

(

- -

Vancouver Sun (Re), [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43

The Vancouver Sun

Appelant

c.

**Procureur général du Canada,
procureur général de la Colombie-Britannique,
« personne désignée », Ajaib Singh Bagri
et Ripudaman Singh Malik**

Intimés

et

Procureur général de l'Ontario

Intervenant

Répertoire : Vancouver Sun (Re)

Référence neutre : 2004 CSC 43.

N° du greffe : 29878.

2003 : 10 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 criminel — Terrorisme — Investigations — Principe de la publicité des procédures judiciaires — Le niveau de secret applicable aux procédures d'investigation judiciaire — L'audition de la demande du ministère public visant la tenue de l'investigation judiciaire aurait-elle dû se faire à huis clos? — Aurait-il fallu garder secrète l'existence de l'ordonnance d'investigation judiciaire? — L'examen de la constitutionnalité de la disposition législative prévoyant la tenue d'une investigation judiciaire et de la validité de l'ordonnance d'investigation aurait-il dû se faire à huis clos? — L'investigation judiciaire doit-elle se dérouler à huis clos? — Applicabilité du critère de Dagenais/Mentuck — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C 46, art. 83.28.

B et M ont été accusés conjointement de plusieurs infractions relativement à l'explosion produite à bord du vol 182 d'Air India et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Au début du procès des accusés, le ministère public a demandé, en l'absence de toute autre partie, que soit rendue une ordonnance enjoignant à la personne désignée, éventuel témoin à charge dans le procès Air India, de se présenter à une investigation judiciaire pour interrogatoire en application de l'art. 83.28 du *Code*

(

- -

criminel. Le juge saisi de la demande a accordé l'ordonnance et a imposé des modalités quant à la tenue de l'investigation judiciaire, notamment le huis clos et l'interdiction d'aviser les accusés dans le procès Air India, la presse ou le public de l'audience. Les avocats des accusés ont eu connaissance des procédures. Le juge saisi de la demande a conclu qu'ils pouvaient présenter leurs observations sur la validité de l'ordonnance initiale à la juge qui présidait l'investigation prévue à l'art. 83.28. La juge a commencé l'audition à huis clos des prétentions des accusés et de la contestation par la personne désignée de la constitutionnalité de l'art. 83.28. Une journaliste du Vancouver Sun, qui avait reconnu les avocats du procès Air India entrant dans une salle d'audience fermée au public, s'est vu refuser l'accès aux procédures. Le Vancouver Sun a déposé auprès de la juge de l'audience un avis de requête visant à obtenir une ordonnance déclarant que les procédures judiciaires doivent être ouvertes au public et que son avocat et un membre de son comité de rédaction, dès le dépôt de leur engagement de confidentialité, ont accès aux actes de procédure et à tout autre document relatif aux procédures qui étaient déjà au dossier. Avant l'audition de la requête, la juge de l'audience a conclu, à huis clos, à la validité de l'ordonnance initiale fondée sur l'art. 83.28 et à la constitutionnalité de cette disposition. Elle a modifié l'ordonnance initiale pour permettre aux avocats des accusés d'assister à l'investigation et d'interroger à certaines conditions la personne désignée. Elle a ordonné la mise sous scellés de son jugement jusqu'à la fin de l'enquête ou jusqu'à ce que le tribunal rende une ordonnance contraire. Lorsque le public fut enfin admis dans la salle d'audience, la juge a prononcé, en audience publique, le résumé de ses motifs. Le Vancouver Sun a alors présenté sa requête, qui fut rejetée. Il a ensuite obtenu l'autorisation de se pourvoir devant la Cour contre l'ordonnance rejetant sa

(

- -

requête.

Arrêt (les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie et l'ordonnance de la juge de l'audience est modifiée.

La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et Fish : L'article 83.28 du *Code criminel* doit être interprété d'une façon compatible avec le préambule de la *Loi antiterroriste* et les caractéristiques fondamentales du processus judiciaire, notamment le principe de la publicité des procédures judiciaires. Sceau d'une société démocratique et pierre angulaire de la common law, le principe de la publicité des débats en justice assure l'intégrité des procédures judiciaires et est inextricablement lié à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce principe, qu'il ne faudrait pas, par présomption, écarter en faveur d'une procédure à huis clos, vise toutes les procédures judiciaires. Le critère de *Dagenais/Mentuck* doit s'appliquer à tout exercice judiciaire de pouvoir discrétionnaire tendant à restreindre la liberté de la presse.

Dans le contexte de l'art. 83.28, il faut distinguer entre une demande d'investigation judiciaire et la tenue de l'investigation. La demande visant à obtenir une ordonnance d'investigation judiciaire autorisant la recherche de renseignements est similaire, sur le plan de la procédure, à la demande de mandat de perquisition ou d'autorisation d'écoute électronique. Selon le par. 83.28(2), la demande est présentée en l'absence de toute autre

(

- -

partie et sa nature même commande le huis clos. Toutefois, aucune disposition ne prévoit expressément le huis clos pour quelque partie que ce soit de l'investigation. En revanche, l'investigation exige que le tribunal participe pleinement à son déroulement. L'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet aux juges d'imposer des modalités quant au déroulement de l'investigation prévue à l'al. 83.28(5)e) constitue le meilleur moyen d'établir un juste équilibre entre les impératifs de l'enquête et le principe de la publicité des procédures judiciaires. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les juges devraient rejeter la présomption que les investigations doivent se tenir dans le secret. Le Parlement a choisi de donner aux investigations une nature judiciaire; celles ci doivent donc comporter autant de garanties et d'indices découlant de l'intervention judiciaire que le permet le dossier. La présomption de publicité des procédures ne devrait donc être écartée qu'après un examen judiciaire des intérêts opposés à chaque étape du processus. L'existence d'une ordonnance et, autant que possible, l'objet du dossier devraient être rendus publics, à moins que la pondération selon le critère de *Dagenais/Mentuck* n'exige le secret.

