que garantit l’art. 7. Pour les raisons qui suivent, nous concluons qu’il n’y a eu aucune atteinte aux droits que l’art. 7 garantit à l’appellant, que ce soit sous forme de protection contre l’auto-incrimination ou de droit général de garder le silence.

La Cour a reconnu que le droit de ne pas s’incriminer est un principe de justice fondamentale : *S. (R.J.)*, précité, par. 95; *Branch*, précité; *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, 2002 CSC 73. Au paragraphe 67 de l’arrêt *Jarvis*, le droit de ne pas s’incriminer est décrit comme une « règle essentielle du

criminal justice system". It has further been recognized in relation to the principle of individual sovereignty and as an assertion of human freedom: *S. (R.J.)*, *supra*, at para. 81; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at pp. 248-49; and *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 43. Having recognized the centrality of the principle in Canadian law, this Court's jurisprudence has further articulated general principles regarding the relationship of self-incrimination to criminal law more broadly. To this end, testimonial compulsion has been invariably linked with evidentiary immunity. Beginning in *S. (R.J.)*, *supra*, and continuing in *Branch*, *supra*, *Phillips*, *supra*, and *Jarvis*, *supra*, the more recent jurisprudence of our Court on self-incrimination developed such that three procedural safeguards emerged: use immunity, derivative use immunity, and constitutional exemption.

Use immunity serves to protect the individual from having the compelled incriminating testimony used directly against him or her in a subsequent proceeding. The derivative use protection insulates the individual from having the compelled incriminating testimony used to obtain other evidence, unless that evidence is discoverable through alternative means. The constitutional exemption provides a form of complete immunity from testifying where proceedings are undertaken or predominately used to obtain evidence for the prosecution of the witness. Together these necessary safeguards provide the parameters within which self-incriminating testimony may be obtained. It is against this backdrop that s. 83.28 must be assessed.

Section 83.28(10) provides both use and derivative use immunity to the individual named in an order for the gathering of information. Section 83.28(10)(a) provides that no answer given or thing produced shall be used or received against any criminal proceedings against that person, save prosecution for perjury or giving contradictory evidence. Derivative use immunity is provided for in s. 83.28(10)(b). Indeed, the protection in para. (b) goes beyond the requirements in the jurisprudence, and

système de justice criminelle au Canada ». Ce droit a en outre été associé au principe de la souveraineté de l'individu et défini comme une affirmation de la liberté humaine : *S. (R.J.)*, précité, par. 81; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 248-249; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 43. Après avoir reconnu le rôle crucial de ce principe en droit canadien, la Cour a, dans sa jurisprudence, formulé des principes généraux au sujet du lien qui existe entre l'auto-incrimination et le droit criminel en général. Ce faisant, elle a constamment relié la contrainte à témoigner à l'immunité relative à la preuve. À commencer par l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, jusqu'aux arrêts *Branch*, *Phillips* et *Jarvis*, précités, la jurisprudence la plus récente de la Cour en matière d'auto-incrimination a évolué au point où trois garanties procédurales ont vu le jour : l'immunité contre l'utilisation de la preuve, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et l'exemption constitutionnelle.

L'immunité contre l'utilisation de la preuve empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d'autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d'autres moyens. L'exemption constitutionnelle confère une forme de droit absolu de ne pas témoigner lorsque les procédures engagées visent ou servent essentiellement à recueillir des éléments de preuve qui permettraient de poursuivre le témoin. Ensemble, ces garanties nécessaires établissent les paramètres à l'intérieur desquels un témoignage incriminant peut être obtenu. C'est dans ce contexte qu'il faut apprécier l'art. 83.28.

Le paragraphe 83.28(10) accorde à la personne visée par une ordonnance autorisant la recherche de renseignements l'immunité contre l'utilisation de la preuve ainsi que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. L'alinéa 83.28(10)a prévoit que la réponse donnée ou la chose remise par une personne ne peut être utilisée ou admise contre elle dans des poursuites criminelles, sauf dans le cas de poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoire. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée

provides absolute derivative use immunity, such that evidence derived from the evidence provided at the judicial investigative hearing may not be presented in evidence against the witness in another prosecution even if the Crown is able to establish, on a balance of probabilities, that it would have inevitably discovered the same evidence through alternative means. The constitutional exemption is provided for in this case in light of the ordinary application of the principle asserted in *Jarvis, supra*, at para. 96, that testimonial compulsion is precluded where the predominant purpose of the proposed hearing is the determination of penal liability. There is no reason to believe that the predominant purpose of the judicial investigative hearing before us is to obtain information or evidence for the prosecution of the appellant.

est prévue à l'al. 83.28(10)b). En fait, la protection accordée par l'al. b) déborde les exigences de la jurisprudence et confère une immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée, de sorte que la preuve émanant du témoignage livré à l'investigation judiciaire ne peut être produite contre le témoin dans d'autres poursuites, même si le ministère public est en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il aurait inévitablement découvert cette preuve par d'autres moyens. L'exemption constitutionnelle découle en l'espèce de l'application normale du principe énoncé au par. 96 de l'arrêt *Jarvis*, précité, selon lequel la contrainte à témoigner est interdite lorsque l'audience projetée a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale. Rien ne permet de croire que l'investigation judiciaire dont il est question en l'espèce a pour objet prédominant d'obtenir des renseignements ou des éléments de preuve qui permettront de poursuivre l'appellant.

73

It is clear from the above discussion that the procedural protections available to the appellant in relation to the judicial investigative hearing are equal to and, in the case of derivative use immunity, greater than the protections afforded to witnesses compelled to testify in other proceedings, such as criminal trials, preliminary inquiries or commission hearings. However, s. 83.28(10) provides for such safeguards only in the context of "any criminal proceedings". The legislation does not speak to safeguards in relation to other types of hearings, such as extradition or deportation hearings, or proceedings in foreign jurisdictions.

L'analyse qui précède montre clairement que les garanties procédurales dont l'appellant peut se prévaloir en ce qui concerne l'investigation judiciaire sont équivalentes et, dans le cas de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, supérieures à celles dont jouissent les témoins contraints à témoigner dans d'autres procédures, comme les procès criminels, les enquêtes préliminaires ou les audiences de commissions. Toutefois, le par. 83.28(10) prévoit que ces garanties ne s'appliquent que dans le cadre de « poursuites criminelles ». La disposition législative ne parle pas de garanties applicables à d'autres types d'audiences, comme celles en matière d'extradition ou d'expulsion ou encore les procédures dans un ressort étranger.

74

The international scope of terrorism activities and the inter-jurisdictional ambit of terrorism investigation raise grave concerns about potential uses of information gathered pursuant to s. 83.28(10): D. M. Paciocco, "Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, at p. 231. Compelled testimony obtained pursuant to s. 83.28 may potentially be used against individuals in extradition hearings, and subsequently passed on to foreign authorities for use in prosecution abroad: see J. Millard,

La portée internationale des activités terroristes et des enquêtes sur le terrorisme suscite de graves inquiétudes au sujet des utilisations qui peuvent être faites des renseignements obtenus conformément au par. 83.28(10) : D. M. Paciocco, « Constitutional Casualties of September 11 : Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, p. 231. Le témoignage forcé obtenu conformément à l'art. 83.28 peut éventuellement être utilisé contre un individu lors d'une audience en matière d'extradition et, par la suite, transmis à des autorités

“Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act*” (2002), 60(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 79, at p. 81. Such testimony may also be used against non-citizens in deportation hearings under s. 34 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, such that the Minister’s “reasonable belief” that an individual has engaged in terrorism may be based on the testimony of that individual at a judicial investigative hearing.

This Court has recently expressed the seriousness with which it views deportation or extradition to countries where torture and/or death are distinct possibilities: *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1. In such cases, guarantees of fundamental justice apply even where deprivations of life, liberty or security may be effected by actors other than the Canadian government, if a sufficient causal connection exists between the participation of the Canadian government and the ultimate deprivation effected: *Suresh*, at para. 54. This general principle was recognized in *Suresh* to apply equally to either deportation or extradition hearings.

In our view, a sufficient causal connection exists where information gathered under s. 83.28 is used to effect deprivations of liberty, such as torture or death, in circumstances where the government’s participation was a necessary precondition, and the resulting deprivation an entirely foreseeable consequence of the participation. Accordingly, deportations or extraditions must accord with the principles of fundamental justice. Consequently, the parameters recognized in *Burns*, *supra*, at para. 124, and *Suresh*, *supra*, at para. 76, must be respected.

This appeal is our first opportunity to discuss the parameters of a right against self-incrimination in the context of possible deportation or extradition

étrangères pour qu’elles s’en servent dans des poursuites à l’étranger : voir J. Millard, « Investigative Hearings under the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 60(1) *R.D.U.T.* 79, p. 81. Ce témoignage peut aussi être utilisé contre des non-citoyens lors d’audiences en matière d’expulsion tenues en vertu de l’art. 34 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, de sorte que la « croyance raisonnable » du ministre qu’une personne se livre au terrorisme peut être fondée sur le témoignage que celle-ci a livré au cours d’une investigation judiciaire.

La Cour a récemment dit prendre au sérieux l’expulsion ou l’extradition vers des pays où le risque de torture ou de peine de mort, ou les deux à la fois, est réel : *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1. Dans ces cas, les garanties relatives à la justice fondamentale s’appliquent même si les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l’atteinte qui survient en bout de ligne : *Suresh*, par. 54. Dans l’arrêt *Suresh*, la Cour a reconnu que ce principe général s’applique également aux audiences en matière d’expulsion ou d’extradition.

Nous estimons que, dans un cas où la participation du gouvernement était une condition préalable nécessaire et que l’atteinte résultante était une conséquence tout à fait prévisible de cette participation, il existe un lien causal suffisant dès que les renseignements recueillis sous le régime de l’art. 83.28 sont utilisés pour porter atteinte à la liberté, notamment par la torture ou la peine de mort. Les expulsions et les extraditions doivent donc respecter les principes de justice fondamentale. En conséquence, les paramètres reconnus dans les arrêts *Burns*, précité, par. 124, et *Suresh*, précité, par. 76, doivent être respectés.

Le présent pourvoi nous donne l’occasion d’analyser, pour la première fois, les paramètres du droit de ne pas s’incriminer dans le contexte d’audiences

75

76

77

hearings against, on the facts of this case, persons named under the s. 83.28 proceeding. Prior cases have focussed exclusively on the engagement of s. 7 in relation to government participation where the possibility of torture or death exists. The right against self-incrimination in the guise of testimonial compulsion has been recognized as non-absolute. Indeed, in the reasons above, we have affirmed the need for various procedural safeguards where testimonial compulsion is at issue. This Court has also expressly recognized the dire consequences which may flow from deportation and extradition, as such proceedings frequently have grave consequences for the liberty and security interests of individuals.

78

As in many other areas of law, a balance must be struck between the principle against self-incrimination and the state's interest in investigating offences. We believe such a balance is struck by extending the procedural safeguards of s. 83.28 to extradition and deportation hearings. As mentioned earlier, s. 83.28(5)(e) permits the inclusion of other terms and conditions, including those required for the protection of the witness. Moreover, under s. 83.28(7), the terms and conditions of the order may be varied to provide as much. This point was conceded by the Crown in oral argument.

79

In order to meet the s. 7 requirements, the procedural safeguards found in s. 83.28 must necessarily be extended to extradition and deportation proceedings. In *Branch*, *supra*, at para. 5, derivative use immunity was stated to apply both in subsequent proceedings where the witness is an accused subject to penal sanctions, and more generally to any proceeding which engages s. 7 of the *Charter*, such as extradition and deportation hearings. The protective effect of s. 83.28(10) would be significantly undercut if information gathered under s. 83.28 was used at the state's discretion in subsequent extradition or deportation proceedings. Therefore, where there is the potential for such use by the state, the hearing judge must make and, if necessary, vary the terms of

en matière d'expulsion ou d'extradition auxquelles sont exposées, selon les faits de la présente affaire, des personnes visées par l'acte de procédure délivré en vertu de l'art. 83.28. Les affaires antérieures portaient exclusivement sur l'application de l'art. 7 dans le cas où le gouvernement participe à des procédures où le risque de torture ou de peine de mort est un enjeu. La Cour a reconnu que le droit de ne pas s'incriminer en livrant un témoignage forcé n'est pas absolu. En fait, dans les motifs qui précèdent, nous avons confirmé que diverses garanties procédurales sont requises lorsqu'il est question de contrainte à témoigner. La Cour a aussi expressément reconnu que les procédures d'expulsion et d'extradition peuvent avoir des effets désastreux, étant donné les graves conséquences qu'elles ont souvent sur les droits à la liberté et à la sécurité de certaines personnes.

Comme dans bien d'autres domaines du droit, il est nécessaire d'établir un équilibre entre le principe interdisant l'auto-incrimination et l'intérêt qu'a l'État à enquêter sur des infractions. Nous croyons que l'application des garanties procédurales de l'art. 83.28 aux audiences en matière d'extradition et d'expulsion permet d'établir cet équilibre. Comme nous l'avons vu, l'al. 83.28(5)e) permet d'inclure d'autres modalités, y compris celles requises pour protéger le témoin. En outre, le par. 83.28(7) prévoit que les modalités de l'ordonnance peuvent être modifiées en ce sens. Le ministère public a concédé ce point durant sa plaidoirie.

Pour satisfaire aux exigences de l'art. 7, il faut nécessairement appliquer les garanties procédurales de l'art. 83.28 aux procédures d'extradition et d'expulsion. Dans l'arrêt *Branch*, précité, par. 5, la Cour a affirmé que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée peut être revendiquée, à la fois, dans des procédures subséquentes où le témoin est un accusé passible de sanctions pénales et, de façon plus générale, dans toutes procédures qui déclenchent l'application de l'art. 7 de la *Charte*, telles les audiences en matière d'extradition et d'expulsion. L'effet protecteur du par. 83.28(10) serait sérieusement compromis si l'État pouvait, à sa discrétion, utiliser dans des procédures d'extradition ou d'expulsion subséquentes les renseignements recueillis

an order to properly provide use and derivative use immunity in extradition or deportation proceedings.

(3) The Independence of the Judiciary

Judicial independence is the “lifeflood of constitutionalism in democratic societies”: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 70. The importance of judicial independence to the promotion and preservation of the rule of law cannot be overstated. In this respect, as the late Professor Lederman noted, judicial independence is one of the original principles of the English Constitution: W. R. Lederman, “The Independence of the Judiciary”, in A. M. Linden, ed., *The Canadian Judiciary* (1976), 1, at p. 2. An independent judiciary is absolutely necessary to “ensure that the power of the state is exercised in accordance with the rule of law and the provisions of our Constitution. In this capacity, courts act as a shield against unwarranted deprivations by the state of the rights and freedoms of individuals”: *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, at para. 22, *per* Major J.

This principle exists in Canadian law in a number of forms. In the Constitution, it is explicitly referenced in ss. 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867* and in s. 11(d) of the *Charter*. The application of these provisions, however, is limited. The former applies to judges of superior courts, and the latter to courts and tribunals charged with trying the guilt of persons charged with criminal offences: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 84; *Ell, supra*, at para. 18. Judicial independence has also been implicitly recognized as a residual right protected under s. 7, as it, along with the remaining protections in ss. 8 to 14, are specific examples of broader principles of fundamental justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Moreover, the commitment to the “foundational principle” of judicial independence has also

en vertu de l’art. 83.28. Par conséquent, lorsqu’un tel risque existe, le juge qui préside l’investigation peut établir ou modifier, si nécessaire, les modalités de l’ordonnance de manière à accorder, comme il se doit, l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée dans les procédures d’extradition ou d’expulsion.

(3) L’indépendance du pouvoir judiciaire

L’indépendance judiciaire est « l’élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques » : *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 70. On ne saurait trop insister sur l’importance de l’indépendance judiciaire pour la promotion et le respect de la primauté du droit. À cet égard, comme le soulignait le défunt professeur Lederman, l’indépendance judiciaire est l’un des principes originaux de la Constitution anglaise : W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary », dans A. M. Linden, dir., *The Canadian Judiciary* (1976), 1, p. 2. L’indépendance judiciaire est absolument nécessaire pour « veille[r] [. . .] à ce que l’exercice du pouvoir étatique respecte la primauté du droit et les dispositions de notre Constitution. À ce titre, [les tribunaux] servent de bouclier contre les atteintes injustifiées de l’État aux droits et libertés des citoyens » : *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35, par. 22, le juge Major.

Ce principe revêt différentes formes en droit canadien. Sur le plan constitutionnel, il est mentionné expressément aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l’al. 11d) de la *Charte*. L’application de ces dispositions est cependant limitée. Dans le premier cas, les articles en question s’appliquent aux juges des cours supérieures et, dans le deuxième cas, l’alinéa mentionné s’applique aux tribunaux qui se prononcent sur la culpabilité de personnes accusées d’une infraction criminelle : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 84; *Ell*, précité, par. 18. L’indépendance judiciaire a, en outre, été implicitement reconnue comme étant un droit résiduel protégé par l’art. 7, étant donné que, à l’instar des autres garanties accordées par les art. 8 à 14, elle est un exemple concret de principe général de

80

81

been referenced by way of the Preamble to the *Constitution Act, 1867: Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, at para. 109; see also *Ell*, at para. 19. Judicial independence further represents the cornerstone of the common law duty of procedural fairness, which attaches to all judicial, quasi-judicial and administrative proceedings, and is an unwritten principle of the Constitution.

82 The twin aspects of judicial independence and impartiality are relevant to this appeal. The first is the requirement that the judiciary function independently from the executive and legislative branches of government: *Beauregard*, *supra*, at pp. 72-73. The second is the recognition that judicial independence is necessary to uphold public confidence in the administration of justice: *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13. The relationship between judicial independence and impartiality was considered by the Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139:

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a “means” to this “end”. If judges could be perceived as “impartial” without judicial “independence”, the requirement of “independence” would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public’s perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality.

83 In this respect, we must ultimately consider whether a reasonable and informed person would conclude that the court under s. 83.28 is independent: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689; *Ell*, *supra*, at para. 32.

84 One of the criticisms levied against s. 83.28 is that it co-opts the judiciary into performing executive, investigatory functions in place of its usual adjudicative role: see, e.g., *Paciocco*, *supra*, at p. 232. Essentially, the assertion is that judges acting under

justice fondamentale : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503. De plus, la reconnaissance du « principe fondamental » qu’est l’indépendance judiciaire a également été évoquée dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, par. 109; voir aussi *Ell*, par. 19. En plus de constituer un principe constitutionnel non écrit, l’indépendance judiciaire est la pierre d’assise de l’obligation d’équité procédurale reconnue par la common law, qui s’applique à toutes les procédures judiciaires, quasi judiciaires et administratives.

Les deux facettes de l’indépendance et de l’impartialité judiciaires sont pertinentes en l’espèce. La première facette est l’exigence que le pouvoir judiciaire soit indépendant des organes exécutif et législatif du gouvernement : *Beauregard*, précité, p. 72-73. La deuxième facette est la reconnaissance que l’indépendance judiciaire est nécessaire au maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice : *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13. Dans l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139, la Cour a examiné le lien qui existe entre l’indépendance et l’impartialité des juges :

La garantie d’indépendance judiciaire vise dans l’ensemble à assurer une perception raisonnable d’impartialité; l’indépendance judiciaire n’est qu’un « moyen » pour atteindre cette « fin ». Si les juges pouvaient être perçus comme « impartiaux » sans l’« indépendance » judiciaire, l’exigence d’« indépendance » serait inutile. Cependant, l’indépendance judiciaire est essentielle à la perception d’impartialité qu’a le public. L’indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l’impartialité judiciaire.