Le niveau de secret était trop élevé en l'espèce. Même si la demande fondée sur le par. 83.28(2) a été, à juste titre, entendue en l'absence de toute autre partie et à huis clos, il n'y avait aucune raison de garder secrets l'existence de l'ordonnance ou son objet. Étant donné la position adoptée à ce stade par la personne désignée, c'est à juste titre qu'on avait préservé la confidentialité de son identité, mais cette décision aurait dû faire l'objet d'une révision par la juge de l'audience. Comme un éventuel témoin à charge dans le

(

- -

procès Air India faisait l'objet d'une ordonnance d'investigation, il aurait fallu prendre en considération les droits des tiers et aviser sans délai les avocats des accusés. Autant que possible, les renseignements concernant la contestation constitutionnelle par la personne désignée qui pouvaient être divulgués sans compromettre l'investigation auraient dû l'être, sous réserve, au besoin, d'une ordonnance de non publication totale ou partielle. L'audition de la contestation constitutionnelle n'aurait pas dû se dérouler à huis clos, car il était possible de présenter convenablement une grande partie des arguments sans révéler les détails des renseignements présentés au juge saisi de la demande.

La personne désignée estime maintenant que l'investigation doit se dérouler en public. Les seuls facteurs qui militent maintenant en faveur du secret sont ceux qui se rattachent à la protection d'une enquête en cours ou qui sont attribuables à d'autres raisons d'importance capitale mais inexprimées. Dans une affaire où une grande partie des renseignements relatifs à l'infraction sont déjà du domaine public et où l'on cherche à avoir recours à une investigation pendant qu'un procès se déroule sans jury, il est difficile de démontrer la nécessité d'un degré élevé de secret et cela n'a pas été établi en l'espèce. Par conséquent, le nom de la personne désignée doit être divulgué et l'ordonnance de la juge de l'audience doit être modifiée pour que l'investigation puisse se dérouler en public, sauf si la juge de l'audience ordonne, en ce qui a trait à certains aspects de la déposition éventuelle de la personne désignée, l'exclusion du public ou l'interdiction de publication. À la fin de l'investigation, le juge devra évaluer la nécessité de maintenir le secret et communiquer au public tout renseignement recueilli dont la publication ne compromet pas indûment les droits

(

- -

de la personne désignée, ceux des tiers ou l'investigation.

Le juge LeBel : Il y a accord avec les motifs des juges majoritaires et le dispositif qu'ils proposent, sous réserve des commentaires formulés dans l'affaire *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*.

Les juges Bastarache et Deschamps (dissidents en partie) : Même si la publicité des procédures judiciaires est la règle et le secret l'exception, le tribunal peut siéger à huis clos lorsqu'il y a possibilité d'atteinte indue aux droits des tiers et que la présence du public rendrait impossible la bonne administration de la justice. C'est normalement ce qui se produit dans le cas des procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 du *Code criminel*. Les autorités chargées de l'application de la loi ont un intérêt légitime à maintenir la confidentialité de l'identité du témoin et de son témoignage, parce que la communication prématurée de renseignements portant sur une infraction de terrorisme compromettrait et entraverait l'enquête sur les renseignements obtenus à l'audience et priverait en règle générale de toute efficacité les outils d'enquête que sont les procédures prévues à l'art. 83.28. La police ne peut pas rechercher des renseignements et prendre les mesures qui s'imposent si les renseignements sont en même temps transmis au public et aux médias. Pour ce qui est des tiers, la confidentialité de l'investigation protégera l'innocent de témoignages douteux ou faux et encouragera les témoins à se manifester et à déposer honnêtement. Par ailleurs,

(

- -

dévoiler l'identité d'un témoin risque fort de l'exposer à des représailles de la part des suspects ou de leurs alliés. La même observation vaut pour les tiers que le témoin désigne comme ayant des renseignements à fournir. Il est impossible, sans connaître les renseignements qui seront dévoilés lors de l'investigation, d'évaluer le risque auquel les droits des tiers et la bonne administration de la justice sont exposés. Le critère de *Dagenais/Mentuck* ne peut donc servir de guide pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner que les procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 se déroulent à huis clos. Selon ce critère, il est généralement nécessaire de présenter une preuve convaincante étayant l'interdiction d'accès pour pouvoir réfuter la présomption de publicité des procédures judiciaires. Ce cadre d'analyse n'est pas indiqué : c'est seulement après que le ministère public a recueilli les renseignements et les éléments de preuve lors de l'investigation que le juge qui préside sera en mesure de pondérer les intérêts opposés qui sont en jeu et de révéler les renseignements non préjudiciables. Vu la présomption de publicité des procédures, c'est à la partie qui demande au tribunal de refuser au public l'accès aux renseignements recueillis lors de l'investigation judiciaire qu'incombe la charge de la preuve et l'obligation de satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*.