À cet égard, il faut se demander, en définitive, si une personne raisonnable et renseignée conclurait que la cour dont il est question à l’art. 83.28 est indépendante : *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689; *Ell*, précité, par. 32.

L’une des critiques formulées à l’encontre de l’art. 83.28 veut qu’il permette au pouvoir judiciaire d’exercer des fonctions exécutives d’enquête au lieu d’exercer sa fonction juridictionnelle habituelle : voir, par exemple, *Paciocco*, *loc. cit.*, p. 232. On

s. 83.28 lack institutional independence or impartiality. The institutional dimension of judicial independence was recognized in *Ell, supra*, at para. 22, where Major J. described it as “the need to maintain the independence of a court or tribunal as a whole from the executive and legislative branches of government”. We note that there has been no allegation that Holmes J. has conducted herself in a partial or biased manner.

The role of the judge was described by this Court in *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 108:

The judicial function is absolutely unique. Our society assigns important powers and responsibilities to the members of its judiciary. Apart from the traditional role of an arbiter which settles disputes and adjudicates between the rights of the parties, judges are also responsible for preserving the balance of constitutional powers between the two levels of government in our federal state. Furthermore, following the enactment of the *Canadian Charter*, they have become one of the foremost defenders of individual freedoms and human rights and guardians of the values it embodies Accordingly, from the point of view of the individual who appears before them, judges are first and foremost the ones who state the law, grant the person rights or impose obligations on him or her.

We find that the substance of such a criticism is not made out in the context of the s. 83.28 judicial investigative hearing. Judges routinely play a role in criminal investigation by way of measures such as the authorization of wire taps (s. 184.2 of the *Code*), search warrants (s. 487 of the *Code*), and in applications for DNA warrants (s. 487.05 of the *Code*). The thrust of these proceedings is their investigatory purpose, and the common underlying thread is the role of the judge in ensuring that such information is gathered in a proper manner. The place of the judiciary in such investigative contexts is to act as a check against state excess.

However, once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the

affirme essentiellement que les juges qui agissent en vertu de l'art. 83.28 sont dépourvus d'indépendance ou d'impartialité institutionnelle. Dans l'arrêt *Ell*, précité, par. 22, le juge Major a reconnu l'aspect institutionnel de l'indépendance judiciaire qu'il décrit comme « la nécessité de maintenir l'indépendance d'un tribunal judiciaire ou administratif dans son ensemble vis-à-vis des organes exécutif et législatif du gouvernement ». Nous notons qu'il n'a pas été allégué que la juge Holmes avait fait montre de préjugé ou de parti pris.

Dans l'arrêt *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 108, la Cour décrit ainsi le rôle du juge :

La fonction judiciaire est tout à fait unique. Notre société confie d'importants pouvoirs et responsabilités aux membres de sa magistrature. Mis à part l'exercice de ce rôle traditionnel d'arbitre chargé de trancher les litiges et de départager les droits de chacune des parties, le juge est aussi responsable de protéger l'équilibre des compétences constitutionnelles entre les deux paliers de gouvernement, propres à notre État fédéral. En outre, depuis l'adoption de la *Charte canadienne*, il est devenu un défenseur de premier plan des libertés individuelles et des droits de la personne et le gardien des valeurs qui y sont enchâssées [. . .] En ce sens, aux yeux du justiciable qui se présente devant lui, le juge est d'abord celui qui dit la loi, qui lui reconnaît des droits ou lui impose des obligations.

Nous estimons que, pour l'essentiel, cette critique n'est pas fondée en ce qui concerne l'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28. Les juges jouent normalement un rôle dans les enquêtes criminelles, notamment en accordant des autorisations d'écoute électronique (art. 184.2 du *Code*), en décernant des mandats de perquisition (art. 487 du *Code*) et en statuant sur des demandes de mandat autorisant le prélèvement pour fins d'analyse génétique (art. 487.05 du *Code*). Ces procédures sont principalement axées sur la conduite d'une enquête, et leur dénominateur commun est le rôle du juge qui consiste à veiller à ce que les renseignements soient recueillis d'une manière régulière. Dans ce contexte d'enquête, le rôle du pouvoir judiciaire est de refréner les excès de l'État.

Toutefois, dès qu'une mesure législative requiert l'aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que

85

86

87

integrity of its role is not compromised or diluted. Earlier in these reasons we endorsed a broad and purposive approach to the interpretation of s. 83.28. This interpretation is consistent not only with the presumption of constitutional validity, but also with the traditional role of the judiciary. The function of the judge in a judicial investigative hearing is not to act as “an agent of the state”, but rather, to protect the integrity of the investigation and, in particular, the interests of the named person *vis-à-vis* the state.

88

The parameters of the judicial role under s. 83.28 must be clearly delineated and understood. As discussed above, the judge is empowered to ensure that questioning is fair and relevant, as required by the *CEA* and the common law. The scope of the order under s. 83.28(5), any exercise of judicial discretion under s. 83.28(5)(e) and the terms and conditions set under s. 83.28(7) must take as a starting point the rights and interests of the named person. Where a judge, acting pursuant to s. 83.28, imposes terms and conditions or exercises his or her discretion in a manner which goes beyond the role of the judiciary as guardian of the Constitution, that judge will have acted unconstitutionally. This accords with Parliamentary intention. During the third reading of Bill C-36 in the House of Commons, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice characterized the direct judicial supervision of s. 83.28 as one of the “very significant limits and controls” that brought the legislation into compliance with the *Charter: House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., November 28, 2001, at p. 7620.

89

We conclude that judicial independence is not compromised in this case. Under a broad and purposive interpretation, s. 83.28 requires the judge to act “judicially”, in accordance with constitutional norms, and the historic role of the judiciary in criminal proceedings. Moreover, the provision confers upon the judge considerable flexibility and discretion to set and vary the terms and conditions of the initiating order and the subsequent hearing. In light of the mandatory exercise of such discretion with

l’intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée. Plus tôt dans les présents motifs, nous avons souscrit à une interprétation large et téléologique de l’art. 83.28. Cette interprétation est compatible non seulement avec la présomption de constitutionnalité, mais également avec le rôle traditionnel du pouvoir judiciaire. Dans une investigation judiciaire, le juge doit non pas agir en qualité de « représentant de l’État », mais plutôt préserver l’intégrité de l’investigation et, en particulier, les droits de la personne désignée face à l’État.

Les paramètres du rôle judiciaire prévu à l’art. 83.28 doivent être clairement définis et bien compris. Comme nous l’avons vu, le juge est habilité à veiller à ce que l’interrogatoire soit équitable et pertinent conformément à la *LPC* et à la common law. Les droits et les intérêts de la personne désignée doivent être pris en compte au départ lorsqu’il s’agit de déterminer la portée de l’ordonnance rendue en vertu du par. 83.28(5), d’exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par l’al. 83.28(5)e) et d’établir des modalités en vertu du par. 83.28(7). Si, en établissant des modalités en vertu du par. 83.28 ou en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère cet article, le juge excède le rôle de gardien de la Constitution que joue le pouvoir judiciaire, il agit alors de manière inconstitutionnelle. Cela est conforme à l’intention du législateur. Lors de la troisième lecture du projet de loi C-36 à la Chambre des communes, le secrétaire parlementaire de la ministre de la Justice a affirmé que la supervision judiciaire directe prévue à l’art. 83.28 constitue l’une « des limites et des contrôles importants » qui rendent la mesure législative conforme à la *Charte : Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 28 novembre 2001, p. 7620.

Nous concluons que l’indépendance judiciaire n’est pas compromise en l’espèce. Selon une interprétation large et téléologique, l’art. 83.28 exige que le juge agisse « de façon judiciaire », conformément aux normes constitutionnelles et au rôle traditionnel que le pouvoir judiciaire joue en matière criminelle. En outre, la disposition confère au juge une grande latitude et un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l’établissement et la modification des modalités de l’ordonnance autorisant l’investigation

respect to rules of evidence, and use and derivative use immunity being extended to extradition and deportation hearings, judges bring the full weight of their authority as impartial adjudicators to the hearing to provide the witness with all the constitutional guarantees of the *Charter*. A failure on the part of a hearing judge to exercise his or her discretion in this manner will constitute reviewable error.

The ultimate question, however, is “whether a reasonable and informed person, viewing the relevant statutory provisions in their full historical context, would conclude that the court or tribunal is independent”: *Ell, supra*, at para. 32; *Valente, supra*, at p. 689. Professor Paciocco states that, “[e]ven though the legislation does not purport to command judges to perform this function, but leaves them with the discretion as to whether to conduct such a hearing, the appearance of independence is compromised”: Paciocco, *supra*, at p. 235.

The concern about the judicial investigative hearing stems largely from its being held *in camera*. However, in the media appeal, we discuss the fundamental principle of openness of the courts, a hallmark of the Canadian judicial system. In that appeal, we conclude that judicial investigative hearings are to be held presumptively in open court and that the onus is on the Crown to rebut that presumption under the test laid out in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76. In our view, the presumptive openness of the judicial investigative hearing is another factor that militates in favour of our conclusion that judicial investigative hearings do not compromise the independence or impartiality of the judiciary.

et en ce qui concerne l’investigation subséquente. Du fait que l’exercice de ce pouvoir est obligatoire en ce qui a trait aux règles de preuve et que l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée peuvent être revendiquées dans le cadre des audiences en matière d’extradition et d’expulsion, les juges mettent à contribution, à ces audiences, toute l’autorité qu’ils possèdent en tant que décideurs impartiaux pour veiller à ce que le témoin bénéficie de toutes les garanties constitutionnelles de la *Charte*. L’omission du juge qui préside l’audience d’exercer de cette manière son pouvoir discrétionnaire constitue une erreur donnant lieu à révision.

Cependant, il faut se demander, en définitive, « si en examinant les dispositions législatives pertinentes dans leur contexte historique complet, une personne raisonnable et renseignée conclurait que le tribunal judiciaire ou administratif en question est indépendant » : *Ell*, précité, par. 32; *Valente*, précité, p. 689. Selon le professeur Paciocco, [TRADUCTION] « [m]ême si la mesure législative n’est pas censée obliger les juges à exercer cette fonction, et leur confie plutôt le pouvoir discrétionnaire de tenir une telle audience, l’apparence d’indépendance est compromise » : Paciocco, *loc. cit.*, p. 235.

La crainte que suscite l’investigation judiciaire est due, en grande partie, au fait qu’elle se déroule à huis clos. Toutefois, dans le pourvoi relatif aux médias, nous analysons le principe fondamental de la publicité des procédures judiciaires qui est une caractéristique du système de justice canadien. Dans ce pourvoi, nous concluons qu’il existe une présomption de publicité à l’égard des investigations judiciaires et qu’il incombe au ministère public de réfuter cette présomption conformément au critère établi dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76. À notre avis, la présomption de publicité applicable aux investigations judiciaires est un autre facteur qui milite en faveur de notre conclusion que les investigations judiciaires ne compromettent pas l’indépendance ou l’impartialité du pouvoir judiciaire.

90

91

92 Assuming that this file had not been sealed to the extent that it was at the outset of the proceedings, a reasonable and informed person would conclude, on the facts of this case, and in light of the institutional function of the judiciary, that judicial impartiality and independence have not been compromised or diluted. Where a hearing is held within the parameters discussed above, justice will not only be done, but will also manifestly be seen to be done.

(4) The Role of the Crown

93 It was argued that the independence of Crown counsel is compromised by the judicial investigative hearing process, becoming impermissibly intertwined with the “police task” of investigation. We reject this argument for two reasons.

94 First, this Court in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, declined to set a bright line delineating the proper pre-charge role of the Crown. Policy considerations have a legitimate place in developing the Crown’s practical role in a given jurisdiction or situation. The core content of Crown independence is the maintenance of “objectivity throughout the proceedings” but the contextual framework may vary: *Regan*, at para. 83 (emphasis deleted). Since the application of Crown objectivity “is inevitably highly contextual” (*Canadian Foundation, supra*, at para. 11), it fails to meet the criteria for recognition as a principle of fundamental justice under s. 7.

95 Second, one may assume that by bringing Crown counsel into the judicial investigative hearing process, the legislature intended that the Crown would conduct itself according to its proper role as an officer of the court and its duty of impartiality in the public interest. This is consistent with our interpretation of the intended role of judges in the proceeding. Crown counsel are appropriately trained to question witnesses within the context of judicial rulings on relevance, fairness, privilege, and procedure. The mere fact of their involvement in the

Dans l’hypothèse où le présent dossier n’aurait pas été scellé comme il l’a été au début de l’instance, une personne raisonnable et renseignée conclurait, compte tenu des faits de la présente affaire et de la fonction institutionnelle du pouvoir judiciaire, que l’impartialité et l’indépendance judiciaires n’ont été ni compromises ni diminuées. Si une audience respecte les paramètres analysés plus haut, justice sera non seulement rendue, mais encore clairement perçue comme ayant été rendue.

(4) Le rôle du ministère public

On a fait valoir que le processus d’investigation judiciaire compromet l’indépendance de l’avocat du ministère public, du fait qu’il devient, de manière inacceptable, étroitement lié au travail d’enquête de la police. Nous rejetons cet argument pour deux raisons.

Premièrement, dans l’arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, la Cour a refusé de délimiter clairement le rôle que doit jouer le ministère public avant le dépôt des accusations. Les considérations de politique générale ont leur place lorsqu’il s’agit de définir le rôle concret du ministère public dans un ressort ou un cas donné. Le maintien de « l’objectivité du début à la fin des procédures » est au cœur de l’indépendance du ministère public, mais le cadre contextuel peut varier : *Regan*, par. 83 (soulignement supprimé). Étant donné que son application « ne peut que dépendre fortement du contexte » (*Canadian Foundation*, précité, par. 11), le principe de l’objectivité du ministère public ne remplit pas les conditions requises pour pouvoir être considéré comme un principe de justice fondamentale prévu à l’art. 7.

Deuxièmement, on peut présumer qu’en faisant participer les avocats du ministère public au processus d’investigation judiciaire, le législateur a voulu que le ministère public se conforme au rôle qu’il doit jouer en tant qu’officier de justice et à son obligation d’agir impartialement dans l’intérêt public. Cela est compatible avec notre interprétation du rôle que les juges sont censés jouer dans ces procédures. Les avocats du ministère public sont bien formés pour interroger les témoins dans le cas où un tribunal est appelé à trancher des questions de

investigation need not compromise Crown counsel's objectivity, as the critical component is their own "necessary vigilance": *Regan, supra*, at para. 83. Moreover, the Crown exercises a "public duty . . . performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings", and accordingly is presumed to act in good faith: *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 24. Where, however, the Crown can be shown to have acted vexatiously or in bad faith, recourse may be sought through the courts.

(5) Other Issues

(a) *Section 11(d) of the Charter*

Section 11(d) of the *Charter* does not apply because the appellant is not an accused. The issues raised under this section are subsumed in our s. 7 analysis.

(b) *Pre-Trial Discovery*

It is argued that the judicial investigative hearing in the circumstances of this case served the improper purpose of obtaining pre-trial discovery. Section 83.28(2) states that the purpose of an order for the gathering of information is to investigate a terrorism offence. It follows that the issuing judge must be satisfied that the purpose of the Crown in seeking the proposed hearing is in fact investigative, and not founded upon any oblique motive or otherwise improper purpose: see *Boucher, supra*; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 9, 2001 SCC 66; *Regan, supra*. Application for the order is made *ex parte*, and the onus is on the Crown to demonstrate its investigative purpose. If a party subsequently challenges the Crown's purpose in seeking an investigative hearing, the onus will be on the Crown to demonstrate the propriety of its purpose.

pertinence, d'équité, de privilège et de procédure. Le simple fait que l'avocat du ministère public participe à l'investigation ne compromet pas nécessairement son objectivité, qui tient essentiellement à la « vigilance » dont il est lui-même tenu de faire preuve : *Regan*, précité, par. 83. De plus, le ministère public s'acquitte d'un [TRADUCTION] « devoir public [. . .] d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires », et est donc présumé agir de bonne foi : *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 24. Toutefois, un recours en justice sera possible si on peut démontrer que le ministère public a agi de manière vexatoire ou de mauvaise foi.

(5) Autres questions en litige

a) *Alinéa 11d) de la Charte*

L'alinéa 11d) de la *Charte* ne s'applique pas étant donné que l'appelant n'est pas inculpé. Les questions soulevées en vertu de cet alinéa sont subsumées dans notre analyse de l'art. 7.

b) *Interrogatoire préalable*

On fait valoir que, dans les circonstances de la présente affaire, l'investigation judiciaire avait pour objet illégitime de procéder à un interrogatoire préalable. Le paragraphe 83.28(2) prévoit que l'objet d'une ordonnance autorisant la recherche de renseignements est la conduite d'une enquête relative à une infraction de terrorisme. Il s'ensuit que le juge qui rend l'ordonnance doit être convaincu que la demande d'investigation présentée par le ministère public vise, en fait, la conduite d'une enquête et n'est pas fondée sur un motif inavoué ou quelque autre motif illégitime : voir *Boucher*, précité; *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 9, 2001 CSC 66; *Regan*, précité. La demande d'ordonnance est présentée en l'absence de toute autre partie et il incombe au ministère public de démontrer que sa demande vise la conduite d'une enquête. Si, par la suite, une partie met en doute l'intention qu'a le ministère public en sollicitant la tenue d'une investigation, il incombera alors à ce dernier de démontrer la légitimité de son intention.

96

97

- 98 In addition, in an *ex parte* application of this nature, there is a well-recognised “duty of utmost good faith [on the Crown] in the representations that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld Virtually all codes of professional conduct impose such an ethical obligation on lawyers”: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at para. 27.
- 99 Holmes J., reviewing the purpose that supported issuance of the order, asked whether the predominant purpose was investigative. It appears that she placed the onus on the Crown to demonstrate the propriety of its purposes, although this is not explicitly stated. She tested the asserted investigative purpose against the factual record before her, taking into account the allegations of the appellant. She concluded that the purpose of the hearing as sought by the Crown was predominantly investigative and therefore permissible. Although the hearing judge expressed her conclusion in terms of a predominant purpose for the investigative hearing, in looking at her findings we are satisfied that she was using that expression to mean improper purpose or with an oblique motive.
- 100 Accepting that questions of propriety underlying Crown conduct fall on the legal end of the mixed law and fact spectrum discussed in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 36, we conclude that Holmes J. made no reviewable error. She correctly found no improper purpose in the Crown’s calling of the appellant under the s. 83.28 provisions. Our colleague, Binnie J., puts great emphasis, to paraphrase, on trial tactics employed by the Crown to obtain advance or mid-trial discovery of an uncooperative witness. With respect, such conclusions are somewhat speculative.
- De plus, lorsqu’il présente une demande *ex parte* de cette nature, il est reconnu que le ministère public a « l’obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. [Il] doit offrir une preuve complète et détaillée, et n’omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt [. . .] Presque tous les codes de déontologie professionnelle applicables aux avocats leur font cette obligation » : *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 27.
- Dans son examen de l’objet justifiant de rendre l’ordonnance sollicitée, la juge Holmes s’est demandé si l’objet prédominant était la conduite d’une enquête. Bien qu’elle ne l’ait pas expressément affirmé, il semble qu’elle ait attribué au ministère public le fardeau d’établir la légitimité de ses intentions. Elle a évalué l’objet d’enquête invoqué au regard des faits qu’on lui avait présentés, tout en tenant compte des allégations de l’appelant. Elle a conclu que, puisque l’objet prédominant de l’investigation sollicitée par le ministère public était la conduite d’une enquête, il était donc acceptable. Bien que la juge président l’investigation ait parlé d’objet prédominant de l’investigation dans la conclusion qu’elle a tirée, nous sommes convaincus, d’après ses constatations, qu’elle a utilisé cette expression au sens d’objet illégitime ou de motif inavoué.
- Reconnaissant que les questions de légitimité sous-jacentes à la conduite du ministère public se situent à l’extrémité juridique du spectre des questions mixtes de droit et de fait analysé dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 36, nous concluons que la juge Holmes n’a commis aucune erreur donnant lieu à révision. Elle a décidé, à juste titre, qu’en assignant l’appelant en vertu des dispositions de l’art. 83.28 le ministère public n’avait aucune intention illégitime. Notre collègue le juge Binnie insiste beaucoup — pour utiliser une paraphrase — sur les stratégies de prétoire auxquelles le ministère public a eu recours pour obtenir la communication, anticipée ou au milieu du procès, de renseignements par un témoin peu coopératif. En toute déférence, ces conclusions sont quelque peu conjecturales.