Le fait que l'investigation porte sur la constitutionnalité de l'art. 83.28 ne rend pas le principe de la publicité des débats en justice plus contraignant, parce qu'on ne pouvait, de façon réaliste, dissocier la contestation constitutionnelle de l'investigation judiciaire même. Aviser à l'avance les médias n'aurait présenté aucune utilité.

(

- -

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Arrêts mentionnés : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, conf. [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172; *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. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75.

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42.

(

- -

Citée par le juge Bastarache (dissident en partie)

Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Southam Inc. c. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267; *R. c. A.*, [1990] 1 R.C.S. 992; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 83.28 [aj. 2001, ch. 41, art. 4], 83.31, 83.32(1), 486(1).

Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, préambule.

Doctrine citée

Burton, John Hill, ed. *Benthamiana : Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works*.
Edinburgh : William Tait, 1843.

(

- -

POURVOI contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330, qui a rejeté une demande visant à obtenir l'accès aux procédures et une déclaration que les procédures ne doivent pas se dérouler à huis clos. Pourvoi accueilli en partie, les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents en partie.

Robert S. Anderson et Ludmila B. Herbst, pour l'appelant.

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

Dianne Wiedemann et Mary T. Ainslie, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

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.

(

- -

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

Les juges Iacobucci et Arbour —

I. Introduction

1. Le présent pourvoi et le pourvoi *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 (le « pourvoi constitutionnel »), sont connexes et leurs motifs sont déposés simultanément. Pour un examen approfondi des questions sur la constitutionnalité et l'application de l'art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (modifié par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41), il faut lire en premier le pourvoi constitutionnel.

2. L'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28 du *Code* est une procédure sans précédent dans l'histoire du droit canadien. Elle prévoit essentiellement qu'un agent de la paix, avec le consentement préalable du procureur général, peut demander à un juge, en l'absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance autorisant « la recherche de renseignements ». La recherche de renseignements se rapporte à une infraction de terrorisme, définie à l'art. 2 du *Code*. Les renseignements recherchés se rapportent tant aux circonstances de l'infraction qu'au lieu où se trouvent les suspects. Si le tribunal est

(

- -

convaincu que des motifs légitimes sont établis, il peut ordonner à une personne de se présenter devant un juge pour l'interrogatoire sous serment, et cette personne doit demeurer présente pour répondre aux questions du procureur général ou de son représentant. La personne visée par l'ordonnance ne peut refuser de répondre aux questions pour la raison que la réponse peut l'incriminer ou l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais ses réponses bénéficient d'une immunité totale contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée. Elle a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions, et le juge jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour imposer des modalités quant à la protection de la personne visée ou des tiers et quant à l'intégrité des enquêtes en cours.

3. À notre avis, cette procédure judiciaire unique doit être interprétée et appliquée selon les deux principes suivants :

1. Le préambule de la *Loi antiterroriste*, qui modifie le *Code criminel* de manière à y inclure l'art. 83.28, doit guider l'interprétation de cette disposition. Il souligne les impératifs d'une réaction efficace au terrorisme et l'engagement soutenu aux valeurs et contraintes contenues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.
2. L'article 83.28 doit être interprété d'une façon compatible avec les caractéristiques fondamentales du processus judiciaire, dans la mesure où il vise une procédure judiciaire.

(

- -

4. La question en litige dans le présent pourvoi porte sur le niveau de secret entourant le déroulement de l'investigation judiciaire. Nous avons conclu que le principe de la publicité des débats en justice constitue une caractéristique fondamentale des procédures judiciaires et qu'il ne faut pas, par présomption, l'écarter en faveur du huis clos. La nécessité du huis clos, que ce soit pour l'intégralité ou des parties de l'investigation judiciaire, est régie par les principes énoncés dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76.

5.

II. Les faits

6. L'investigation judiciaire porte sur deux actes de terrorisme qui auraient été commis le 23 juin 1985. Une explosion a causé la mort de deux bagagistes et blessé quatre autres personnes à l'aéroport de Narita au Japon. Une seconde explosion a provoqué l'écrasement du vol 182 d'Air India au large de la côte ouest de l'Irlande, causant la mort des 329 passagers et membres d'équipage qui se trouvaient à bord.

7. Le 4 février 1988, le premier accusé, Inderjit Singh Reyat, a été arrêté en Angleterre, où il vivait avec sa famille. M. Reyat a été extradé au Canada le 13 décembre 1989 afin de répondre à de nombreuses accusations se rapportant à l'explosion survenue à l'aéroport de Narita. Le 10 mai 1991, il a été déclaré coupable relativement à sept

(

- -

chefs d'accusation : *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (C.S.).

8. Le 27 octobre 2000, Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri ont été inculpés conjointement relativement aux deux explosions et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Quelques mois plus tard, le 8 mars 2001, une mise en accusation directe a été portée contre les accusés, MM. Malik et Bagri, et le 5 juin 2001, un nouvel acte d'accusation a été déposé, ajoutant un troisième accusé, M. Reyat. Ce dernier a plaidé coupable le 10 février 2003 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. Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, en plus du temps de détention avant condamnation.

9. À la suite du plaidoyer de culpabilité de M. Reyat à l'accusation d'homicide involontaire coupable en février 2003, MM. Malik et Bagri ont fait savoir au juge Josephson de la Cour suprême de la Colombie Britannique qu'ils choisissaient maintenant d'être jugés 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.

10. Le 6 mai 2003, le ministère public a demandé à un juge, en l'absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance fondée sur l'art. 83.28 autorisant la recherche, auprès de la personne désignée, de renseignements sur les infractions se rapportant à

(

- -

l'affaire Air India. Le juge en chef adjoint Dohm de la Cour suprême de la Colombie Britannique a prononcé l'ordonnance fondée sur l'art. 83.28 autorisant la tenue d'une investigation judiciaire 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. Il a ordonné le huis clos, sans que les personnes inculpées dans le procès Air India, la presse ou le public en soient avisés. Il a également interdit à la personne désignée de communiquer les renseignements ou éléments de preuve obtenus lors de l'investigation judiciaire.

11. À un certain moment avant le 20 mai 2003, date prévue pour l'investigation, les avocats de MM. Malik et Bagri ont appris par hasard l'existence de l'ordonnance et ont fait savoir au juge en chef adjoint Dohm qu'ils voulaient présenter des observations. La personne désignée a retenu les services d'un avocat et, le 16 juin 2003, le juge en chef adjoint a été informé qu'elle désirait contester la constitutionnalité de l'art. 83.28. Le juge en chef adjoint a ordonné que, sept jours plus tard, toutes les observations soient présentées à la juge Holmes. L'audition de la contestation de la constitutionnalité de l'art. 83.28 et de la demande visant à faire annuler l'ordonnance du juge en chef adjoint Dohm a commencé le 23 juin 2003. Ni le public ni la presse n'en ont été informés.

12.

13. Le 27 juin 2003, le procès Air India a été ajourné pour l'été. Le même jour, M^{me} Bolan, du journal Vancouver Sun, a reconnu les avocats du procès Air India et a tenté de les suivre dans une salle d'audience fermée au public en raison de l'audience qui s'y tenait à huis clos. Le rôle d'audience indiquait que l'affaire [traduction] « R c. I.*(conférence) »

(

- -

avait lieu devant la juge Holmes dans la salle 33. M^{me} Bolan a communiqué avec l'avocat du Vancouver Sun, lequel a frappé à la porte de la salle 33. Un shérif a informé l'avocat que la juge n'était pas à ce moment-là disposée à entendre une requête visant à autoriser que les débats se déroulent en public.

14. Le Vancouver Sun a alors déposé auprès de la Cour suprême de la Colombie Britannique un avis de requête et une lettre expliquant les faits et a demandé que sa requête soit entendue le plus tôt possible. La requête visait à obtenir une ordonnance autorisant l'avocat de l'appelant et un membre du comité de rédaction du Vancouver Sun, dès le dépôt de leur engagement de confidentialité, à avoir accès aux actes de procédure et à tout autre document relatif aux procédures qui étaient déjà au dossier, ainsi qu'une ordonnance autorisant que les procédures judiciaires soient ouvertes au public. Le 3 juillet 2003, le Vancouver Sun a été informé que la juge Holmes entendrait sa demande le 23 juillet 2003.

15. L'audience devant la juge Holmes s'est poursuivie à huis clos et, le 21 juillet 2003, elle a fait connaître les motifs de son jugement par lequel elle rejetait la demande visant l'annulation de l'investigation judiciaire ordonnée en vertu de l'art. 83.28. Elle a toutefois modifié l'ordonnance du juge en chef adjoint Dohm pour permettre aux avocats de MM. Malik et Bagri d'assister à l'investigation, avec droit de contre interroger la personne désignée, à la condition qu'ils tiennent confidentiels les renseignements reçus et ne les communiquent pas aux deux accusés. La personne désignée a aussitôt présenté à

(

- -

la juge Holmes une requête visant la suspension des procédures; le 22 juillet 2003, la juge a suspendu l'investigation jusqu'au 2 septembre 2003 pour permettre à la personne désignée de présenter une demande d'autorisation d'appel à la Cour. Le public et la presse n'étaient au courant de rien.

16. Le 22 juillet 2003, le Vancouver Sun a reçu un appel du greffe de la Cour suprême de la Colombie Britannique l'informant que l'audition de sa requête était reportée à 10 h le lendemain, apparemment pour que la procédure fondée sur l'art. 83.28 puisse se poursuivre à huis clos plus tôt dans la matinée. Lorsque le public fut enfin admis dans la salle d'audience, le Vancouver Sun a présenté sa demande visant à obtenir également accès aux actes de procédures et aux procédures, après le dépôt d'un engagement de confidentialité, et un jugement déclarant que la procédure fondée sur l'art. 83.28 ne doit pas se dérouler à huis clos. La juge Holmes a rejeté la demande le 24 juillet 2003 : [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330.