It is further argued that, regardless of the investigative purpose of the hearing, its effect was to provide the Crown with a pre-trial discovery advantage in the Air India trial not afforded to the defence. In our view, this issue arose here largely because the judicial investigative hearing was sought in the midst of the ongoing Air India trial and the proceedings in the British Columbia Supreme Court were conducted in total secrecy. In the unique circumstances of this case, the presumption of openness for the judicial investigative hearing and the participation of counsel for the accused from the outset would have overcome any concerns regarding the practical effect of the hearing on the Air India trial.

Given that the result is then to say that the order's secrecy might initially have granted some pre-trial advantage to the Crown, this may lead the Court to allow the appeal in part. However, the order's faults will be remedied by complying with the Court's ruling in the media appeal.

(c) *Participation of Counsel*

In light of our ruling and discussion in the media appeal that the hearing should have been held in open court and our comments above on the scope and operation of s. 83.28, there is no need to decide whether the participation of counsel for the accused, Mr. Bagri and Mr. Malik, in the judicial investigative hearing was an appropriate condition under s. 83.28(5)(e).

We reiterate our conclusion in the media appeal that it is difficult to anticipate all of the difficulties that such an order may pose. Accordingly, this issue should be left for another day, and should be debated within the legal profession so that court-imposed conditions can properly consider ethical standards and best practices for the involvement of counsel.

De plus, on soutient que, indépendamment de son objet d'enquête, l'investigation permettrait au ministère, et non à la défense, de disposer, au procès Air India, d'un avantage que procure l'interrogatoire préalable. À notre avis, cette question tient ici largement au fait que l'investigation judiciaire a été sollicitée au milieu du procès Air India et que les procédures devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique se déroulaient dans le plus grand secret. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, la présomption de publicité de l'investigation judiciaire et la participation des avocats des accusés dès le départ auraient permis d'apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India.

Étant donné qu'il se pourrait donc que le secret ayant entouré l'ordonnance ait, au départ, conféré au ministère public quelque avantage émanant d'une procédure préalable au procès, cela peut amener la Cour à accueillir le pourvoi en partie. Cependant, le respect de la décision de la Cour dans le pourvoi relatif aux médias permettra de remédier aux lacunes de l'ordonnance.

c) *Participation des avocats*

Compte tenu l'analyse qui nous a amenés à décider, dans le pourvoi relatif aux médias, que l'investigation aurait dû se dérouler en public, ainsi que des commentaires que nous avons formulés plus haut quant à la portée et à l'application de l'art. 83.28, il n'est pas nécessaire de déterminer si la participation des avocats des accusés, MM. Bagri et Malik, à l'investigation judiciaire était une modalité indiquée au sens de l'al. 83.28(5)e).

Nous réitérons la conclusion que nous avons tirée dans le pourvoi relatif aux médias selon laquelle il est difficile de prévoir toutes les difficultés qu'une telle ordonnance risque de présenter. Par conséquent, il y a lieu de reporter à une autre occasion la réponse à cette question et de laisser la profession juridique en débattre afin que les conditions prescrites par un tribunal puissent dûment tenir compte des normes déontologiques et des meilleures façons de procéder en ce qui concerne la participation des avocats.

101

102

103

104

VI. Disposition

105 The appeal should be dismissed. The order of this Court sealing the file in this case is lifted to the extent of the information disclosed in the reasons. The parties are at liberty to apply to the Court for any appropriate order regarding the disposition of any part of the file in this case that remains under seal.

106 The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

3. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of judicial independence and impartiality guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*?

No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

5. Does s. 83.28 of the *Criminal Code* infringe the principles of independence and impartiality established by the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

No.

The reasons of Bastarache and Deschamps JJ. were delivered by

107 BASTARACHE J. — I agree with the majority reasons subject to my comments on the openness of investigative hearings.

VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance de mise sous scellés du dossier, rendue par la Cour en l'espèce, est levée en ce qui concerne les renseignements divulgués dans les motifs. Il est loisible aux parties de demander à la Cour de rendre toute ordonnance appropriée au sujet de quelque partie du dossier qui est encore sous scellés en l'espèce.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. L'article 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, viole-t-il l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?

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

3. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires garantis par l'al. 11d) de la *Charte*?

Non.

4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*?

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

5. L'article 83.28 du *Code criminel* viole-t-il les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires établis dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Non.

Version française des motifs des juges Bastarache et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE — Je souscris aux motifs des juges majoritaires sous réserve de mes commentaires sur la publicité des procédures d'une investigation.

I. The Independence of the Judiciary

In my view, where a judicial investigative hearing is closed, the independence or impartiality of the judiciary will not be compromised as several other factors promote independence and impartiality. Further, the subsequent release of the information disclosed during these proceedings promote the accountability of the judiciary.

II. Pre-Trial Discovery

It is my view that Holmes J. made neither a palpable nor an overriding error in her assessment of the facts and her approach was correct in principle. In my view, the participation of counsel for the accused from the outset of the hearing was sufficient to overcome any concern regarding the practical effect of the hearing on the Air India Trial.

III. Participation of Counsel

The majority chose not to comment on the participation of counsel in light of the conclusion on openness in the companion appeal. Like the majority, I limit my comments to this case and will not set out the requisite conditions for such an order generally. In my view, there is no evidence that Holmes J. erred in concluding that counsel for the accused, Mr. Malik and Mr. Bagri, could participate in the hearing. Holmes J. exercised her discretion properly.

The following are the reasons delivered by

BINNIE J. (dissenting) — Many of the reasons urged by my colleagues Iacobucci and Arbour JJ. in support of the constitutional validity of the anti-terrorism investigatory power in s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (as amended by S.C. 2001, c. 41), demonstrate why this is not a proper case for its exercise. In my view, the s. 83.28 order in this case was sought by the Crown for an inappropriate purpose, it was granted on inappropriate terms, and its impropriety was not cured (although the terms were much improved) by the amendments made by the hearing judge. Accordingly, while I agree that s. 83.28 of the *Code*,

I. L'indépendance du pouvoir judiciaire

J'estime que, lorsqu'une investigation judiciaire est terminée, l'indépendance ou l'impartialité du pouvoir judiciaire n'est pas compromise étant donné que plusieurs autres facteurs en favorisent le maintien. En outre, la diffusion subséquente des renseignements divulgués pendant ces procédures favorise la responsabilité des juges.

II. L'interrogatoire préalable au procès

Selon moi, la juge Holmes n'a commis aucune erreur manifeste ou dominante dans son appréciation des faits, et l'approche qu'elle a adoptée était correcte en principe. J'estime que la participation des avocats des accusés à l'investigation dès le départ était suffisante pour apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India.

III. La participation des avocats

Les juges majoritaires ont choisi de ne pas commenter la participation des avocats à cause de la conclusion sur la publicité des procédures tirée dans le pourvoi connexe. À l'instar de ceux-ci, je limite mes commentaires à la présente affaire et je n'énoncerai pas les conditions généralement applicables à une telle ordonnance. J'estime que rien ne prouve que la juge Holmes a commis une erreur en concluant que les avocats des accusés, MM. Bagri et Malik, pouvaient participer à l'investigation. La juge Holmes a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissent) — Bon nombre des raisons que mes collègues, les juges Iacobucci et Arbour, exposent à l'appui de la constitutionnalité du pouvoir d'enquête en matière de lutte contre le terrorisme, conféré par l'art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (modifié par L.C. 2001, ch. 41), démontrent pourquoi la présente affaire ne se prête pas à l'exercice de ce pouvoir. J'estime que l'objet de l'ordonnance fondée sur l'art. 83.28, que le ministère public a sollicitée en l'espèce, et les conditions auxquelles cette ordonnance a été accordée étaient inappropriés, et que les modifications apportées par la juge président l'investigation n'ont

108

109

110

111

as interpreted by my colleagues, is constitutionally valid, in my opinion the Crown's resort to it in the circumstances of this case was an abuse of process. I would therefore allow the appeal.

pas remédié au caractère illégitime de l'ordonnance (en dépit de l'amélioration considérable de ses modalités). En conséquence, tout en reconnaissant la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code*, selon l'interprétation qu'en donnent mes collègues, j'estime que, dans les circonstances de la présente affaire, le recours du ministère public à cette disposition constitue un abus de procédure. J'accueillerais donc le pourvoi.

112 The Air India trial commenced on April 28, 2003. It has therefore been open to the Crown for more than a year to call the appellant as a witness for the prosecution. As of the date of the hearing of this appeal, the Crown had not done so. While the s. 83.28 hearing judge was persuaded that the "predominant purpose" of the Crown in seeking a s. 83.28 order was the ongoing Air India *investigation* rather than the ongoing Air India *trial*, it is clear that the *timing* of the Crown's attempt to obtain the appellant's s. 83.28 evidence was driven by trial tactics. By that I mean the Crown's desire to obtain a mid-trial examination for discovery of the appellant before a different judge to determine in advance precisely what the appellant will say or not say in the witness box. This is an abuse of the extraordinary powers granted under the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41. In my view the s. 83.28 hearing should have been stayed until after the appellant testified at the Air India trial or the Crown declared that the appellant would not be called as a prosecution witness.

Le procès Air India a commencé le 28 avril 2003. Le ministère public était donc en mesure, depuis plus d'un an, d'assigner l'appelant comme témoin à charge. À la date de l'audition du présent pourvoi, il ne l'avait pas encore fait. Bien que la juge président l'investigation prévue par l'art. 83.28 ait été persuadée que l'ordonnance que le ministère public sollicitait en vertu de cet article avait pour « objet prédominant » de faire progresser l'*enquête* en cours sur la tragédie d'Air India plutôt que le *procès* Air India en cours, il est clair que le *moment choisi* par le ministère public pour tenter d'obtenir le témoignage de l'appelant en vertu de cette disposition était le fruit d'une stratégie de prétoire. J'entends par là que le ministère public voulait faire subir à l'appelant, au milieu du procès, un interrogatoire devant un autre juge afin de connaître exactement à l'avance ce que l'appelant dirait ou ne dirait pas à la barre des témoins. Il s'agit là d'un exercice abusif des pouvoirs extraordinaires conférés par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41. J'estime que l'investigation fondée sur l'art. 83.28 aurait dû être suspendue jusqu'à ce que l'appelant ait témoigné au procès Air India ou que le ministère public ait déclaré qu'il ne l'assignerait pas comme témoin à charge.

I. The Fundamental Issue

I. La question fondamentale

113 My colleagues quote in para. 6 the much repeated dictum of Jackson J. of the United States Supreme Court that the *Bill of Rights* (or in our case the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) is not "a suicide pact": *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 37 (in dissent). In that case the U.S. Supreme Court upheld the free speech rights of a Chicago priest charged with causing a riot by his inflammatory speech to the Christian Veterans of

Mes collègues citent, au par. 6, la remarque incidente, souvent reprise, du juge Jackson de la Cour suprême des États-Unis, dissident dans l'arrêt *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 37, selon laquelle le *Bill of Rights* (ou, dans notre cas, la *Charte canadienne des droits et libertés*) n'est pas [TRADUCTION] « un pacte de suicide ». Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a confirmé le droit à la liberté d'expression d'un prêtre de

America. More to the point for our purposes, I think, is the observation of Douglas J. for the majority in the same case, that upholding constitutional rights at times of national stress is “one of the chief distinctions” that sets a liberal democracy apart from the “totalitarian regimes” that were considered at that time a threat to national security (p. 4).

Every legal system has its not-so-proud moments when in times of national upheaval or wartime emergency, civil rights have been curtailed in ways which were afterwards regretted. One need look no further than to mention the wartime treatment of Canadians of Japanese descent, upheld in *Reference Re: Persons of Japanese Race*, [1946] S.C.R. 248, aff'd [1947] 1 D.L.R. 577 (P.C.).

The challenge posed to our legal institutions by the current “war on terrorism” promises to be more enduring and difficult to manage than the more traditional wartime challenges to civil liberties previously experienced. The terrorist threat had no announced point of commencement and may have no end. The enemy is not conveniently dressed in uniforms or arranged in battlefield order. They operate among us in guerilla-style networks, where decisions can be made, adjusted, improvised and implemented in lower level cells. They are, it seems, everywhere and yet they are nowhere to be seen. There may be no dramatic final battle in which victors and losers are made manifest. We are told that there will be a long, slow process of attrition. Efforts to counteract terrorism are likely to become part of our everyday existence for perhaps generations to come. In these circumstances we can take limited comfort from the declared intention of the government that the *Anti-terrorist Act* is a temporary measure. While its continued existence will depend on Parliament's appreciation of developments in the “war on terrorism”, such temporary measures may well slide into

Chicago, accusé d'avoir causé une émeute en prononçant un discours enflammé devant les Christian Veterans of America. J'estime plus à propos, dans le cas qui nous occupe, l'observation formulée par le juge Douglas, au nom des juges majoritaires dans cette même affaire, selon laquelle le maintien des droits constitutionnels, en période de malaise national, est [TRADUCTION] « l'un des principaux traits » qui distingue une démocratie libérale des [TRADUCTION] « régimes totalitaires », qui étaient considérés à l'époque comme une menace pour la sécurité nationale (p. 4).

Chaque système juridique a connu des moments moins glorieux lorsque les droits civils de ses justiciables ont été réduits — d'une manière jugée regrettable par la suite — afin de remédier à une situation de crise nationale ou à une situation d'urgence en temps de guerre. Il suffit de penser au traitement réservé en temps de guerre aux Canadiens d'origine japonaise, dont la validité a été confirmée dans *Reference Re: Persons of Japanese Race*, [1946] R.C.S. 248, conf. par [1947] 1 D.L.R. 577 (C.P.).

Le problème que présente pour nos institutions juridiques l'actuelle « guerre contre le terrorisme » s'annonce plus durable et plus difficile à gérer que les attaques plus traditionnelles dont les libertés civiles ont jusqu'à maintenant été l'objet en temps de guerre. Rien n'annonçait la menace terroriste, qui pourrait continuer de planer indéfiniment. L'ennemi n'est pas aisément repérable du fait qu'il ne porte pas d'uniforme et qu'il n'est pas aligné en position de combat. Il évolue parmi nous sous forme de réseaux, pendants de la guérilla, au sein desquels les décisions peuvent être prises, adaptées, improvisées et exécutées par des cellules de niveau inférieur. L'ennemi semble être partout et, pourtant, on ne le voit nulle part. Il n'y aura peut-être jamais de grande bataille finale qui départagera les vainqueurs des vaincus. On nous prédit une longue et lente guerre d'usure. Les efforts déployés pour lutter contre le terrorisme feront probablement partie de notre vie de tous les jours pour des générations à venir. Dans ces circonstances, l'intention avouée du gouvernement de faire de la *Loi antiterroriste* une mesure temporaire n'est pas de nature à nous

114

115

a state of *de facto* permanence. The role of s. 83.28 in our criminal law should be approached with that unhappy prospect firmly in mind.

116 The danger in the “war on terrorism” lies not only in the actual damage the terrorists can do to us but what we can do to our own legal and political institutions by way of shock, anger, anticipation, opportunism or overreaction.

117 This case, it seems to me, illustrates the problem.

II. The Air India Trial

118 My colleagues suggest (I think correctly) that generally speaking the role of the hearing judge under s. 83.28 is “to protect the integrity of the investigation and, in particular, the interests of the named person *vis-à-vis* the state” (para. 87). In this case, however, the difficult issue for the s. 83.28 hearing judge is not so much the fair treatment of the appellant as it is the need to ensure that the charges against the accused Ripudaman Singh Malik and Ajaib Singh Bagri in the Air India case are dealt with in accordance with our usual rules of a fair trial.

119 The hearing judge explicitly recognized in her publicly released synopsis of the s. 83.28 case that the “terrorism offence” under investigation at her inquiry is also the subject matter of the criminal charges against Malik and Bagri.

The terrorism offence relates to two explosions which occurred between June 22 and 23, 1985, and caused the deaths of two baggage handlers and injuries to four others in Narita, Japan, and the deaths of the 329 passengers and crew of Air India flight 182 off the west coast of Ireland.

rassurer complètement. Bien que son maintien dépende de l'idée que le gouvernement se fera des progrès de la « guerre contre le terrorisme », cette mesure temporaire risque bien de devenir permanente dans les faits. C'est en ayant fermement à l'esprit cette triste perspective qu'il faut aborder le rôle de l'art. 83.28 dans notre droit criminel.

Le risque que comporte la « guerre contre le terrorisme » n'est pas seulement le préjudice réel que les terroristes peuvent nous causer, mais encore ce que la consternation, la colère, l'anticipation, l'opportunisme ou la dramatisation peut nous amener à faire à nos propres institutions juridiques et politiques.

Il me semble que la présente affaire illustre bien le problème.

II. Le procès Air India

Mes collègues indiquent (à juste titre, selon moi) que, de manière générale, le rôle du juge président une investigation prévue par l'art. 83.28 est de « préserver l'intégrité de l'investigation et, en particulier, les droits de la personne désignée face à l'État » (par. 87). En l'espèce, cependant, le problème pour la juge qui préside l'investigation prévue par l'art. 83.28 n'est pas tant de s'assurer que l'appellant bénéficie d'un traitement équitable que de veiller à ce que les accusations portées contre les accusés Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri, dans l'affaire Air India, soient traitées d'une manière conforme à nos règles usuelles en matière de procès équitable.

Dans le résumé — qu'elle a fait publiquement — de l'affaire relative à l'art. 83.28, la juge président l'investigation a expressément reconnu que l'« infraction de terrorisme » examinée dans le cadre de son enquête est également visée par les accusations criminelles portées contre MM. Malik et Bagri.

[TRADUCTION] L'infraction de terrorisme a trait à deux explosions survenues entre les 22 et 23 juin 1985, qui ont causé la mort de deux bagagistes en plus de blesser quatre autres personnes à Narita, au Japon, ainsi que la mort des 329 passagers et membres d'équipage du vol 182 d'Air India au large de la côte ouest de l'Irlande.

Mr. Malik and Mr. Bagri are currently on trial for conspiracy to murder and other offences relating to those events. Their trial began on April 28, 2003 and will resume on September 8, 2003.