17. Juste avant la demande du Vancouver Sun, la juge Holmes a prononcé, en audience publique, un résumé de ses motifs en date du 21 juillet 2003, dans lequel elle indiquait que l'investigation qu'elle avait présidée portait sur la constitutionnalité de l'art. 83.28 et sur la validité de l'ordonnance fondée sur l'art. 83.28 autorisant l'investigation judiciaire. La juge a donné un résumé parce que les motifs du jugement avait été mis sous scellés. Elle a également fait savoir que l'interrogatoire de la personne désignée n'avait pas encore commencé. C'est alors que l'appelant a appris que c'était la première fois que la

(

- -

Cour suprême de la Colombie-Britannique était saisie d'une demande du ministère public visant à obtenir, en vertu de l'art. 83.28 du *Code criminel*, une ordonnance enjoignant à un témoin de se présenter à une investigation judiciaire. Selon l'appelant, n'eût été le concours de circonstances et son insistance, aucun « résumé » n'aurait été communiqué et l'existence des procédures fondées sur l'art. 83.28 n'aurait pas été rendue publique.

(

- -

18.

19. D'après le résumé des motifs du jugement en date du 21 juillet 2003, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, [traduction] « [l]es procédures portent sur l'interprétation, l'application et la constitutionnalité du nouvel art. 83.28 du *Code criminel*, lequel prévoit la tenue d'investigations relativement à des infractions de terrorisme, maintenant définies à l'art. 2 du *Code* » (par. 1). La juge Holmes a alors expliqué qu'une investigation judiciaire avait été ordonnée en vertu de l'art. 83.28 dans le cadre de l'enquête en cours sur la catastrophe Air India, mais que la personne désignée à qui on avait enjoint de se présenter n'était pas un suspect ni un accusé. Elle a résumé ses conclusions : l'ordonnance était valide et constitutionnelle; les avocats de MM. Malik et Bagri participeraient à l'investigation vu les circonstances exceptionnelles de sa tenue pendant le procès Air India; l'investigation pourrait avoir des répercussions sur le procès Air India, mais son objet principal était de faire avancer l'enquête en cours; et l'investigation était assortie de restrictions visant à protéger la vie privée et les autres droits et intérêts de la personne désignée, ainsi que l'intégrité de l'investigation.

20.

Après avoir prononcé son résumé, la juge Holmes a indiqué qu'elle avait ajourné la procédure fondée sur l'art. 83.28 afin de permettre à la personne désignée de présenter une demande d'autorisation d'appel à la Cour. Le 25 juillet 2003, le juge LeBel a ordonné que le dossier de la Cour suprême du Canada soit mis sous scellés et qu'on accélère l'examen de la demande d'autorisation d'appel. L'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance du 21 juillet 2003 de la juge Holmes a été accordée le 11 août 2003.

(

- -

21. Le 6 octobre 2003, la Cour a accordé au Vancouver Sun l'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance du 24 juillet 2003 par laquelle la juge Holmes avait rejeté sa demande d'accès aux documents contenus aux dossiers des tribunaux d'instance inférieure : [2003] 2 R.C.S. xi. Le Vancouver Sun, le National Post et le Global Television Network Inc. se sont également vu accorder la qualité d'intervenant dans le pourvoi constitutionnel, mais seulement sur les questions concernant l'accès des médias. Des observations ont également été présentées à l'audience du 6 octobre au sujet de l'opportunité de permettre au public et aux médias d'avoir accès à tout ou partie du pourvoi constitutionnel.

22. À l'audience du 6 octobre 2003 concernant la demande d'autorisation, la personne désignée a indiqué que l'audition du pourvoi constitutionnel pouvait se dérouler en public. Selon le procureur général de la Colombie Britannique, les parties du pourvoi portant sur des questions indépendantes pouvaient être tenues en public : la constitutionnalité de l'art. 83.28 du *Code criminel*, le rôle du juge et l'application rétrospective de la disposition. M. Bagri a soutenu que les moyens d'appel se rattachant au droit de ne pas s'incriminer et au droit à la vie privée garantis par l'art. 7 de la *Charte*, à l'indépendance judiciaire et à l'application rétrospective pouvaient être entendus en audience publique.

23. Les 10 et 11 décembre 2003, la Cour a entendu en audience publique la totalité

(

- -

du pourvoi constitutionnel, sous réserve de certaines restrictions précisées par la Juge en chef au début de l'audience. Au cours des plaidoiries, les avocats se sont abstenus de mentionner le nom et le sexe de la personne désignée, les faits qui pouvaient permettre de l'identifier et les documents à l'appui de l'ordonnance d'investigation. Par ailleurs, contrairement à la pratique habituelle de la Cour, l'audience n'a pas été télédiffusée.

III. Analyse

24. Il s'agit en l'espèce de déterminer le niveau de secret qui devrait s'appliquer à la demande et au déroulement de l'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28 du *Code criminel*.

25.

A. *Les paramètres du principe de la publicité des débats en justice*

26. L'article 83.28 du *Code criminel*, qui prévoit l'investigation judiciaire, cessera de s'appliquer à la fin du quinzième jour de séance postérieur au 31 décembre 2006, sauf s'il y a prorogation par résolution adoptée par les deux chambres du Parlement : *Code criminel*, par. 83.32(1). Jusque là, le procureur général doit chaque année mettre à la disposition du public un rapport concernant son application : *Code criminel*, art. 83.31. La disposition de temporisation et l'exigence de produire un rapport annuel témoignent du caractère inusité et de la gravité de l'investigation judiciaire. Il est donc important que le public ait l'occasion d'examiner attentivement et d'analyser le raisonnement et les délibérations du tribunal qui

(

- -

doit se prononcer sur la constitutionnalité de cette procédure. Il est également important de permettre aux avocats et au grand public d'observer de quelle manière cette procédure est utilisée dans les faits, dans la mesure où une observation totale ou partielle est possible sans indûment entraver l'administration de la justice et sans contrecarrer l'objet de l'art. 83.28.

27. La Cour a souligné à de nombreuses reprises que le « principe de la publicité des débats en justice » est une caractéristique d'une société démocratique et s'applique à toutes les procédures judiciaires : *Procureur général de la Nouvelle Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 187; *Société Radio Canada c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 21-22; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. « En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion » : *Edmonton Journal*, précité, p. 1336.

28.

29. Le principe de la publicité des débats en justice est depuis longtemps reconnu comme une pierre angulaire de la common law : *Société Radio Canada c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 21. Le droit du public d'avoir accès aux tribunaux est [traduction] « une question de principe [. . .] fondée sur la nécessité et non sur des considérations d'ordre pratique » : *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), vicomte Haldane, lord chancelier, p. 438. [traduction] « La justice ne se rend pas derrière des portes

(

- -

cluses » : *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (C.P.), lord Atkin, p. 335. [traduction] « La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort et la meilleure des protections contre l'improbité » : J. H. Burton, dir., *Benthamiana : Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115.

30. L'accès du public aux tribunaux assure l'intégrité des procédures judiciaires en démontrant « que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit » : *Société Radio Canada c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 22. La publicité est nécessaire au maintien de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux. Elle fait partie intégrante de la confiance du public dans le système de justice et de sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, elle constitue l'élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux.

31. Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et sert à promouvoir les valeurs fondamentales qu'elle véhicule : *Société Radio Canada c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 17. La liberté de la presse de faire rapport sur les instances judiciaires constitue une valeur fondamentale. De même, le droit du public d'être informé est également protégé par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Edmonton Journal*, précité, p. 1339-1340. Étant

(

- -

donné que c'est elle qui véhicule au public l'information concernant le fonctionnement des institutions publiques, la presse joue un rôle vital : *Edmonton Journal*, p. 1339-1340. Par conséquent, le moins qu'on puisse dire est qu'il ne faut pas modifier à la légère le principe de la publicité des débats en justice.

32. En outre, le principe de la publicité des procédures judiciaires s'applique aussi au stade précédant le procès. En effet, c'est le même principe qui régit ce stade et celui du procès : *MacIntyre*, précité, p. 183. Le juge Dickson a indiqué qu'il pouvait « difficilement accepter l'opinion qu'un acte judiciaire accompli au cours d'un procès soit assujéti à l'examen minutieux du public alors qu'un acte judiciaire accompli au stade précédant le procès soit gardé secret » : *MacIntyre*, p. 186.

33. La Cour a élaboré le critère souple des arrêts *Dagenais/Mentuck* afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, incorporant ainsi l'essence de la pondération selon le critère de l'arrêt *Oakes* : *Dagenais* et *Mentuck*, précités; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Les droits et intérêts examinés sont plus vastes que la simple administration de la justice et comportent le droit à un procès équitable : *Mentuck*, précité, par. 33; ils peuvent comprendre les droits qui touchent à la vie privée et à la sécurité.

34. Dans *Dagenais* et *Mentuck*, la Cour affirme qu'une ordonnance de non publication ne doit être rendue que si :

a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration

(

- -

de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

(*Mentuck*, précité, par. 32)

35. Le premier volet du critère de *Dagenais/Mentuck* reflète l'exigence de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* et le deuxième volet, l'exigence de proportionnalité. Le juge est tenu non seulement de déterminer « s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi [de] limite[r] l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque » : *Mentuck*, précité, par. 36.

36. Même si le critère a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, il s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec la *Charte*, peu importe qu'il soit issu de la common law, comme c'est le cas pour l'interdiction de publication (*Dagenais* et *Mentuck*, précités); d'origine législative, par exemple sous le régime du par. 486(1) du *Code criminel*, lequel permet d'exclure le public des procédures judiciaires dans certains cas (*Société Radio Canada c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*), précité, par. 69); ou prévu dans des règles de pratique, par exemple, dans le cas d'une ordonnance de confidentialité (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des*

(

- -

Finances), [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41). C'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures : *Société Radio Canada c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, par. 71.

B. *La nature de l'investigation judiciaire prévue à l'art. 83.28*

37. Nous avons reproduit, en annexe, les dispositions législatives pertinentes du *Code criminel*. Dans l'optique du principe de la publicité des débats en justice, il peut être utile de scinder le processus prévu à l'art. 83.28 en trois étapes :

- a) la demande, en l'absence de toute autre partie, que soit rendue une ordonnance autorisant la recherche de renseignements en vertu du par. 83.28(2);
- b) l'investigation à proprement parler, à laquelle on applique les modalités visées à l'al. 83.28(5)e);
- c) l'étape subséquente à l'investigation, à laquelle les renseignements non publics peuvent être divulgués au public, là encore sous réserve des modalités de l'al. 83.28(5)e).