([2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, at paras. 4-5)

She elsewhere noted that the s. 83.28 hearing was directed to “information about the Air India crimes and their perpetrators” (emphasis added). The perpetrators, on the Crown’s theory, include Malik and Bagri.

The appellant is a witness scheduled to testify for the prosecution against Malik and Bagri. This person has “not cooperated with the police” nor, it seems, with the Crown. The hearing judge specifically noted that the appellant is “equally uncooperative with the defence”. At the time of the hearing before Holmes J. the appellant had made no known disclosure to anyone of the evidence he or she might or might not give in the Air India trial.

A. *The Crown Sought Mid-Trial Discovery of an Uncooperative Witness*

The *Criminal Code* affords the Crown many advantages in a criminal proceeding but where, as here, the Crown chooses to proceed by direct indictment, a free-standing right to compel reluctant witnesses to answer questions under oath before they are called to give their evidence in open court is not amongst them.

In this case, the Crown decided not to hold a preliminary hearing before a judge in the ordinary way in the presence of the accused but to proceed to trial on a direct indictment signed by the Attorney General of British Columbia on March 8, 2001. The consequences of such a procedure are significant, as pointed out in *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, per Estey J., at p. 105:

Messieurs Malik et Bagri subissent actuellement leur procès pour complot en vue de commettre un meurtre et d’autres infractions liées à ces événements. Leur procès a commencé le 28 avril 2003 et reprendra le 8 septembre 2003.

([2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, par. 4-5)

Elle a noté ailleurs que l’investigation sollicitée en vertu de l’art. 83.28 visait l’obtention de [TRADUCTION] « renseignements relatifs aux crimes dont Air India a été victime et aux auteurs de ces crimes » (je souligne). Selon la thèse du ministère public, MM. Malik et Bagri comptent parmi ces auteurs.

L’appellant doit témoigner pour la poursuite au procès de MM. Malik et Bagri. Il n’a pas [TRADUCTION] « collaboré avec la police » ni, semble-t-il, avec le ministère public. La juge président l’investigation a souligné que l’appellant s’est [TRADUCTION] « également montré peu coopératif avec la défense ». Au moment de l’investigation présidée par la juge Holmes, l’appellant n’avait parlé à personne du témoignage qu’il pourrait livrer ou ne pas livrer au procès Air India.

A. *Le ministère public voulait obtenir l’interrogatoire, au milieu du procès, d’un témoin peu coopératif*

En vertu du *Code criminel*, le ministère public possède maints avantages dans des procédures criminelles, mais lorsqu’il choisit, comme il l’a fait en l’espèce, de procéder par mise en accusation directe, le droit distinct de contraindre les témoins réticents à répondre sous serment aux questions, avant de les assigner à témoigner dans un procès public, ne figure pas parmi ces avantages.

En l’espèce, au lieu de procéder à l’enquête préliminaire habituelle devant un juge et en présence de l’accusé, le ministère public a décidé de passer au procès en déposant, le 8 mars 2001, une mise en accusation directe signée par le procureur général de la Colombie-Britannique. Cette façon de procéder a des conséquences importantes, d’après ce que souligne le juge Estey dans l’arrêt *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105 :

120

121

122

123

... the preliminary hearing has become a forum where the accused is afforded an opportunity to discover and to appreciate the case to be made against him at trial where the requisite evidence is found to be present.

124 The result of the direct indictment proceeding was that neither the Crown nor the defence had a preliminary look at how the witnesses would perform in a trial-like setting. This was the Crown's decision. The defence is given no choice in the matter.

125 A mid-trial examination of the appellant for discovery would recoup for the Crown some of the advantage it lost in opting for the direct indictment of Malik and Bagri. The defence, on the other hand, is given no comparable opportunity to obtain mid-trial (or pre-trial) discovery of some of the witnesses it may wish to depose: see *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.).

126 If it is fair to give the Crown a non-reciprocal right of pre-trial discovery of witnesses in *this* murder trial, why not generally? Why limit the Crown's right of discovery to those cases where s. 83.28 applies? However, no one argues that this is the normal way of conducting a murder trial. That being so, why single out Malik and Bagri for disadvantageous treatment? At what point, if at all, should principle yield to expediency in the "war on terror"? That is a key issue not only in this case but in all the cases to follow where the decision in this case to uphold as proper the Crown's use of s. 83.28 for discovery will be cited as a precedent.

127 On June 5, 2001, the Crown filed a new direct indictment under which Malik and Bagri are jointly charged with first degree murder in relation to Air India Flight 182, conspiracy to commit murder, attempted murder of the passengers and crew of Air India Flight 301, conspiring to cause bombs to be placed on various aircraft, and three counts of

... l'enquête préliminaire a évolué [...] de manière à fournir à l'accusé, lorsqu'on juge que les éléments de preuve nécessaires existent, la possibilité de découvrir et d'apprécier la nature de la preuve qui sera déposée contre lui à son procès.

En raison de cette mise en accusation directe, ni le ministère public ni la défense n'ont pu jeter un coup d'œil préliminaire sur la façon dont les témoins se comporteraient dans un contexte semblable à un procès. Cette décision relevait du ministère public. La défense n'a aucun choix en la matière.

L'interrogatoire de l'appelant, au milieu du procès, permettrait au ministère public de récupérer certains des avantages perdus en choisissant de procéder à la mise en accusation directe de MM. Malik et Bagri. Par contre, la défense n'a aucune possibilité comparable d'interroger, au milieu du procès (ou avant celui-ci), les témoins qu'elle peut vouloir assigner : voir *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.).

S'il est équitable d'accorder au ministère public un droit unilatéral de procéder à l'interrogatoire préalable de témoins dans *le présent* procès pour meurtre, pourquoi ne lui accorde-t-on pas ce droit de façon générale? Pourquoi limiter le droit d'interroger du ministère public aux seuls cas où l'art. 83.28 s'applique? Toujours est-il que personne ne prétend qu'il s'agit de la façon normale de tenir un procès pour meurtre. Alors pourquoi réserver ce traitement désavantageux à MM. Malik et Bagri? À quel moment, s'il y a lieu, les principes doivent-ils céder le pas à l'opportunisme de la « guerre contre le terrorisme »? Cette question est non seulement cruciale en l'espèce, mais encore elle le sera dans toutes les affaires subséquentes où sera citée, à titre de précédent, la décision, en l'espèce, de confirmer la légitimité du recours du ministère public à l'art. 83.28 pour procéder à un interrogatoire.

Le 5 juin 2001, le ministère public a déposé un nouvel acte de mise en accusation directe aux termes duquel MM. Malik et Bagri étaient conjointement accusés de meurtre au premier degré dans l'affaire du vol 182 d'Air India, de complot en vue de commettre un meurtre, de tentative de meurtre contre les passagers et l'équipage du vol 301 d'Air India, de

placing a bomb on an aircraft. Malik and Bagri are also jointly charged with a second count of first degree murder in relation to the explosion at Narita Airport where deaths were caused during the transfer of luggage to Air India Flight 301. A third accused, Inderjit Singh Reyat, was charged in relation to the bomb on Air India Flight 182. It is difficult to conceive of a more serious set of criminal charges.

The enormity of the charges at issue in the Air India trial is what makes this case difficult. It is comparatively painless for a society to support the procedural rights of an accused when the stakes are small. It is when the stakes are high, as here, that our commitment is truly tested.

On February 10, 2003, Reyat pleaded guilty to lesser charges and was sentenced to prison for five years in addition to the 10 years already served on an earlier conviction for manslaughter arising from the Narita Airport bombing plus the time he spent in custody awaiting extradition to Canada and the trials. At the time of his sentencing the Statement of Facts agreed to by the Crown and Reyat excluded Reyat as a suspect in the murder of the passengers on Air India Flight 182:

At no time did Mr. Reyat intend by his actions to cause death to any person or believe that such consequences were likely to occur. However, unbeknownst to Mr. Reyat the items that he acquired were used by another person or persons to help make an explosive device that, on or about June 23, 1985, destroyed Air India Flight 182, killing all 329 people on board.

(British Columbia Criminal Justice Branch, Media Statement, “Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion”, February 10, 2003)

complot en vue de faire placer des bombes à bord de divers avions, en plus de faire l'objet de trois chefs leur reprochant d'avoir placé une bombe à bord d'un avion. Messieurs Malik et Bagri faisaient aussi conjointement l'objet d'un deuxième chef d'accusation de meurtre au premier degré relativement à l'explosion ayant causé la mort de certaines personnes à l'aéroport Narita, pendant un transfert de bagages sur le vol 301 d'Air India. Une troisième personne, Inderjit Singh Reyat, a été accusée relativement à l'explosion de la bombe placée à bord du vol 182 d'Air India. Il est difficile d'imaginer plus grave série d'accusations criminelles.

La présente affaire est complexe en raison de la gravité des accusations en cause dans le procès Air India. Il est relativement plus facile pour une société de défendre les droits procéduraux d'un accusé lorsque les enjeux sont négligeables. C'est lorsque les enjeux sont considérables, comme c'est le cas en l'espèce, que notre engagement envers ces droits est véritablement mis à l'épreuve.

Le 10 février 2003, M. Reyat a plaidé coupable à des accusations moindres et a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, en sus des 10 années déjà purgées à la suite d'une condamnation antérieure pour homicide involontaire coupable relativement à l'attentat à la bombe de l'aéroport Narita, plus le temps passé en détention avant l'extradition au Canada et les procès. Au moment de la détermination de sa peine, l'exposé des faits auquel avaient souscrit le ministère public et M. Reyat précisait que ce dernier n'était pas soupçonné du meurtre des passagers du vol 182 d'Air India :

[TRADUCTION] Monsieur Reyat n'a jamais agi dans l'intention de causer la mort de quelqu'un et n'a jamais cru que de telles conséquences pourraient s'ensuivre. Toutefois, des articles achetés par M. Reyat ont été utilisés à son insu par une ou plusieurs autres personnes pour fabriquer un engin explosif qui, le 23 juin 1985 ou vers cette date, a détruit le vol 182 d'Air India, tuant les 329 personnes qui se trouvaient à bord.

(British Columbia Criminal Justice Branch, Media Statement, « Inderjit Singh Reyat Pleads Guilty to Role in Air India Explosion », 10 février 2003)

128

129

130 The trial of Malik and Bagri started April 28, 2003. They are, of course, presumed innocent unless and until the Crown establishes their guilt beyond a reasonable doubt.

B. *The Appellant Was Under No Legal Duty to Cooperate With the Police*

131 On March 21, 2003, the appellant was subpoenaed to give evidence at the trial of Malik and Bagri but, as stated, has cooperated neither with the police nor with the defence. Generally speaking, under our law, there is no legal obligation for an ordinary citizen to cooperate in a police investigation. As Martin J.A. put it in *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94:

Although a police officer is entitled to question any person in order to obtain information with respect to a suspected offence, he, as a general rule, has no power to compel the person questioned to answer. Moreover, he has no power to detain a person for questioning, and if the person questioned declines to answer, the police officer must allow him to proceed on his way unless he arrests him on reasonable and probable grounds.

Section 83.28 gives the police new powers in that regard, but they are powers that should be exercised under judicial supervision with due attention to their extraordinary nature and with regard to the rights not only of persons subpoenaed to testify but of third parties whose interests are affected, including in this case Malik and Bagri.

C. *The Crown Proceeded Without Notice to the Defence*

132 A week after the Air India trial began, and without notice to counsel for Malik and Bagri, the Crown appeared before a judge other than the trial judge for an order under s. 83.28 of the *Criminal Code* to examine the appellant on some of the matters at issue in the Air India trial. While s. 83.28 permits an application to be made without notice, there is no requirement that it be done in that way, and in light of the links of this s. 83.28 proceeding to the Air India trial, I think it would have been proper here for the Crown to give notice to counsel for Malik

Le procès de MM. Malik et Bagri a commencé le 28 avril 2003. Il va sans dire qu'ils sont présumés innocents tant et aussi longtemps que le ministère public n'aura pas établi leur culpabilité hors de tout doute raisonnable.

B. *L'appelant n'était pas légalement tenu de collaborer avec la police*

Le 21 mars 2003, l'appelant a été assigné à témoigner au procès de MM. Malik et Bagri, mais, comme nous l'avons vu, il n'a collaboré ni avec la police ni avec la défense. De façon générale, selon l'état actuel de notre droit, le citoyen ordinaire n'est pas légalement tenu de collaborer à une enquête policière. Comme l'a affirmé le juge Martin dans l'arrêt *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), p. 94 :

[TRADUCTION] Bien qu'il ait le droit d'interroger des gens pour obtenir des renseignements relatifs à une infraction présumée, le policier n'a généralement pas le pouvoir de contraindre la personne interrogée à répondre. Il n'a pas non plus le pouvoir de détenir une personne pour l'interroger et, si la personne interrogée refuse de répondre, le policier doit la laisser poursuivre sa route, à moins de la mettre en état d'arrestation s'il a des motifs raisonnables et probables de le faire.

L'article 83.28 accorde, à cet égard, de nouveaux pouvoirs aux policiers, qui doivent les exercer sous la supervision d'un juge en tenant dûment compte de leur nature extraordinaire et des droits non seulement des personnes assignées à témoigner, mais aussi des tiers concernés, dont MM. Malik et Bagri en l'espèce.

C. *Le ministère public a agi sans aviser la défense*

Une semaine après l'ouverture du procès Air India et sans avoir préalablement avisé les avocats de MM. Malik et Bagri, le ministère public a comparu devant un autre juge que le juge du procès en vue d'obtenir une ordonnance fondée sur l'art. 83.28 du *Code criminel* l'autorisant à interroger l'appelant sur certains points en litige au procès Air India. Même si l'art. 83.28 permet de présenter une demande sans donner de préavis, rien n'oblige à procéder de cette façon et, compte tenu des liens qui existent entre la demande fondée

and Bagri. At that point their role, if any, in the s. 83.28 hearing could have been the subject of argument. Instead, the Crown requested that the s. 83.28 hearing be held *in camera* and that the appellant be prohibited from disclosing, except to his or her own counsel, any information or evidence obtained at the s. 83.28 hearing. This prohibition was designed to keep both the accused Malik and Bagri and their counsel, amongst others, in a state of ignorance of even the *existence* of the s. 83.28 proceedings.

One purpose of the s. 83.28 hearing was to provide the Crown with a transcript of the appellant's compelled testimony under oath that would otherwise be unobtainable under our law.

If the testimony of the appellant at the Air India trial proves to be consistent with the s. 83.28 transcript, or more favourable to the prosecution, its existence might never be disclosed to the trier of fact.

If the appellant departs from the s. 83.28 transcript in a way unfavourable to the prosecution, the s. 83.28 transcript would be available for impeachment and perhaps to lay the basis for an application to have the appellant declared a hostile witness, with a view to allowing the Crown the further advantage of cross-examining its own witness: see s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. The existence of the transcript may open the door to its use not only as a prior inconsistent statement but for the truth of its contents: see *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764.

While the contents of the transcript would eventually be disclosed to defence counsel under the principles set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, the hearing judge specifically ordered

sur l'art. 83.28 et le procès Air India, j'estime qu'il aurait convenu, en l'espèce, que le ministère public avise les avocats de MM. Malik et Bagri. Il aurait alors été possible de débattre la question du rôle que ces avocats pourraient éventuellement jouer dans l'investigation fondée sur l'art. 83.28. Le ministère public a préféré demander que l'investigation fondée sur l'art. 83.28 se déroule à huis clos et qu'il soit interdit à l'appelant de divulguer, sauf à son avocat, les renseignements ou éléments de preuve obtenus dans le cadre de cette investigation. Cette interdiction visait à cacher, notamment aux accusés, MM. Malik et Bagri, ainsi qu'à leurs avocats, l'*existence* même des procédures fondées sur l'art. 83.28.

L'un des objets de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 était de fournir au ministère public une transcription du témoignage que l'appelant serait contraint de livrer sous serment et que notre droit ne permettrait pas d'obtenir autrement.

Si, en définitive, le témoignage de l'appelant au procès Air India correspond à la transcription obtenue de l'art. 83.28 ou est plus favorable à la poursuite, il se pourrait que son existence ne soit jamais divulguée au juge des faits.

Si l'appelant agit au détriment de la poursuite en s'écartant de la transcription du témoignage qu'il a livré en vertu de l'art. 83.28, il sera alors loisible au ministère public d'utiliser cette transcription pour attaquer sa crédibilité et peut-être même pour étayer une demande visant à le faire déclarer témoin hostile, et d'avoir ainsi l'avantage supplémentaire de contre-interroger son propre témoin : voir l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Dans les cas où elle existe, la transcription risque non seulement de servir de déclaration antérieure incompatible, mais aussi d'être utilisée pour établir la véracité de son contenu : voir l'arrêt *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764.

Certes, le contenu de la transcription finirait par être divulgué aux avocats de la défense conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, mais cela n'a pas

133

134

135

136

that the transcript could not be shown to the persons best able to comment on its accuracy in relation to them, namely the accused Malik and Bagri.

empêché la juge président l'investigation d'interdire expressément de montrer la transcription aux personnes les plus aptes à en commenter l'exactitude en ce qui les concernait, à savoir les accusés MM. Malik et Bagri.

137 My colleagues give little weight to the Crown's resort to s. 83.28 as a form of "mid-trial" discovery and simply argue at para. 101 that

Mes collègues accordent peu d'importance au fait que le ministère public se soit servi de l'art. 83.28 pour obtenir une forme d'interrogatoire « au milieu du procès », et font simplement valoir, au par. 101, que

the presumption of openness for the judicial investigative hearing and the participation of counsel for the accused from the outset would have overcome any concerns regarding the practical effect of the hearing on the Air India trial.

la présomption de publicité de l'investigation judiciaire et la participation des avocats des accusés dès le départ auraient permis d'apaiser toute crainte relative à l'effet concret de l'investigation sur le procès Air India.

This analysis, with all due respect, sidesteps the significance of at least one of the purposes the Crown was seeking to achieve in the first place by resort to the s. 83.28 procedure, as will now be discussed.

En toute déférence, comme nous allons maintenant le constater, cette analyse ne tient pas compte de l'importance que revêt au moins l'un des objectifs que le ministère public cherchait à atteindre au départ en recourant à la procédure prévue à l'art. 83.28.

D. *Use of Section 83.28 to Obtain Mid-Trial Discovery of an Uncooperative Witness Was an Abuse of Process*

D. *Le recours à l'art. 83.28 pour obtenir l'interrogatoire, au milieu du procès, d'un témoin peu coopératif constituait un abus de procédure*

138 It is apparent that in this case an investigative procedure designed for the purpose of gathering information at the pre-charge stage was invoked behind the backs of the accused in part at least to obtain advance discovery of an uncooperative prosecution witness not only after charges were laid but during the Air India trial itself.

Il est évident, en l'espèce, qu'une procédure d'enquête conçue pour recueillir des renseignements avant le dépôt d'accusations a servi, à l'insu des accusés et du moins en partie, à obtenir la communication anticipée de renseignements par un témoin à charge peu coopératif, non seulement après le dépôt des accusations, mais encore pendant le procès Air India lui-même.

139 The Crown, as well as defence counsel, are only in the initial stages of grappling with the proper limits of s. 83.28. Nevertheless, its use in this case goes far beyond what was suggested in Parliament by the responsible Minister:

Le ministère public et les avocats de la défense ne font que commencer à s'attaquer au problème des limites auxquelles doit être assujetti l'art. 83.28. Néanmoins, le recours à cette disposition dans la présente affaire va bien au-delà de ce que le ministre responsable a indiqué en Chambre :

Bill C-36 would also provide for investigative hearings under the criminal code. These hearings would permit the gathering of evidence in investigations of

Le projet de loi C-36 prévoit également la tenue d'audiences d'enquête en vertu du Code criminel. Ces audiences permettraient de recueillir des preuves durant

terrorism offences prior to the laying of charges. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., October 16, 2001, at p. 6166)

Section 83.28 does not cease to be available to investigators once charges have been laid, but there is nothing in s. 83.28 to suggest that Parliament intended to confer on the Crown a right of mid-trial discovery of uncooperative witnesses before a different judge where the Crown proceeds by direct indictment in the trial of criminal offences, even if those offences involve terrorist acts. Section 83.28 was not designed to serve as a sort of halfway house between a preliminary hearing and a direct indictment.

My colleagues write that “[t]he place of the judiciary in such investigative contexts is to act as a check against state excess” (para. 86), but the point, in my opinion, is that, on the particular facts of this case, the s. 83.28 order was itself “state excess”. So far as Malik and Bagri are concerned, the presence of the judge presiding over the examination adds weight to its coercive potential and strengthens the hand of the prosecution. The Crown’s trial tactic to use s. 83.28 to deal with an uncooperative witness in the ongoing Air India trial, on the facts of this particular case, was abusive of the proper role of the judiciary.

III. The Terms of the Initial Section 83.28 Order Were Inappropriate

The motions judge, Dohm A.C.J., who heard the motion *ex parte* and therefore did not have the advantage of hearing submissions from anyone other than the Crown, ordered the appellant examined on the following conditions:

- (a) “The Investigative Hearing shall take place *in camera*”;

des enquêtes sur des actes de terrorisme, avant que des accusations ne soient portées. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1^{re} sess., 37^e lég., 16 octobre 2001, p. 6166)

Les enquêteurs peuvent toujours recourir à l’art. 83.28 après le dépôt des accusations, mais rien n’indique, dans cet article, que le législateur a voulu accorder au ministère public le droit d’obtenir, au milieu du procès et devant un autre juge, l’interrogatoire de témoins peu coopératifs, lorsqu’il procède par mise en accusation directe dans le contexte d’un procès portant sur des infractions criminelles, même celles comportant la perpétration d’actes terroristes. L’article 83.28 n’est pas conçu pour servir de moyen terme entre l’enquête préliminaire et la mise en accusation directe.

Mes collègues estiment que, « [d]ans ce contexte d’enquête, le rôle du pouvoir judiciaire est de refréner les excès de l’État » (par. 86), mais il reste, selon moi, qu’au vu des faits particuliers de la présente affaire l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28 constituait elle-même un « excès de l’État ». En ce qui concerne MM. Malik et Bagri, la présence du juge qui préside l’interrogatoire contribue à augmenter le risque de coercition auquel ils sont exposés et à renforcer la position de la poursuite. Selon les faits de la présente affaire, la stratégie de prétoire du ministère public, ayant insisté à recourir à l’art. 83.28 pour s’occuper d’un témoin peu coopératif au procès Air India en cours, constitue un abus du rôle que doit jouer le pouvoir judiciaire.

III. Les modalités de l’ordonnance initiale fondée sur l’art. 83.28 étaient inappropriées

Le juge en chef adjoint Dohm, qui a entendu la demande *ex parte* et n’a donc pas eu l’avantage d’entendre d’autres arguments que ceux du ministère public, a ordonné que l’appellant soit interrogé aux conditions suivantes :

[TRADUCTION]

- a) « l’investigation se déroulera à huis clos »;

140

141

- (b) “[The appellant] may be represented by counsel at the Investigative Hearing”;
- (c) “[The appellant] shall be examined on oath by the Attorney General’s agent, and shall not be examined by any other person”;
- (d) “[The appellant] shall answer questions put . . . and shall produce to the presiding judge things that are ordered to be produced unless protected by any law relating to non-disclosure of information or to privilege”;
- (e) “[The appellant] shall not disclose, except to [his or her] counsel, any information or evidence obtained at the Investigative Hearing without the consent of the Attorney General or his agent”;
- (f) “Notice shall not be given to Ripudaman Singh Malik or Ajaib Singh Bagri.”
- b) « [l’appelant] pourra être représenté par un avocat à l’investigation »;
- c) « l’interrogatoire sous serment de [l’appelant] ne sera effectué que par le représentant du procureur général et par personne d’autre »;
- d) « [l’appelant] devra répondre aux questions posées [. . .] et produire au juge qui présidera les choses exigées par l’ordonnance à moins qu’elles ne soient protégées par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges »;
- e) « [l’appelant] ne pourra divulguer qu’à son avocat tout renseignement ou élément de preuve obtenu lors de l’investigation, et ce, à condition d’avoir préalablement obtenu le consentement du procureur général ou de son représentant »;
- f) « Aucun préavis ne sera donné à Ripudaman Singh Malik ou à Ajaib Singh Bagri. »

(Emphasis added.)

The effect of the order was to confer a significant advantage on the prosecution. No provision was made in the order to advise the trial judge, Josephson J., of what was afoot. Yet, Josephson J. is the judge charged with ensuring that Malik and Bagri receive a fair trial. Not only would the Crown have had the exclusive right to put the questions, but Malik and Bagri, under the terms of the original order, would be deprived of the opportunity given to the Crown of hearing the appellant’s testimony, and of appraising its likely strength, which is one of the usual benefits of discovery, i.e. whether the witness

is dull or quick-witted and whether he is accurate or otherwise in his testimony. Also, if he is given to exaggeration or over-emphasis; whether he is lacking in confidence; if his memory is good or bad and if he is honest. The examination is generally useful in determining the manner or line of cross-examination that will be most effective at the trial. [Emphasis added.]

(G. D. Cudmore, *Choate on Discovery* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-11)

(Je souligne.)

L’ordonnance conférait un avantage important à la poursuite. Elle ne contenait aucune disposition prévoyant que le juge du procès, le juge Josephson, serait informé de ce qu’on s’apprêtait à faire. Pourtant, c’est au juge Josephson qu’il incombe de veiller à ce que MM. Malik et Bagri subissent un procès équitable. Non seulement le ministère public aurait-il eu le droit exclusif de poser les questions, mais encore les modalités de l’ordonnance initiale privaient MM. Malik et Bagri de l’un des avantages habituels de l’interrogatoire, soit la possibilité, offerte au ministère public, d’entendre le témoignage de l’appelant et d’en apprécier la force probable, c’est-à-dire de savoir si le témoin

[TRADUCTION] a l’esprit lent ou vif et si son témoignage est exact ou non. De même, s’il est porté à exagérer ou à trop insister sur certains points, s’il manque d’assurance, s’il a une bonne ou une mauvaise mémoire et s’il est sincère. L’interrogatoire est généralement utile pour déterminer la façon de contre-interroger qui sera la plus efficace au procès. [Je souligne.]

(G. D. Cudmore, *Choate on Discovery* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-11)

Despite the order of Dohm A.C.J. that Malik and Bagri were not to be notified of the s. 83.28 hearing, they found out about it. Malik, in particular, complained that the effect of the order, as issued, would have been that while they faced a judge-alone trial in the courthouse before Josephson J., elsewhere in the building

the Crown was obtaining a secretive discovery of the evidence of a witness, with another judge of the same court presiding over that hearing. The result is disturbing; the court appears to be “taking sides” by actively and secretly assisting the Crown’s case in an ongoing trial. This result undermines public confidence in the judiciary and it violates the judiciary’s independence and impartiality.

The hearing judge, Holmes J., accepted in part the validity of this complaint. She wrote:

I agree with [counsel for Malik] that if s. 83.28 were applied so as to provide to the Crown a form of pre-trial preparation or discovery that is unavailable to the defence, then it would create an unfair advantage for the Crown that puts the accused person’s fair trial rights seriously at risk. [Emphasis added.]

This conclusion must be read in light of my colleagues’ assertion at para. 87, with which I agree, that “once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the integrity of its role is not compromised or diluted”. I would add that it is not the proper role of the s. 83.28 judge to become an extra player in an ongoing trial in another judge’s courtroom, especially where the intervention is not disclosed to the trial judge. The connection between the Air India trial and the s. 83.28 hearing was plain and obvious and it was the responsibility of all concerned to ensure that the rights of the accused before Josephson J. were not abused in a concurrent and parallel s. 83.28 proceedings.

After the defence got its collective foot inside the s. 83.28 courtroom door and was able to make

Bien que le juge en chef adjoint Dohm ait interdit de les aviser de l’investigation fondée sur l’art. 83.28, MM. Malik et Bagri en ont appris l’existence. Monsieur Malik, en particulier, s’est plaint que l’ordonnance rendue faisait en sorte que, pendant qu’au palais de justice M. Bagri et lui subsaisaient leur procès devant un juge seul, à savoir le juge Josephson, ailleurs dans le même édifice,

[TRADUCTION] le ministère public obtenait en secret la déposition d’un témoin dans le cadre d’une investigation présidée par un autre juge du même tribunal. Le résultat est troublant; le tribunal semble « se ranger dans un camp » en participant activement et secrètement à la constitution de la preuve du ministère public dans un procès en cours. Ce résultat mine la confiance du public dans les tribunaux et compromet l’indépendance et l’impartialité des juges.

La juge Holmes qui présidait l’investigation a reconnu en partie le bien-fondé de cette plainte, en concluant ceci :

[TRADUCTION] Je conviens avec [l’avocat de M. Malik] que si l’on applique l’art. 83.28 de manière à permettre en quelque sorte au ministère public, sans que la défense ne puisse elle-même le faire, de se préparer au procès ou d’obtenir une communication préalable de renseignements, le ministère public jouira alors d’un avantage injuste qui compromettra sérieusement les droits de l’accusé à un procès équitable. [Je souligne.]

Il faut interpréter cette conclusion au regard de l’affirmation de mes collègues — à laquelle je souscris — voulant que « dès qu’une mesure législative requiert l’aide du pouvoir judiciaire, il fa[ille] veiller à ce que l’intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée » (par. 87). J’ajouterais que le juge qui agit en vertu de l’art. 83.28 ne doit pas devenir un joueur supplémentaire dans un procès en cours devant un autre juge, particulièrement si son intervention se fait à l’insu du juge du procès. Il y avait un lien clair et net entre le procès Air India et l’investigation fondée sur l’art. 83.28, et il incombe à tous les intéressés de s’assurer que les droits des accusés devant le juge Josephson ne soient pas bafoués dans des procédures concomitantes et parallèles fondées sur l’art. 83.28.

Après que la défense se soit vu accorder la possibilité de présenter des observations dans la salle

142

143

144

145

representations, Holmes J. allowed counsel for Malik and Bagri to participate in the s. 83.28 hearing on restricted terms:

- (a) “If information is given in the hearing that does not relate to the trial, counsel for the accused Malik and Bagri are to leave the hearing.”
- (b) “The accused Malik and Bagri will not be present at the investigative hearing.”
- (c) “There will be no disclosure, including to them, of information or evidence obtained in the hearing except with the consent of the agent for the Attorney General or by order of the court.”
- (d) “The hearing will take place *in-camera*.”

In short, the Crown was authorised to proceed with its discovery of the appellant before a judge other than the trial judge without the two accused being present to instruct their counsel, or to know what had transpired.

IV. The Defects in the Section 83.28 Order Were Not Cured by Amendments Made by the Hearing Judge

146 The issue is not just whether the hearing judge greatly improved the terms of the s. 83.28 order obtained *ex parte* by the Crown, which she did, but whether the s. 83.28 hearing of the appellant should proceed at all in the time frame sought by the Crown.

147 Holmes J. ordered the hearing to proceed because in her view the “predominant *purpose*” of the s. 83.28 hearing was not the ongoing trial but the ongoing investigation:

d’audience où se tenait l’investigation fondée sur l’art. 83.28, la juge Holmes a autorisé les avocats de MM. Malik et Bagri à participer aux procédures à certaines conditions :

[TRADUCTION]

- a) « Si des renseignements sans rapport avec le procès sont divulgués au cours de l’investigation, les avocats des accusés MM. Malik et Bagri devront quitter la salle. »
- b) « Les accusés MM. Malik et Bagri n’assisteront pas à l’investigation. »
- c) « Aucune divulgation, même à ceux-ci, des renseignements ou éléments de preuve obtenus lors de l’investigation ne pourra avoir lieu sans le consentement du représentant du procureur général ou une ordonnance du tribunal. »
- d) « L’investigation se déroulera à huis clos. »

Bref, le ministère public était autorisé à procéder à l’interrogatoire préalable de l’appelant devant un autre juge que le juge du procès, sans que les deux accusés ne soient présents pour donner des instructions à leur avocat, ou pour savoir ce qui s’était passé.

IV. Les modifications apportées par la juge président l’investigation n’ont pas remédié aux lacunes de l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28

Il ne s’agit pas simplement de savoir si la juge président l’investigation a amélioré considérablement les modalités de l’ordonnance *ex parte* que le ministère public a obtenue en vertu de l’art. 83.28 — ce qu’elle a fait —, mais encore faut-il décider s’il y a lieu que l’investigation à laquelle l’ordonnance susmentionnée enjoint à l’appelant de se présenter se déroule selon l’échéancier sollicité par le ministère public.

La juge Holmes a ordonné la tenue de l’investigation prévue par l’art. 83.28 parce qu’elle estimait que celle-ci avait pour « *objet* prédominant » de faire progresser non pas le procès en cours, mais l’enquête en cours :

I conclude that the factual record supports the Crown's position that the proposed hearing is predominantly for the purpose of furthering the Air India investigation as a whole, although it will undoubtedly have the incidental effect of providing the Crown with an opportunity for preparation or discovery in relation to the continuing trial.

My colleagues Iacobucci and Arbour JJ. do not agree with the hearing judge's "predominant purpose" test, but would still defer to the hearing judge's conclusion on the theory that she must have meant something other than what she said. They write (at para. 99):

Although the hearing judge expressed her conclusion in terms of a predominant purpose for the investigative hearing, in looking at her findings we are satisfied that she was using that expression to mean improper purpose or with an oblique motive.

My colleagues thereby substitute for the hearing judge's essentially fact based test (*predominant purpose*) an essentially law based test (*improper purpose*).

Even accepting that an "improper purpose" standard was applied by the hearing judge (although nowhere referred to), this begs the question of whether it is "proper" for a s. 83.28 hearing to proceed when there are twin purposes, one of which is for use as witness discovery in an ongoing criminal trial. The Crown argues that this Court should defer to the decision of the hearing judge on that point, citing *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. In my view this reliance is misplaced once the test of "predominant purpose" is replaced by a test of "improper purpose". Far from being an issue of fact, the propriety of the relationship between investigations under s. 83.28 and an ongoing related criminal trial is a question of important precedential value. A determination on the issue by this Court requires an examination of how to reconcile the Crown's dual role in investigations under s. 83.28 on the one hand and as "minister of justice" in the criminal trial process on the other. This issue engages the "law making role" of this Court. I agree that the *propriety* of the resort to s. 83.28 is a better test than "predominant purpose", but I do not agree with the submission that we should defer to the

[TRANSLATION] Je conclus que les faits présentés étaient la thèse du ministère public selon laquelle l'investigation projetée a pour objet prédominant de faire progresser l'ensemble de l'enquête sur la tragédie d'Air India, même s'il ne fait aucun doute qu'elle aura pour effet accessoire de donner au ministère public la possibilité de se préparer ou d'obtenir des renseignements à l'égard du procès en cours.

Mes collègues, les juges Iacobucci et Arbour, ne souscrivent pas au critère de l'« objet prédominant » adopté par la juge président l'investigation, mais ils sont quand même d'avis de s'en remettre à sa conclusion en supposant qu'elle a voulu dire autre chose que ce qu'elle a dit. Ils écrivent ceci (par. 99) :

Bien que la juge président l'investigation ait parlé d'objet prédominant de l'investigation dans la conclusion qu'elle a tirée, nous sommes convaincus, d'après ses constatations, qu'elle a utilisé cette expression au sens d'objet illégitime ou de motif inavoué.

Mes collègues ont, de ce fait, remplacé le critère essentiellement factuel (objet *prédominant*) adopté par la juge président l'investigation par un critère essentiellement juridique (objet *illégitime*).

Même en admettant que la juge président l'investigation a appliqué une norme de l'« objet illégitime » (bien que ce ne soit mentionné nulle part), cela ne répond pas à la question de savoir s'il est « légitime » de procéder à une investigation fondée sur l'art. 83.28 qui vise deux objectifs, dont celui d'interroger un témoin dans le cadre d'un procès criminel en cours. Le ministère public renvoie à l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, pour prétendre que la Cour devrait s'en remettre à la décision rendue à cet égard par la juge président l'investigation. À mon avis, ce renvoi à l'arrêt *Housen* perd toute justification dès que le critère de l'« objet prédominant » est remplacé par le critère de l'« objet illégitime ». Loin de constituer une question de fait, la légitimité du lien établi entre une investigation fondée sur l'art. 83.28 et un procès criminel connexe en cours a une grande importance sur le plan jurisprudentiel. Pour trancher cette question, notre Cour doit examiner la façon de concilier le rôle que joue le ministère public dans une investigation fondée sur l'art. 83.28, d'une part, et celui de « ministre de la justice » qu'il joue dans un procès criminel, d'autre part. Cette question fait intervenir

hearing judge's conclusion on this point (if indeed it can be said she reached any such conclusion, given that she thought she was applying a different test).

149

It is clear on the facts that one of the purposes of the s. 83.28 hearing in this case was to discover the evidence of the appellant in relation to the Air India trial. At this point it is convenient to recall the Crown's submissions to the hearing judge about the *admitted* linkages between the s. 83.28 hearing and the Air India trial. (In fairness to Dohm A.C.J., these matters did not emerge until after he had made the *ex parte* order.) Firstly, in addressing the impact of the delay associated with the constitutional challenge to s. 83.28, Crown counsel advised Holmes J. with respect to the Air India trial that

the Crown will not be calling [the appellant] as had been contemplated in the early part of September.

The explanation for this delay was that the Crown wanted the s. 83.28 transcript available when the appellant climbed into the witness box. To make this purpose clear, Crown counsel added:

... obviously the Crown is anxious to have this [s. 83.28] investigative hearing take place before the conclusion of the Crown's case in *R. v. Malik and Bagri*. That is of critical significance to — or of great significance to the Crown's position and the Crown's decision whether or not it will call [the appellant] as a witness at the trial. [Emphasis added.]

150

In other words, the s. 83.28 evidence was required for the purpose of determining an important component of the Crown's trial strategy in the Air India case, at least in relation to the use (or non-use) of the appellant as a Crown witness.

le « rôle de législateur » de notre Cour. Je conviens que le critère de la *légitimité* du recours à l'art. 83.28 est meilleur que celui de « l'objet prédominant », mais je ne souscris pas à l'argument selon lequel nous devrions nous en remettre à la conclusion tirée à cet égard par la juge présidant l'investigation (si on peut vraiment considérer qu'elle a tiré cette conclusion, étant donné qu'elle croyait appliquer un critère différent).