L'article 83.28 ne prévoit pas expressément le huis clos pour quelque partie que ce soit de

(

- -

l'investigation judiciaire.

38. Les points de vue sur l'interprétation à donner à la disposition sont opposés : d'une part, l'appelant soutient que le principe de la publicité des débats en justice s'applique à l'ensemble du processus et qu'il ne devrait y avoir dérogation qu'en conformité avec le critère de *Dagenais/Mentuck*. D'autre part, les intimés font valoir que, lorsque le législateur a adopté la disposition, il avait le droit de se fonder sur la jurisprudence de la Cour selon laquelle il faut présumer que les enquêtes, même celles auxquelles participe un officier de justice, sont tenues à huis clos (ils renvoient, à titre d'exemple, à une demande de mandat de perquisition : *MacIntyre*, précité).

39. La validité de l'argument des intimés repose sur l'hypothèse que l'investigation prévue à l'art. 83.28 est une mesure de type inquisitoire qui s'apparente à la délivrance d'un mandat de perquisition. Cette hypothèse n'est exacte qu'en partie parce qu'il faut faire une distinction entre une demande d'investigation judiciaire fondée sur l'art. 83.28 et la tenue de l'investigation judiciaire. La demande visant à obtenir une ordonnance d'investigation judiciaire est similaire, sur le plan de la procédure, à la demande de mandat de perquisition ou d'autorisation d'écoute électronique. Le paragraphe 83.28(2) prévoit que la demande de l'agent de la paix, après l'obtention du consentement du procureur général (83.28(3)), est présentée en l'absence de toute autre partie. La nature même de cette demande commande qu'elle soit présentée au juge à huis clos.

(

- -

40. Dans le cadre du huis clos, le juge est tenu de déterminer si, dans le cas d'une infraction passée qui est prévue à l'al. 83.28(4)a), (1) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme a été commise, (2) des renseignements concernant l'infraction ou un suspect sont susceptibles d'être obtenus dans le cadre d'une investigation judiciaire. Le juge peut également déterminer si, dans le cas d'une infraction future qui est prévue à l'al. 83.28(4)b), (1) il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme sera commise, (2) une personne a des renseignements concernant l'infraction ou un tiers sur le point de commettre une telle infraction, et (3) des efforts raisonnables ont déjà été déployés pour obtenir ces renseignements de la personne visée.

41. Cette première étape du processus s'apparente à une demande de délivrance de mandat de perquisition. Même si c'est un juge qui entend la demande, les impératifs de l'enquête exigent que celle-ci ne soit pas rendue publique : *MacIntyre*, précité, p. 177-178. Il en va de même pour la demande d'écoute électronique et, dans la plupart des cas, la demande de mandat ADN (cependant, dans *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60, nous avons reconnu au juge le pouvoir discrétionnaire de tenir une audience avec contestation pour décider de l'opportunité de délivrer un mandat ADN). Quoi qu'il en soit, vu que ce processus doit avoir lieu en l'absence de toute autre partie, il s'ensuit que dans ce contexte il ne peut avoir lieu en audience publique : voir *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75.

(

- -

42. La véritable question est de savoir s'il faut nécessairement présumer, en raison de la nature même de l'investigation judiciaire, qu'elle aussi doit se dérouler en secret. À cet égard, l'analogie avec l'exécution de mandats de perquisition, contrairement à leur délivrance, n'est pas particulièrement utile. Il est vrai que les mandats de perquisition sont non seulement délivrés mais également exécutés en secret. Toutefois, ils ne sont pas exécutés par les juges. Le rôle du tribunal consiste à vérifier si des motifs raisonnables permettent d'autoriser une action policière précise. Par contre, l'investigation judiciaire exige que le tribunal participe pleinement au déroulement de l'audience même.

43. L'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire qui permet aux juges d'imposer des modalités quant au déroulement de l'investigation prévue à l'al. 83.28(5)e) constitue le meilleur moyen d'établir un juste équilibre entre les impératifs de l'enquête et la présomption de publicité des procédures judiciaires. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les officiers de justice devraient rejeter la notion d'investigations présumées secrètes. Cette conclusion est étayée par le choix du législateur de donner aux investigations une nature judiciaire; ces investigations doivent comporter autant de garanties et d'indices découlant de l'intervention judiciaire que le permet la tâche qui incombe aux tribunaux.

44. L'une de ces garanties est la présomption de publicité, qui ne devrait être écartée qu'après un examen judiciaire des intérêts opposés à chaque étape du processus. Dans

(

- -

cet esprit, l'existence d'une ordonnance prononcée en vertu de l'art. 83.28 et, autant que possible, tout ce qui peut se rattacher à son objet devraient être rendus publics à moins que la pondération selon le critère de *Dagenais/Mentuck* n'exige le secret. De même, une fois le mandat de perquisition exécuté et des éléments de preuve trouvés, la nécessité du secret diminue et ce n'est qu'« avec beaucoup d'hésitation » qu'on devrait se résoudre à continuer de restreindre l'accès du public : *MacIntyre*, précité, p. 189.