Les faits démontrent clairement qu'en l'espèce l'un des objets de l'investigation fondée sur l'art. 83.28 était d'obtenir la communication de la preuve que l'appellant produirait au procès Air India. Il convient ici de rappeler les observations que le ministère public a présentées à la juge présidant l'investigation au sujet des liens *reconnus* entre l'investigation fondée sur l'art. 83.28 et le procès Air India. (Pour être juste envers le juge en chef adjoint Dohm, mentionnons que ces questions se sont posées seulement après qu'il eut rendu l'ordonnance *ex parte*.) Premièrement, en abordant la question de l'incidence du délai lié à la contestation constitutionnelle de l'art. 83.28, l'avocat du ministère public a informé la juge Holmes qu'en ce qui concerne le procès Air India

[TRADUCTION] le ministère public n'assignera pas [l'appellant] au début du mois de septembre, comme il avait prévu le faire.

Il a expliqué ce délai par la volonté du ministère public que la transcription obtenue en vertu de l'art. 83.28 soit disponible au moment où l'appellant se présenterait à la barre des témoins. Pour bien préciser cet objet, l'avocat du ministère public a ajouté :

[TRADUCTION] ... de toute évidence, le ministère public tient beaucoup à ce que cette investigation [fondée sur l'art. 83.28] ait lieu avant la conclusion de sa preuve dans l'affaire *R. c. Malik and Bagri*. Cela revêt une importance cruciale ou considérable pour la thèse du ministère public et en ce qui concerne sa décision d'assigner ou non [l'appellant] comme témoin au procès. [Je souligne.]

Autrement dit, le ministère public avait besoin de la preuve obtenue en vertu de l'art. 83.28 pour définir un aspect important de sa stratégie de prétoire dans l'affaire Air India, du moins en ce qui concernait l'opportunité d'assigner l'appellant comme témoin à charge.

As recently as its factum filed with this Court, the Crown proposed a timetable under which the appellant would testify at the Air India trial on November 3, 2003 but not before the s. 83.28 hearing then scheduled by the Crown for October 26-27, 2003.

In short, there is no doubt at all on the record that the Crown intended to use the s. 83.28 procedure at least in part for the purpose of a pre-trial (or mid-trial) discovery of the appellant. It is not necessary for present purposes to agree or disagree with the hearing judge's assessment of the predominant purpose. It is enough to note her recognition that *one* of the purposes was pre-trial (or mid-trial) discovery, and to ask whether *that* purpose was improper.

The hearing judge was alive to the problem. She expressed a caveat:

... if the conduct of the investigation, including through an investigative hearing ordered under s. 83.28, causes a breach of [Malik and Bagri's] *Charter* rights, they may apply to the [Air India] trial judge for a remedy.

The problem, of course, is that at the stage it reaches the trial judge, the Crown will already have had its "mid-trial" discovery. It will have used that discovery to decide whether or not to call the appellant. While the trial judge may restrict the use of the transcript at trial in some respects, the Crown would have obtained in advance the information that it truly wants, namely the compelled disclosure of what the appellant is likely to say. Such a preview is a significant advantage. An unpredictable witness who says unexpected things in the witness box might not just disappoint the Crown's desire to advance the prosecution, such a witness could also say things that might do serious damage to the Crown's case. That, presumably, is why the Crown was anxious to delay the appellant's appearance at the Air India trial until after the s. 83.28 hearing had tied the appellant to a particular version of events.

Tout récemment, lors du dépôt de son mémoire devant la Cour, le ministère public a proposé un échéancier prévoyant que l'appelant témoignerait au procès Air India le 3 novembre 2003, mais pas avant l'investigation fondée sur l'art. 83.28 qu'il avait alors fixée aux 26 et 27 octobre 2003.

Bref, il n'y a absolument aucun doute, au vu du dossier, que le ministère public entendait utiliser, en partie du moins, la procédure prévue à l'art. 83.28 pour interroger l'appelant avant le procès (ou au milieu de celui-ci). Pour les besoins de la présente affaire, il n'est pas nécessaire d'être en accord ou en désaccord avec l'évaluation de l'objet prédominant par la juge qui a présidé l'investigation. Il suffit de noter qu'elle a reconnu que l'interrogatoire avant le procès (ou au milieu de celui-ci) était *l'un* des objets visés, et de se demander si *cet* objet était illégitime.

La juge présidant l'investigation était consciente du problème. Elle a formulé une réserve :

[TRADUCTION] ... si la conduite de l'enquête, notamment par la tenue de l'investigation ordonnée en vertu de l'art. 83.28, porte atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*, [MM. Malik et Bagri] peuvent demander au juge du procès [Air India] de remédier à la situation.

Il va sans dire que le problème est qu'au moment où il se présentera devant le juge du procès, le ministère public aura déjà procédé à son interrogatoire « au milieu du procès ». Il s'en sera servi pour décider d'assigner ou non l'appelant comme témoin. Bien que le juge du procès puisse, à certains égards, limiter l'utilisation de la transcription au procès, le ministère public aura obtenu d'avance les renseignements qu'il veut réellement, à savoir la divulgation forcée du témoignage que l'appelant est susceptible de livrer. Un tel aperçu est un avantage important. Un témoin imprévisible qui tient des propos inattendus à la barre des témoins risque non seulement de contrecarrer la volonté du ministère public de faire progresser sa cause, mais encore de nuire sérieusement à la preuve de ce dernier. C'est sans doute pour cette raison que le ministère public tenait à retarder la comparution de l'appelant au procès Air India jusqu'à ce que l'investigation fondée sur l'art. 83.28 ait permis de relier l'appelant à une version particulière des faits.

151

152

153

154

155 I fully recognize the onerous and difficult responsibilities faced by Crown counsel in the Air India trial. Nevertheless, in the s. 83.28 procedure, as my colleagues emphasize, “the legislature intended that the Crown would conduct itself according to its proper role as an officer of the court and its duty of impartiality in the public interest” (para. 95). It is sometimes not an easy matter for the Crown to accommodate its duty to act impartially in the public interest and its role as advocate in an accusatorial adversarial criminal prosecution. Here, in my view, Crown counsel is not engaged in a detached investigative role, but seeks to bootstrap its case in the Air India trial by resort to s. 83.28 as a mid-trial discovery procedure. The issue is not one of high principle but trial tactics. Whether resort to such tactics is proper or improper is one of the questions of law to be settled by this Court.

156 If the Crown’s dominant concern were truly to press ahead with an “ongoing investigation”, it could have called the appellant to testify before Josephson J. at any time after the Air India trial started on April 28, 2003, by special arrangement or otherwise. This would have freed the s. 83.28 hearing from any constraints posed by the trial of Malik and Bagri.

157 In any event, I believe my colleagues’ “improper purpose” test is too narrow. The Court’s concern is not exhausted by whether there has been shown bad faith or “oblique motive” on the part of the Crown prosecutor. The Court must act on a broader basis to protect the public interest in a “fair and just trial process and the proper administration of justice”: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007. What is important is not only the Crown’s *purpose* but, as much or more so in this case, the *effect* of the s. 83.28 order on the ongoing Air India trial. It is significant that a tactical split has developed between Bagri, who would now like his counsel to examine the appellant in the s. 83.28 hearing, and Malik, who opposes it. If the prejudicial effects of the s. 83.28

Je reconnais parfaitement l’importance et la complexité des responsabilités qui incombent à l’avocat du ministère public dans le procès Air India. Cependant, comme le soulignent mes collègues, « le législateur a voulu [qu’en participant à l’investigation prévue par l’art. 83.28] le ministère public se conforme au rôle qu’il doit jouer en tant qu’officier de justice et à son obligation d’agir impartialement dans l’intérêt public » (par. 95). Il est parfois difficile au ministère public de concilier son devoir d’agir impartialement dans l’intérêt du public et son rôle de plaideur dans des poursuites criminelles de nature accusatoire et contradictoire. J’estime qu’en l’espèce l’avocat du ministère public joue non pas un rôle d’enquêteur désintéressé, mais cherche plutôt à étoffer sa preuve dans le procès Air India en recourant à l’art. 83.28 pour procéder à un interrogatoire au milieu du procès. Ce qui est en jeu est non pas un grand principe, mais plutôt une stratégie de prétoire. La légitimité du recours à de telles stratégies est une question de droit que notre Cour doit trancher.

Si le principal souci du ministère public avait vraiment été de faire progresser une « investigation en cours », il aurait pu, au moyen d’une entente spéciale ou autrement, assigner l’appellant à témoigner devant le juge Josephson en tout temps après l’ouverture du procès Air India, le 28 avril 2003. L’investigation fondée sur l’art. 83.28 aurait ainsi été dépourvue de toute contrainte émanant du procès de MM. Malik et Bagri.

Quoi qu’il en soit, je crois que le critère de l’« objet illégitime » adopté par mes collègues est trop strict. La préoccupation de la Cour ne se limite pas à la question de savoir si l’on a démontré l’existence de mauvaise foi ou d’un « motif inavoué » chez l’avocat du ministère public. La Cour doit agir dans une perspective plus large afin de protéger l’intérêt du public dans un « régime de procès justes et équitables et [. . .] la bonne administration de la justice » : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 1007. L’*incidence* de l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28 sur le procès Air India en cours est en l’espèce aussi important, voire plus important, que l’*intention* du ministère public. Le fossé stratégique qui s’est creusé entre M. Bagri, qui aimerait que son avocat

proceeding on the fair trial rights of Malik or Bagri or either of them can be eliminated by delaying the s. 83.28 hearing until after appellant testifies at the Air India trial, then, in my opinion, the s. 83.28 hearing should be delayed.

There might be exigent circumstances in another case where such a tilt in the playing field could be justified, perhaps in the face of an apprehended *future* terrorist act for example. That is not this case.

V. Should the Appellant Be Defeated by the Ruling in *Housen v. Nikolaisen*?

The Crown relies on *Housen v. Nikolaisen*, *supra*, for the proposition that this Court should defer to the decision of the hearing judge to allow the s. 83.28 hearing to proceed.

While the hearing judge found as a “fact” that the Air India investigation was the “predominant purpose”, the link to the Air India trial was plain and obvious and acknowledged by the Crown. My colleagues rightly reject the “predominant purpose” test. The question at this point, therefore, is whether the Crown’s purpose insofar as it related to the Air India trial was “improper”. That is not an issue of fact. It is a matter of opinion.

In *Housen v. Nikolaisen*, Iacobucci and Major JJ. pointed out at para. 36 that

[m]atters of mixed fact and law lie along a spectrum. Where, for instance, an error with respect to a finding of negligence can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness.

A finding of improper purpose, like a finding of negligence, is an issue of mixed fact and law. Further, a finding of impropriety lies at the “legal” end of the

interroge l’appelant dans le cadre de l’investigation fondée sur l’art. 83.28, et M. Malik, qui s’y oppose, est significatif. Si le report de l’investigation prévue par l’art. 83.28 à une date postérieure au témoignage de l’appelant au procès Air India peut permettre d’en éliminer l’incidence préjudiciable sur les droits de M. Malik ou de M. Bagri à un procès équitable, j’estime qu’elle doit être reportée.

Il se pourrait que, dans une autre affaire, l’urgence de la situation justifie de modifier les règles du jeu, par exemple, en cas de *menace* d’acte terroriste. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

V. L’appelant doit-il échouer en raison de l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*?

Le ministère public se fonde sur l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, précité, pour prétendre que notre Cour devrait s’en remettre à la décision de la juge président l’investigation d’autoriser l’investigation fondée sur l’art. 83.28.

Bien que la juge président l’investigation ait tiré la conclusion « de fait » que l’enquête sur la tragédie d’Air India constituait l’« objet prédominant », l’existence du lien avec le procès Air India est claire et nette et reconnue par le ministère public. Mes collègues ont rejeté, à bon droit, le critère de l’« objet prédominant ». Il s’agit donc maintenant de déterminer si l’intention du ministère public était « illégitime » en ce qui concernait le procès Air India. Ce n’est pas une question de fait. C’est une question d’opinion.

Dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, par. 36, les juges Iacobucci et Major ont souligné que

[I]es questions mixtes de fait et de droit s’étalent le long d’un spectre. Lorsque, par exemple, la conclusion de négligence est entachée d’une erreur imputable à l’application d’une norme incorrecte, à l’omission de tenir compte d’un élément essentiel d’un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d’erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte.

Comme pour la négligence, la conclusion qu’un objet ou une intention est illégitime est une question mixte de fait et de droit. En outre, la conclusion

158

159

160

161

162

spectrum because it is the product of applying a legal standard to the facts established in evidence before the hearing judge. When we say something is improper we are implicitly, if not explicitly, doing so by reference to a standard of propriety. That is a legal issue.

163 It is also, in this case, an important issue of legal practice. This appeal does not come to us as a general constitutional reference brought by the government to determine the validity of s. 83.28, although that is an important element of what we have to deal with. The appellant brings the case here not to make new law but to obtain practical relief.

VI. The Result Was an Abuse of Process

164 The inherent power of a court to stay abusive proceedings has been discussed in a number of decisions including *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391.

165 In those cases, the Court set the bar to obtain a stay very high because what was sought was an end to a prosecution. What is sought here is in the nature of a flexible common law remedy available to the courts to protect the integrity of their own processes. A temporary stay in this case would have required nothing more than a scheduling change.

166 There is nothing in the material to suggest that postponement of the s. 83.28 hearing until after the appellant had testified would have prejudiced any “ongoing investigation” into other aspects of the Air India disaster. That investigation has been “ongoing” for almost 20 years.

d’illégitimité se situe à l’extrémité « juridique » du spectre étant donné qu’elle résulte de l’application d’une norme juridique aux faits établis en preuve devant le juge présidant l’investigation. Lorsque nous affirmons que quelque chose est illégitime, nous le faisons implicitement, voire explicitement, en fonction d’une norme de légitimité. C’est là une question de droit.

Cela représente également, en l’espèce, une importante question de pratique du droit. Il n’est pas question ici d’un renvoi constitutionnel général dans lequel le gouvernement nous demande de nous prononcer sur la validité de l’art. 83.28, quoiqu’il s’agisse là d’un aspect important du problème que nous sommes appelés à régler. L’appelant a formé le présent pourvoi non pas pour créer du droit nouveau, mais pour obtenir un redressement concret.

VI. Un abus de procédure a résulté

Le pouvoir inhérent d’un tribunal d’ordonner l’arrêt de procédures abusives a été analysé dans un certain nombre de décisions, dont *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391.

Dans ces décisions, la Cour a assujéti l’arrêt des procédures à un critère très exigeant étant donné que c’était la fin des poursuites qui était sollicitée. En l’espèce, ce qui est sollicité tient d’un redressement souple de common law que les tribunaux peuvent accorder pour préserver l’intégrité de leurs propres procédures. En l’occurrence, la suspension temporaire n’aurait nécessité rien de plus qu’une modification de l’échéancier.

Rien dans la documentation soumise n’indique que le report de l’investigation fondée sur l’art. 83.28 à une date postérieure au témoignage de l’appelant aurait nuit à une « investigation en cours » portant sur d’autres aspects de la tragédie d’Air India. Comme nous l’avons vu, cette investigation ou enquête durait depuis près de 20 ans.

The Crown was not entitled to a mid-trial examination for discovery of an uncooperative witness according to the ordinary rules of criminal procedure and it should have been stopped. This brings us back to the point of my commencement. The courts should treat with healthy scepticism a government claim that the war against terrorism, important as it is, should trump the normal processes of the law. Situations may arise where that becomes necessary, but this is not one of those cases. At a minimum, alternatives to “trumping” should be explored. Here the interests of the Air India investigation could reasonably be accommodated to the exigencies of the Air India trial by a scheduling change. In these circumstances, in my respectful opinion, the hearing judge erred in giving the Crown the green light to proceed.

VII. Disposition

I would therefore allow the appeal, affirm the constitutional validity of s. 83.28 of the *Criminal Code* when correctly interpreted and properly applied, but I would have entered a stay against the s. 83.28 hearing in this proceeding until after the appellant had testified at the trial of Malik and Bagri, or the Crown otherwise had indicated that the appellant would not be called as a prosecution witness.

English version of the reasons of LeBel and Fish JJ. delivered by

LEBEL J. (dissenting) — I agree with Binnie J. that the appeal should be allowed because of the abuse of process by the Crown and would reach the same conclusion as him on that issue. However, with respect for the contrary view, I cannot agree with my colleagues Iacobucci and Arbour JJ. on the issue of judicial independence. In my opinion, s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), compromises judicial independence and should, for this reason, be declared unconstitutional. Due to the manner in which this provision structures relations between the judiciary, the investigative arm of the police and the Crown,

Selon les règles de procédure ordinaires en matière criminelle, le ministère public n’avait pas le droit de procéder, au milieu du procès, à l’interrogatoire d’un témoin peu coopératif, et il aurait dû être empêché de le faire. Cela nous ramène à mon point de départ. Les tribunaux devraient faire montre d’un scepticisme sain à l’égard d’une prétention du gouvernement que la guerre contre le terrorisme, si importante soit-elle, doit avoir préséance sur l’application régulière de la loi. Quoique cette préséance puisse se révéler parfois nécessaire, ce n’est pas le cas en l’espèce. Il y a lieu, à tout le moins, d’explorer d’autres avenues que cette « préséance ». Dans le cas qui nous occupe, une modification de l’échéancier aurait permis de concilier raisonnablement les intérêts de l’enquête sur la tragédie d’Air India avec les exigences du procès Air India. Dans ces circonstances, j’estime, en toute déférence, que la juge président l’investigation a commis une erreur en donnant le feu vert au ministère public.

VII. Dispositif

Par conséquent, j’accueillerais le pourvoi, je confirmerais la constitutionnalité de l’art. 83.28 du *Code criminel*, interprété et appliqué correctement, mais j’aurais ordonné la suspension de l’investigation fondée sur l’art. 83.28 jusqu’à ce que l’appelant ait témoigné au procès de MM. Malik et Bagri, ou que le ministère public ait autrement indiqué qu’il ne l’assignera pas comme témoin à charge.

Les motifs des juges LeBel et Fish ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) — Je suis d’accord avec le juge Binnie pour reconnaître que le pourvoi devrait être accueilli en raison de l’abus de procédure commis par le ministère public, et pour conclure comme il le propose sur ce point. Toutefois, en toute déférence pour l’avis contraire, je ne puis partager l’opinion exprimée par mes collègues, les juges Iacobucci et Arbour, sur l’indépendance judiciaire. À mon avis, l’art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), porte atteinte à l’indépendance judiciaire et devrait, pour cette raison, être déclaré inconstitutionnel. En raison de la manière dont elle aménage les rapports entre la

it will inevitably lead to the abuses and irregularities described so eloquently by my colleague Binnie J.

170

As noted by Iacobucci and Arbour JJ., the principle of judicial independence has a variety of sources. Judicial independence is guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Preamble to and ss. 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867*, and it plays an essential role in the proper functioning of Canada's constitutional democracy (*Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 34). This principle, which serves to maintain public confidence in the court system and the rule of law, was established to prevent interference by the executive and legislative branches in the exercise of judicial powers (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Reference re Judges of the Provincial Court*”), at para. 10; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56). The judiciary must remain completely independent of the other branches of government in the performance of its functions (*Mackin, supra*, at para. 35).

171

The courts have identified three fundamental characteristics of judicial independence: security of tenure, financial security, and administrative independence. Security of tenure means that a judge can be removed from office only for serious and very specific reasons following an independent review process that affords the judge the opportunity to be heard and to defend him- or herself. Financial security safeguards judges' salaries or other remuneration and pensions. Administrative independence, which is not to be confused with institutional independence, a point I will discuss below, gives courts necessary power over matters of administration bearing directly on the exercise of their functions (*Valente, supra*, at pp. 694-712).

magistrature, les services d'enquête policière et le ministère public, cette mesure législative ne peut que produire les abus et les irrégularités que décrit éloquemment l'opinion de mon collègue le juge Binnie.

Comme le rappellent les juges Iacobucci et Arbour, les sources du principe de l'indépendance judiciaire sont diverses. Protégé à la fois par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que par le préambule et les art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe de l'indépendance judiciaire joue un rôle essentiel au bon fonctionnement de la démocratie constitutionnelle de notre pays (*Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 34). Ce principe, qui vise à assurer le maintien de la confiance du public dans le système judiciaire et la primauté du droit, a pour objet d'éviter toute intervention des pouvoirs exécutif et législatif dans l'exercice des pouvoirs judiciaires (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale* »), par. 10; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56). Dans l'exercice de ses fonctions, le pouvoir judiciaire doit donc demeurer complètement indépendant des autres pouvoirs de l'État (*Mackin, précité*, par. 35).

La jurisprudence identifie trois caractéristiques essentielles de l'indépendance, soit l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. L'inamovibilité ne permet la révocation que pour des motifs graves et bien déterminés, à la suite d'un examen indépendant et dans le respect d'une procédure qui permette au juge de se faire entendre et de se défendre. La sécurité financière protège la rémunération, le traitement et la pension des juges. Enfin, l'indépendance administrative, qui ne doit pas être confondue avec le critère de l'indépendance institutionnelle dont je discuterai ultérieurement, reconnaît aux tribunaux un pouvoir nécessaire sur les questions administratives qui ont un effet direct sur l'exercice de leurs fonctions (*Valente, précité*, p. 694-712).

Judicial independence also has two dimensions, individual independence and institutional independence, which are distinct from its core characteristics (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 119). On the one hand, individual independence attaches to the individual judge. Judges must be able to discharge their judicial functions without outside interference. Thus, this dimension of independence is concerned with the personal attributes of a judge, such as security of tenure. On the other hand, institutional independence attaches to courts as institutions. Courts must be independent, and appear to be independent, of the legislative and executive branches of government. The institutional dimension of judicial independence thus ensures the separation of powers (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at paras. 118-25; *Mackin, supra*, at para. 39; *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, 2003 SCC 35, at paras. 21-23).

This Court has often stressed the need to safeguard the institutional dimension of judicial independence so that the courts can continue to fulfill their role as guardians of the Constitution (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 123; *Mackin, supra*, at para. 39). If the courts are to retain the ability to provide individuals with effective protection against unwarranted deprivations of their rights and freedoms by the executive and legislative branches, they must necessarily be independent of those branches (*Ell, supra*, at para. 22).

In the case before us, it is important, indeed essential, that these two dimensions of judicial independence not be confused. Thus, although a judge may be independent in fact and act with the utmost impartiality, judicial independence will not exist if the court of which he or she is a member is not independent of the other branches of government on an institutional level. To determine whether judicial independence has been maintained in a specific case, both dimensions of judicial independence therefore have to be reviewed.

As noted by Iacobucci and Arbour JJ., the principle of judicial independence is essential to the

L'indépendance judiciaire comporte aussi deux dimensions, l'une individuelle, et l'autre institutionnelle, qui se distinguent de ses caractéristiques essentielles (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 119). D'un côté, l'indépendance individuelle s'attache au juge. Ce dernier doit effectivement être en mesure de s'acquitter de ses fonctions judiciaires sans ingérence extérieure. Cette dimension de l'indépendance vise donc les attributs personnels du juge, telle l'inamovibilité. De l'autre côté, l'indépendance institutionnelle s'attache aux tribunaux en tant qu'institutions. Les tribunaux doivent, en effet, être indépendants des pouvoirs législatif et exécutif de l'État et paraître tels. La dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire vise donc à assurer la séparation des pouvoirs étatiques (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 118-125; *Mackin, précité*, par. 39; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, 2003 CSC 35, par. 21-23).

Notre Cour a souvent souligné la nécessité de préserver la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire afin que les tribunaux restent capables de remplir leur rôle de gardiens de la Constitution (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 123; *Mackin, précité*, par. 39). En effet, pour que les tribunaux puissent protéger efficacement les droits et libertés des justiciables contre les atteintes injustifiées des pouvoirs législatif et exécutif de l'État, ils doivent nécessairement être indépendants face à ces pouvoirs (*Ell, précité*, par. 22).

Il est important, voire primordial dans le cas qui nous occupe, de ne pas confondre ces deux facettes de l'indépendance judiciaire. Ainsi, bien qu'un juge puisse être indépendant de fait et se conduire avec la plus rigoureuse impartialité, l'indépendance judiciaire n'existera pas si le tribunal auquel il appartient ne demeure pas indépendant des autres organes du gouvernement sur le plan institutionnel. Afin de déterminer si l'indépendance judiciaire a été préservée dans un cas donné, un examen des deux dimensions de l'indépendance judiciaire s'avère donc nécessaire.

Comme l'ont souligné les juges Iacobucci et Arbour, le principe de l'indépendance judiciaire

172

173

174

175

preservation of the fundamental normative order of a society founded on the principles of constitutionalism and the rule of law. Judicial independence effectively ensures the maintenance of public confidence in the administration of justice, which is itself an essential precondition for respect for and acceptance of the justice system and the rule of law. Thus, public confidence guarantees the effectiveness of our justice system, while at the same time putting the principle of the rule of law into practice (*Valente, supra*, at p. 689; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 110; *Mackin, supra*, at paras. 34-38). The maintenance of public confidence in the administration of justice is therefore central to concerns relating to judicial independence.

176

To determine whether a measure compromises judicial independence, it must be asked whether the judicial institution, meaning, on the one hand, the individual judges and, on the other hand, collectively, the institution *per se*, is perceived by the public to be independent:

Confidence in our system of justice requires a healthy perception of judicial independence to be maintained amongst the citizenry. Without the perception of independence, the judiciary is unable to “claim any legitimacy or command the respect and acceptance that are essential to it”: see *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 38, *per* Gonthier J. The principle requires the judiciary to be independent both in fact and perception. [Emphasis added.]

(*Ell, supra*, at para. 23; *Valente, supra*, at p. 689)

The appropriate test for this purpose is whether a reasonable person who is informed of the relevant statutory provisions would conclude, after viewing the matter realistically and practically, that the judiciary is independent (*Reference re Judges of the Provincial Court, supra*, at para. 113; *Mackin, supra*, at para. 38). It is important to note, however, that “reasonable person” does not for this purpose mean an experienced legal professional who understands the intricacies of legal issues based on subtle distinctions of which lay persons would generally

joue un rôle essentiel pour ce qui est de préserver l’ordre normatif fondamental d’une société fondée sur les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit. L’indépendance judiciaire assure effectivement le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice, qui est elle-même une condition indispensable du respect et de l’acceptation du système de justice et de la primauté du droit. Cette confiance du public permet ainsi d’assurer l’efficacité de notre système de justice et, du coup, la mise en œuvre du principe de la primauté du droit (*Valente, précité*, p. 689; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 110; *Mackin, précité*, par. 34-38). Le maintien de la confiance du public dans l’administration de la justice doit donc se situer au cœur des préoccupations relatives à l’indépendance judiciaire.

Afin de déterminer si une mesure porte atteinte à l’indépendance judiciaire, il faut se demander si l’institution judiciaire, tant au niveau des juges qu’à celui, collectif, de l’organisation elle-même, est perçue par le public comme étant indépendante :

Pour que règne la confiance dans notre système de justice, il faut s’assurer que les citoyens aient toujours une saine perception d’indépendance judiciaire. Sans cette perception d’indépendance, le pouvoir judiciaire ne peut pas « prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l’acceptation qui lui sont essentiels » : voir *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 38, le juge Gonthier. Le principe exige que le pouvoir judiciaire soit non seulement effectivement indépendant, mais encore perçu comme étant indépendant. [Je souligne.]

(*Ell, précité*, par. 23; *Valente, précité*, p. 689)

Dans cette recherche, il convient d’appliquer le critère de la personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, qui, après avoir envisagé la question de manière réaliste et pratique, conclurait à l’indépendance du pouvoir judiciaire (*Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité*, par. 113; *Mackin, précité*, par. 38). Il importe toutefois de préciser qu’à cet égard, la personne raisonnable n’est pas un juriste d’expérience qui comprend les subtilités juridiques basées sur de fines distinctions que les profanes ne décèlent

be unaware. In short, the objective test of the reasonable person should serve to determine whether the public has a positive perception of judicial independence.

When analysed from this perspective, s. 83.28 *Cr. C.* compromises the institutional dimension of judicial independence. To conclude otherwise, it would be necessary to ignore the fundamental distinction between the two dimensions of judicial independence when applying the law to the facts of this case. Although they do discuss the institutional dimension of judicial independence, Iacobucci and Arbour JJ. seem to have inferred the existence of judicial independence from the individual independence of the judge acting pursuant to s. 83.28 without considering whether the institutional dimension was in fact protected. In my colleagues' view, if a judge conducting an investigation pursuant to this provision fails, in exercising his or her discretion, to uphold the rights and freedoms of the person being examined, then, and only then, could it be concluded, after the fact, that judicial independence had been compromised (para. 88).

Holmes J. concluded that s. 83.28 *Cr. C.* does not compromise judicial independence, because the judge conducting the investigation will not be the same as the one who presides at the trial, and because the two proceedings will very rarely take place in the same jurisdiction. This reasoning overlooks the institutional dimension of judicial independence and fails to consider the impact of the statutory provisions in question on that dimension and of the perception a reasonable, well-informed person would have with respect thereto. This analysis considers only the actions of individual judges and their personal impartiality in the conduct of the investigation process.

Without institutional independence or, in other words, without the appearance of a clear separation of powers between the judicial, executive and legislative branches, judicial independence cannot be said to exist. In my view, preserving the appearance

généralement pas. Bref, le critère objectif de la personne raisonnable doit servir à déterminer si le public a une saine perception d'indépendance judiciaire.

Analysé dans cette perspective, l'art. 83.28 *C. cr.* porte atteinte à l'indépendance judiciaire dans sa dimension institutionnelle. Une conclusion contraire repose sur l'omission d'établir cette distinction fondamentale entre les deux dimensions de l'indépendance judiciaire dans l'application du droit aux faits en cause. Bien qu'ils aient discuté de la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire, les juges Iacobucci et Arbour semblent avoir inféré de l'indépendance individuelle du juge agissant en vertu de l'art. 83.28 une conclusion d'indépendance judiciaire, sans examiner si, dans les faits, la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire était protégée. En effet, selon mes collègues, si un juge présidant une investigation en vertu de cette disposition utilisait sa discrétion d'une manière qui n'assure pas la protection des droits et libertés de la personne interrogée, alors, dans ce cas précis, il deviendrait ultérieurement possible de conclure à l'absence d'indépendance judiciaire (par. 88).

Par ailleurs, la juge Holmes a conclu que l'art. 83.28 *C. cr.* ne portait pas atteinte à l'indépendance judiciaire, pour le motif que le juge présidant l'investigation ne sera pas le même que celui présidant le procès et qu'il sera rarissime que ces deux procédures se déroulent dans le même ressort. Ce raisonnement a ainsi omis de prendre en compte la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire et d'examiner les conséquences des mesures législatives en cause à l'égard de cette dernière et de la perception qu'en aurait la personne raisonnable et bien informée. Cette analyse ne prend en considération que le comportement individuel du juge et son impartialité personnelle dans la conduite de la procédure d'enquête.

Sans indépendance institutionnelle, ou, autrement dit, sans étanchéité apparente entre les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif, il ne peut effectivement y avoir d'indépendance judiciaire. À mon sens, la sauvegarde de l'apparence d'une

177

178

179

of a separation of powers is a necessary condition for concluding that judicial independence exists.

180 Section 83.28 *Cr. C.* requires judges to preside over police investigations; as such investigations are the responsibility of the executive branch, this cannot but leave a reasonable person with the impression that judges have become allies of the executive branch. This perception that the judicial and executive branches are allied when conducting an investigation pursuant to this provision results, in my view, from the difficulty that a judge presiding over such a process will have protecting the rights and freedoms of the person being examined, the overly broad discretionary powers wielded by the judge, the legislative objectives behind the provision and the very nature of these proceedings, which may be held *in camera*.

181 Iacobucci and Arbour JJ. found that a judge exercises a judicial function when carrying out such an examination, since ss. 83.28(7) and 83.28(9) *Cr. C.* provide that he or she has the power to vary the terms and conditions of the order and to rule on objections relating to a refusal to answer a question. My colleagues thus conclude that the judge's role here is to protect the interests of the person being examined and thereby act as a shield against unwarranted deprivations thereof by the executive branch. I do not agree. Even if the impugned statutory provisions are interpreted as my colleagues propose, the judge will not have the necessary means to ensure that the rights and freedoms of the person being examined are protected.

182 First, I question how effective the judge's power to rule on objections to evidence in the course of these investigations will actually be. I am sceptical about the view that the rules of evidence set out in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, such as ss. 8 to 12, 19 to 36 and 42, and the common law rules can govern the conduct of such an examination. These rules were created, first and foremost, to govern the building of a case to prove an accused's guilt. They are ill suited to the gathering of information relating to the commission of an offence or to fears that one may have been committed.

séparation des pouvoirs est nécessaire à une conclusion d'indépendance judiciaire.

L'article 83.28 *C. cr.*, en vertu duquel les juges sont de fait amenés à présider des enquêtes policières, qui relèvent de l'exercice du pouvoir exécutif, ne peut qu'entraîner chez la personne raisonnable une perception que les juges sont devenus alliés du pouvoir exécutif. Cette perception que les pouvoirs judiciaire et exécutif s'associent lors d'une enquête conduite en vertu de cette disposition résulte, à mon avis, de la difficulté qu'aura le juge qui la préside, à l'intérieur d'un pareil système, à protéger les droits et libertés des personnes interrogées, de sa trop grande discrétion, des objectifs législatifs ainsi que de la nature même des procédures qui pourront se tenir à huis clos.

Les juges Iacobucci et Arbour ont conclu que le juge exerce une fonction judiciaire lors de l'interrogatoire, car il a le pouvoir, en vertu des par. 83.28(7) et 83.28(9) *C. cr.*, de modifier les conditions de l'ordonnance et de statuer sur les objections concernant le refus de répondre à une question. Mes collègues concluent ainsi que le juge a pour tâche de protéger les intérêts de la personne interrogée et, qu'en ce sens, il remplit sa fonction de bouclier contre les atteintes injustifiées du pouvoir exécutif. Je ne partage pas ces vues. En effet, même en interprétant les dispositions législatives attaquées comme ils le proposent, il reste que le juge n'a pas les moyens nécessaires pour assurer la protection des droits et libertés de la personne interrogée.

D'abord, je m'interroge sur l'efficacité réelle du pouvoir du juge de trancher des objections à la preuve dans le contexte de ces investigations. Je demeure sceptique à l'égard de l'opinion que les règles de preuve fixées par la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, tels les art. 8 à 12, 19 à 36 et 42, et par la common law puissent régir la tenue de l'interrogatoire. Ces règles sont d'abord créées pour régir la constitution d'une preuve de culpabilité d'un accusé. Elles s'adaptent mal à la cueillette d'information relative à la perpétration d'une infraction ou aux craintes qu'une infraction n'ait été commise.

Next, even if I agreed with Iacobucci and Arbour JJ. as to the application of these rules of evidence, the rules would not create a framework allowing judges to effectively protect the rights and freedoms of the person being examined. Indeed, as my colleagues noted, the application of these rules of evidence is not mandatory. Moreover, some of the rules will not apply, as they are incompatible with the type of investigation provided for in s. 83.28. This is true of the rule against hearsay evidence. Finally, although the rules relating to the relevance of questions asked and to their probative value could be useful in theory, the judge will not be in a position to apply them. The judge presiding over the examination will undoubtedly not have access to the full record of the police investigation. It would therefore be easy for a Crown prosecutor to contend that a question is relevant or that its probative value outweighs its prejudicial effects. Without knowledge of the investigation's sources, framework and objectives, it will be virtually impossible for the judge to rule on such objections. Thus, the power to limit the scope of questions put to the person being examined could prove illusory. Even based on my colleagues' interpretation, the impugned provisions do not give the judge the means to effectively protect the rights and freedoms of the person being examined.

Moreover, if it were possible to conclude that the judge could effectively rule on certain objections, the fluidity and vagueness of the investigation procedure would still give too much discretion to the judge. Without a specific rule that can be applied uniformly to all cases, judges will have to rely on their own discretion, if not their own subjective preferences, when deciding which solution to apply to a given objection. To my mind, a judge's individual perception of his or her role will necessarily affect the nature and conduct of the examination. Thus, some judges will be more inclined to protect the fundamental rights of the person being examined, while others, who are more conservative, will adopt a contrary approach.

As the judiciary is unable to defend the fundamental rights and freedoms of a person being

Par ailleurs, même si j'étais d'accord avec les juges Iacobucci et Arbour quant à l'application de ces règles de preuve, ces dernières ne créeraient pas un cadre permettant au juge de protéger efficacement les droits et libertés de la personne interrogée. En effet, comme l'ont précisé mes collègues, l'application de ces règles de preuve n'est pas obligatoire. De plus, certaines de ces règles ne s'appliqueront pas, car elles sont incompatibles avec le type d'enquête prévu par l'art. 83.28. Il en est ainsi de la règle interdisant le oui-dire. Enfin, bien que les règles relatives à la pertinence des questions posées et à leur valeur probante puissent être utiles en théorie, le juge ne sera pas en mesure de les appliquer. En effet, le juge présidant l'interrogatoire n'aura sans doute pas accès au dossier complet de l'enquête policière. Le procureur de la Couronne pourra alors aisément prétendre qu'une question reste pertinente ou que sa valeur probante l'emporte sur ses effets préjudiciables. Dans l'ignorance des sources, du cadre et des objectifs de l'enquête, il sera quasi impossible pour le juge de statuer sur ces objections. Ainsi, le pouvoir de limiter l'étendue des questions posées à la personne interrogée risque de demeurer illusoire. Même en recourant à l'interprétation proposée par mes collègues, les dispositions attaquées ne laissent pas au juge les moyens de protéger efficacement les droits et libertés de la personne interrogée.

De plus, même s'il était possible de conclure que le juge pourrait réussir à trancher certaines objections, la fluidité et l'imprécision de la procédure d'enquête laissent une trop grande discrétion au juge. En effet, sans règle précise applicable uniformément à tous les cas, le juge devra arrêter à sa propre discrétion, voire au gré de sa propre subjectivité, les solutions qu'il désire appliquer à une objection donnée. À mon sens, la perception individuelle que le juge se fera de son rôle affectera nécessairement la nature et le déroulement de l'interrogatoire. Certains juges seront ainsi plus enclins à protéger les droits fondamentaux de la personne interrogée, alors que d'autres, plus conservateurs, adopteront une approche contraire.

N'étant pas en mesure de défendre les droits et libertés fondamentaux de la personne interrogée en

183

184

185

examined under s. 83.28 *Cr. C.* against interference from the executive branch, the judiciary's role is then, on its face, no different from that of the executive branch. In my view, a reasonable, well-informed person could conclude that the purpose of having a judge at such an investigation is to help the executive branch compel the witness to answer questions. The judiciary's symbolic and legal weight will assist the police in their investigations. The judiciary will then no longer be playing the role of an independent arbiter.

186 This perception is also justified by the legislative objectives of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, and s. 83.28 *Cr. C.* As Iacobucci and Arbour JJ. have stated, Parliament's intent in enacting this legislation was to prevent and punish acts of terrorism. In enacting s. 83.28, Parliament gave increased powers to the executive branch to enable it to investigate such acts effectively. In light of these legislative objectives, a reasonable person might conclude that Parliament intended to use the judiciary to make the prevention and suppression of acts of terrorism more effective by sacrificing some of the judiciary's institutional independence. Professor Paciocco has given a clear description of how the judiciary's role in investigations conducted pursuant to s. 83.28 might be perceived by the public:

The government is clearly counting on the oath of the witness and the threat of contempt of court to enforce this system, and it is using the power of the judicial office, not to obtain a legal ruling or to resolve a question of fact, but as a form of coercion to compel information in the advancement of the executive, investigative function.

(D. M. Paciocco, "Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act*" (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, at p. 233)

187 In light of the procedural framework established by s. 83.28 *Cr. C.*, it would be reasonable for the public to perceive the judicial and executive branches as allies. This public perception is heightened by the fact that the judge's duties under

vertu de l'art. 83.28 *C. cr.* contre les ingérences du pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire ne joue alors pas un rôle différent à première vue de celui exercé par l'exécutif. À mon avis, une personne raisonnable et bien informée pourrait conclure que la présence du juge lors d'une telle investigation vise à aider le pouvoir exécutif à contraindre le témoin à répondre aux questions. Le poids symbolique et juridique du pouvoir judiciaire vient assister l'enquête policière. Ce pouvoir ne joue alors plus son rôle d'arbitre indépendant.

Cette perception se justifie aussi par les objectifs législatifs de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, et de l'art. 83.28 *C. cr.* En effet, comme l'ont précisé les juges Iacobucci et Arbour, en édictant cette loi, le législateur fédéral visait à prévenir et à punir les actes de terrorisme. Par l'adoption de l'art. 83.28, le législateur visait à donner plus de pouvoirs à l'exécutif afin qu'il puisse enquêter efficacement sur de tels actes. À la lumière de ces objectifs législatifs, la personne raisonnable pourrait alors conclure que le législateur prévoit utiliser le pouvoir judiciaire pour prévenir et réprimer plus efficacement les actes de terrorisme, en sacrifiant une part de son indépendance institutionnelle. Le professeur Paciocco a clairement décrit la manière dont le rôle du pouvoir judiciaire lors des investigations tenues en vertu de l'art. 83.28 pourrait alors être perçu par le public :

[TRADUCTION] Il est clair que le gouvernement s'attend à ce que le serment du témoin et la menace d'outrage au tribunal permettront au système de fonctionner, et il se sert du pouvoir de la charge judiciaire non pas pour trancher un point de droit ou pour résoudre une question de fait, mais pour exercer une forme de contrainte destinée à obtenir des renseignements utiles à l'exercice de la fonction exécutive d'enquête.

(D. M. Paciocco, « Constitutional Casualties of September 11 : Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act* » (2002), 16 *S.C.L.R.* (2d) 185, p. 233)

En raison du cadre procédural que met en place l'art. 83.28 *C. cr.*, le public pourra raisonnablement percevoir les pouvoirs judiciaire et exécutif comme des alliés. Cette perception du public s'accroît du fait que la fonction attribuée au juge par l'art. 83.28

s. 83.28 are unlike any of the duties traditionally discharged by the judiciary.

The judge's powers under s. 83.28 *Cr. C.* differ from those wielded by judges under other *Criminal Code* provisions, such as ss. 184.2 (authorizations to intercept private communications), 487 (search warrants) and 487.05 (warrants relating to forensic DNA analysis). Those provisions require the judge to render an *ad hoc* decision authorizing the use of specific investigative techniques. The judge is involved in the conduct of the investigations only indirectly, via the authorization that is granted. In contrast, a judge acting under s. 83.28 is not limited to making an order authorizing the executive branch to conduct an examination and may even be required to preside over the examination. As I have already mentioned, s. 83.28 does not give judges the tools they need to effectively play their role as protector of the fundamental rights of the person being examined. Instead, the judge takes part in and facilitates the police investigation without having real power to act as a neutral arbiter.

In other cases, under provisions such as s. 231.4 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), and s. 11 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, a judge may have a role to play at a specific point in the investigation process, in that he or she may be asked to make an order, such as an order to attend. However, the judge does not preside over the investigation. Thus, the judge does not take part in the exercise of a power of the executive branch. A judge who presides over an examination under s. 83.28 *Cr. C.*, on the other hand, does take part in the exercise of a power of the executive branch and has no way to counterbalance the exercise thereof. In the pursuit of the undeniably important objective of suppressing and preventing terrorism, the distinction between the judicial and executive branches has been blurred.

The public's perception that the judicial and the executive branches do not act separately in an investigation under s. 83.28 *Cr. C.* will be

ne s'apparente à aucun autre rôle habituel du pouvoir judiciaire.

D'une part, les pouvoirs que détient le juge en vertu de l'art. 83.28 *C. cr.* diffèrent de ceux qu'il possède, par exemple, en vertu des art. 184.2 *C. cr.* (autorisations d'interception d'une communication privée), 487 *C. cr.* (mandats de perquisition) et 487.05 *C. cr.* (mandats relatifs aux analyses génétiques). En effet, en vertu de ces dispositions, le juge est appelé à rendre une décision ponctuelle pour autoriser l'utilisation de certaines techniques d'enquêtes particulières. Il ne s'associe pas à la conduite de cette enquête, sauf indirectement, par l'autorisation qu'il accorde. Au contraire, en vertu de l'art. 83.28, le juge ne se limite pas à rendre une ordonnance permettant à l'exécutif de procéder à un interrogatoire et peut même être amené à diriger l'interrogatoire. Or, comme je l'ai mentionné précédemment, l'art. 83.28 ne donne pas au juge les outils dont il a besoin pour exercer efficacement son rôle de protecteur des droits fondamentaux de la personne interrogée. Il participe à l'enquête policière, qu'il facilite, sans détenir un pouvoir réel d'agir à titre d'arbitre neutre.

Dans d'autres cas, en vertu, par exemple, de l'art. 231.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), et de l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, le juge peut avoir un rôle ponctuel à jouer dans le processus d'enquête, en ce sens qu'il peut être appelé à rendre certaines ordonnances, telles que des ordonnances de comparution. Il ne préside toutefois pas ces enquêtes. Le juge ne participe donc pas à l'exercice du pouvoir exécutif. À l'inverse, en présidant l'interrogatoire tenu en vertu de l'art. 83.28 *C. cr.*, le juge assiste à l'exercice du pouvoir exécutif sans détenir les moyens nécessaires afin de lui faire contre-poids. Les pouvoirs judiciaire et exécutif tendent à la confusion dans la réalisation d'un objectif, certes important, de répression ou de prévention du terrorisme.

La perception du public selon laquelle les pouvoirs judiciaire et exécutif n'agissent pas de manière séparée lors d'une investigation tenue

188

189

190

heightened when the investigation is held *in camera*. In such a case, a reasonable, well-informed person would be justified in questioning the role the judge is really playing in the investigation. The judge is therefore at risk of being perceived as a true ally of the executive branch in a secret investigation that is not subject to scrutiny.

191 In short, I do not believe it is possible to uphold the constitutional validity of the legislation in question by isolating individual cases in which judges will act unconstitutionally. When faced with the problems raised by s. 83.28 *Cr. C.*, it will not suffice to state that judicial independence will be compromised only in those specific cases, as such a conclusion would be based on an analysis restricted to the individual dimension of judicial independence. For the reasons I have stated above, I believe that s. 83.28 compromises the institutional dimension of judicial independence. In my view, the public will perceive the judicial and executive branches as allies rather than as separate branches of government. The implementation of s. 83.28, which is the source of this perception that there is no separation of powers, could therefore lead to a loss of public confidence in Canada's justice system. The tension and fears resulting from the rise in terrorist activity do not justify such an alliance. It is important that the criminal law be enforced firmly and that the necessary investigative and punitive measures be taken, but this must be done in accordance with the fundamental values of our political system. The preservation of our courts' institutional independence belongs to those fundamental values.

192 Therefore, it is my view that s. 83.28 *Cr. C.* compromises the judicial independence guaranteed by the Preamble to the *Constitution Act, 1867* and must be declared unconstitutional. For this reason, I would have allowed the appeal and found, as did Binnie J., that there was an abuse of process.

en vertu de l'art. 83.28 *C. cr.* s'accentuera encore lorsque les investigations seront tenues à huis clos. Dans ces cas, une personne raisonnable et bien informée sera justifiée de s'interroger sur le rôle que le juge joue réellement lors de l'interrogatoire. Le juge risque alors d'être perçu comme un véritable allié du pouvoir exécutif, dans une enquête secrète, dont le déroulement demeure incontrôlable.

En somme, je ne crois pas qu'il soit possible d'isoler des cas d'espèce où certains juges agiront de manière inconstitutionnelle tout en préservant la validité constitutionnelle de l'ensemble de la législation. Devant les problèmes que pose l'art. 83.28 *C. cr.*, il ne suffit pas d'affirmer qu'il ne sera porté atteinte à l'indépendance judiciaire que dans ces cas, puisque cette conclusion dépend d'une analyse restreinte à l'examen de la dimension individuelle de l'indépendance judiciaire. Pour les motifs que je viens d'exposer, j'estime que l'art. 83.28 porte atteinte à la dimension institutionnelle de l'indépendance judiciaire. À mon avis, le public percevra les pouvoirs judiciaire et exécutif comme des alliés et non des pouvoirs séparés. La mise en œuvre de l'art. 83.28, qui entraîne cette perception de non-séparation des pouvoirs, risque dès lors d'entraîner la perte de la confiance du public dans le système de justice canadien. Les tensions et les craintes que suscite la montée du terrorisme ne justifient pas cette association. Il importe que le droit criminel soit appliqué fermement et que les mesures d'enquête et de répression nécessaires soient mises en œuvre, mais dans le respect des valeurs essentielles de notre régime politique. La préservation de l'indépendance institutionnelle des tribunaux demeure l'une de celles-ci.

Je suis par conséquent d'avis que l'art. 83.28 *C. cr.* porte atteinte à l'indépendance judiciaire protégée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et devrait être déclaré inconstitutionnel. J'aurais donc aussi accueilli le pourvoi pour ce motif, en plus de reconnaître qu'un abus de procédure a été commis, comme le conclut le juge Binnie.

APPENDIXRelevant Constitutional and Legislative Provisions*A. Constitutional Provisions**Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

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

B. Legislative Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, as amended by S.C. 2001, c. 41

INTERPRETATION

2. In this Act

. . . .

“terrorism offence” means

(a) an offence under any of sections 83.02 to 83.04 or 83.18 to 83.23,

(b) an indictable offence under this or any other Act of Parliament committed for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group,

(c) an indictable offence under this or any other Act of Parliament where the act or omission constituting the offence also constitutes a terrorist activity, or

ANNEXEDispositions constitutionnelles et législatives pertinentes*A. Dispositions constitutionnelles**Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

11. Tout inculpé a le droit :

. . . .

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

B. Dispositions législatives

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, modifié par L.C. 2001, ch. 41

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . . .

« activité terroriste » S'entend au sens du paragraphe 83.01(1).

« groupe terroriste » S'entend au sens du paragraphe 83.01(1).

« infraction de terrorisme »

a) Infraction visée à l'un des articles 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23;

b) acte criminel — visé par la présente loi ou par une autre loi fédérale — commis au profit ou sous

(d) a conspiracy or an attempt to commit, or being an accessory after the fact in relation to, or any counselling in relation to, an offence referred to in paragraph (a), (b) or (c);

“terrorist activity” has the same meaning as in subsection 83.01(1);

“terrorist group” has the same meaning as in subsection 83.01(1);

INVESTIGATIVE HEARING

83.28 (1) In this section and section 83.29, “judge” means a provincial court judge or a judge of a superior court of criminal jurisdiction.

(2) Subject to subsection (3), a peace officer may, for the purposes of an investigation of a terrorism offence, apply *ex parte* to a judge for an order for the gathering of information.

(3) A peace officer may make an application under subsection (2) only if the prior consent of the Attorney General was obtained.

(4) A judge to whom an application is made under subsection (2) may make an order for the gathering of information if the judge is satisfied that the consent of the Attorney General was obtained as required by subsection (3) and

- (a) that there are reasonable grounds to believe that
 - (i) a terrorism offence has been committed, and
 - (ii) information concerning the offence, or information that may reveal the whereabouts of a person suspected by the peace officer of having committed the offence, is likely to be obtained as a result of the order; or
- (b) that
 - (i) there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed,
 - (ii) there are reasonable grounds to believe that a person has direct and material information that relates to a terrorism offence referred to in subparagraph (i), or that may reveal the whereabouts of an individual who the peace officer suspects

la direction d’un groupe terroriste, ou en association avec lui;

c) acte criminel visé par la présente loi ou par une autre loi fédérale et dont l’élément matériel — acte ou omission — constitue également une activité terroriste;

d) complot ou tentative en vue de commettre l’infraction visée à l’un des alinéas a) à c) ou, relativement à une telle infraction, complicité après le fait ou encouragement à la perpétration.

INVESTIGATION

83.28 (1) Au présent article et à l’article 83.29, « juge » s’entend d’un juge de la cour provinciale ou d’un juge d’une cour supérieure de juridiction criminelle.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), l’agent de la paix peut, pour la conduite d’une enquête relative à une infraction de terrorisme, demander à un juge, en l’absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements.

(3) L’agent de la paix ne peut présenter la demande que s’il a obtenu le consentement préalable du procureur général.

(4) Saisi de la demande, le juge peut rendre l’ordonnance s’il est convaincu que le consentement du procureur général a été obtenu en conformité avec le paragraphe (3) et :

- a) ou bien il existe des motifs raisonnables de croire, à la fois :
 - (i) qu’une infraction de terrorisme a été commise,
 - (ii) que des renseignements relatifs à l’infraction ou susceptibles de révéler le lieu où se trouve un individu que l’agent de la paix soupçonne de l’avoir commise sont susceptibles d’être obtenus en vertu de l’ordonnance;
- b) ou bien sont réunis les éléments suivants :
 - (i) il existe des motifs raisonnables de croire qu’une infraction de terrorisme sera commise,
 - (ii) il existe des motifs raisonnables de croire qu’une personne a des renseignements directs et pertinents relatifs à une infraction de terrorisme visée au sous-alinéa (i) ou de nature à révéler le lieu où se trouve l’individu que l’agent de la paix

may commit a terrorism offence referred to in that subparagraph, and

(iii) reasonable attempts have been made to obtain the information referred to in subparagraph (ii) from the person referred to in that subparagraph.

(5) An order made under subsection (4) may

(a) order the examination, on oath or not, of a person named in the order;

(b) order the person to attend at the place fixed by the judge, or by the judge designated under paragraph (d), as the case may be, for the examination and to remain in attendance until excused by the presiding judge;

(c) order the person to bring to the examination any thing in their possession or control, and produce it to the presiding judge;

(d) designate another judge as the judge before whom the examination is to take place; and

(e) include any other terms or conditions that the judge considers desirable, including terms or conditions for the protection of the interests of the person named in the order and of third parties or for the protection of any ongoing investigation.

(6) An order made under subsection (4) may be executed anywhere in Canada.

(7) The judge who made the order under subsection (4), or another judge of the same court, may vary its terms and conditions.

(8) A person named in an order made under subsection (4) shall answer questions put to the person by the Attorney General or the Attorney General's agent, and shall produce to the presiding judge things that the person was ordered to bring, but may refuse if answering a question or producing a thing would disclose information that is protected by any law relating to non-disclosure of information or to privilege.

(9) The presiding judge shall rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or to produce a thing.

(10) No person shall be excused from answering a question or producing a thing under subsection (8) on the ground that the answer or thing may tend to incriminate the person or subject the person to any proceeding or penalty, but

(a) no answer given or thing produced under subsection (8) shall be used or received against the person

soupçonne d'être susceptible de commettre une telle infraction de terrorisme,

(iii) des efforts raisonnables ont été déployés pour obtenir les renseignements visés au sous-alinéa (ii) de la personne qui y est visée.

(5) L'ordonnance peut contenir les dispositions suivantes :

a) l'ordre de procéder à l'interrogatoire, sous serment ou non, d'une personne désignée;

b) l'ordre à cette personne de se présenter au lieu que le juge ou le juge désigné au titre de l'alinéa d) fixe pour l'interrogatoire et de demeurer présente jusqu'à ce qu'elle soit libérée par le juge qui préside;

c) l'ordre à cette personne d'apporter avec elle toute chose qu'elle a en sa possession ou à sa disposition afin de la remettre au juge qui préside;

d) la désignation d'un autre juge pour présider l'interrogatoire;

e) les modalités que le juge estime indiquées, notamment quant à la protection des droits de la personne que l'ordonnance vise ou de ceux des tiers, ou quant à la protection de toute investigation en cours.

(6) L'ordonnance peut être exécutée en tout lieu au Canada.

(7) Le juge qui a rendu l'ordonnance ou un autre juge du même tribunal peut modifier les conditions de celle-ci.

(8) La personne visée par l'ordonnance répond aux questions qui lui sont posées par le procureur général ou son représentant, et remet au juge qui préside les choses exigées par l'ordonnance, mais peut refuser de le faire dans la mesure où la réponse aux questions ou la remise de choses révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges.

(9) Le juge qui préside statue sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose.

(10) Nul n'est dispensé de répondre aux questions ou de produire une chose aux termes du paragraphe (8) pour la raison que la réponse ou la chose remise peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais :

a) la réponse donnée ou la chose remise aux termes du paragraphe (8) ne peut être utilisée ou admise

in any criminal proceedings against that person, other than a prosecution under section 132 or 136; and

(b) no evidence derived from the evidence obtained from the person shall be used or received against the person in any criminal proceedings against that person, other than a prosecution under section 132 or 136.

(11) A person has the right to retain and instruct counsel at any stage of the proceedings.

(12) The presiding judge, if satisfied that any thing produced during the course of the examination will likely be relevant to the investigation of any terrorism offence, shall order that the thing be given into the custody of the peace officer or someone acting on the peace officer's behalf.

Appeal dismissed, BINNIE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant the "Named Person": Howard Rubin, North Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ripudaman Singh Malik: Smart & Williams, Vancouver.

Solicitors for the respondent Ajaib Singh Bagri: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Henein & Associates, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Bar Association: Gregory P. Delbigio, Vancouver.

contre lui dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136;

b) aucune preuve provenant de la preuve obtenue de la personne ne peut être utilisée ou admise contre elle dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136.

(11) Toute personne a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions en tout état de cause.

(12) Si le juge qui préside est convaincu qu'une chose remise pendant l'interrogatoire est susceptible d'être utile à l'enquête relative à une infraction de terrorisme, il peut ordonner que cette chose soit confiée à la garde de l'agent de la paix ou à une personne qui agit pour son compte.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureur de l'appelante la « personne désignée » : Howard Rubin, North Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ripudaman Singh Malik : Smart & Williams, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Ajaib Singh Bagri : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Henein & Associates, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Gregory P. Delbigio, Vancouver.

Solicitors for the interveners The Vancouver Sun, The National Post and Global Television Network Inc.: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intervenants The Vancouver Sun, The National Post et Global Television Network Inc. : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.