45. Si l'existence de l'ordonnance est rendue publique, le juge qui a prononcé l'ordonnance détermine, sous l'autorité de l'al. 83.28(5)e) et toujours selon le critère de *Dagenais/Mentuck*, s'il y a lieu de ne pas divulguer certains renseignements au public. Par exemple, même s'il n'existe peut être aucune raison de tenir secrète une ordonnance autorisant une investigation judiciaire relativement à l'un des actes de terrorisme précis qui aurait été commis, il peut être inapproprié de divulguer les motifs raisonnables sur lesquels les policiers se sont fondés pour obtenir l'ordonnance. La question de savoir s'il est nécessaire que le nom de la personne appelée à témoigner à l'investigation demeure confidentiel peut en grande partie déterminer si la date, l'heure et le lieu prévus pour l'investigation feront également l'objet d'une ordonnance de non divulgation. Il est évident que, si l'investigation se déroulait en public, on s'attendrait à ce que le ministère public demande le huis clos pour certaines parties vu le caractère délicat des renseignements recherchés.

(

- -

46. Il est fort possible qu'une grande partie des investigations judiciaires soient, par nécessité, tenues secrètes. Il est également fort possible que leur existence même doive parfois demeurer secrète. Il est trop tôt pour déterminer, dans les faits, le nombre d'investigations auxquelles on aura recours et la forme sous laquelle elles se dérouleront. Il s'agit d'une procédure tout à fait nouvelle, et — à notre connaissance — la présente affaire est la première dans laquelle on l'utilise.

47. Les parties au présent pourvoi semblent convenir qu'il s'agit là d'un dossier « unique », en ce sens qu'il ne s'agit pas des circonstances « typiques » dans lesquelles on sollicitera une telle investigation. C'est peut-être vrai. Nous ne pouvons conjecturer sur ce qui sera plus « typique ». Le recours aux « hypothèses raisonnables » pose des difficultés dans un contexte aussi inusité que le nôtre. L'application de ces nouvelles dispositions législatives aux faits dont nous sommes saisis démontre que, du moins en l'espèce, le niveau de secret imposé au départ n'était pas nécessaire. Il est donc prudent de s'écarter le moins possible des préceptes fondamentaux des procédures judiciaires tout en établissant un cadre discrétionnaire qui tienne compte du rôle d'enquête unique du juge agissant sous l'autorité de l'art. 83.28.

48. En appliquant le principe énoncé dans *Dagenais/Mentuck* à la décision de tenir à huis clos l'investigation judiciaire, les juges devraient recevoir des éléments de preuve crédibles à première vue établissant les risques que pourrait présenter une enquête publique, y compris la preuve des renseignements qu'on peut attendre du témoin. Il est possible que

(

- -

la preuve ne révèle pas beaucoup plus qu'on pourrait raisonnablement exiger, mais c'est souvent tout ce à quoi on peut s'attendre à cette étape de la procédure, et le juge qui préside, en appliquant le critère de *Dagenais/Mentuck* en fonction du contexte, aurait le droit de se fonder sur la preuve qui le convainc que la publicité des débats ne nuirait pas indûment à la bonne administration de la justice.

(

- -

49.

C. Application aux faits de l'espèce

50. Dès le départ, nous précisons que cette investigation judiciaire est, à notre connaissance, la première à avoir eu lieu, et nos observations ne doivent être perçues comme des critiques à l'égard des juges d'instance inférieure qui se sont prononcés sur ces questions inédites tout en composant avec de fortes pressions et contraintes de temps. À notre avis, le critère de *Dagenais/Mentuck*, adapté comme il se doit aux circonstances de l'espèce, donne lieu aux conclusions suivantes.

51. Le juge en chef adjoint Dohm a eu raison d'entendre à huis clos et en l'absence de toute autre partie la demande d'ordonnance d'investigation judiciaire présentée le 6 mai 2003 en vertu du par. 83.28(2).

52. Par contre, il n'y avait aucune raison de garder secrets l'existence de l'ordonnance ou le fait que l'investigation ordonnée par le juge en chef adjoint Dohm était liée à l'explosion qui avait causé l'écrasement du vol 182 d'Air India en juin 1985.

53. Étant donné la position adoptée par la personne désignée à ce stade, c'est à juste titre qu'on a préservé la confidentialité de son identité. Cette décision aurait dû être soumise à la révision du juge appelé à présider l'investigation judiciaire.

(

- -

54. Les faits indiquent qu'un avis d'audience aurait dû être transmis sans délai aux avocats de MM. Malik et Bagri. Eu égard aux circonstances de l'espèce, où un témoin à charge éventuel dans un procès en cours fait l'objet d'une ordonnance d'investigation, les droits des tiers doivent manifestement être pris en considération. L'alinéa 83.28(5)e vise précisément à imposer les modalités « indiquées [. . .] quant à la protection des droits [. . .] des tiers ». La participation subséquente des avocats de MM. Malik et Bagri aux investigations devant la juge Holmes met bien en évidence qu'ils auraient dû recevoir un avis dès le départ. Au lieu de cela, l'existence même de l'investigation ordonnée par le juge en chef adjoint Dohm ayant été tenue secrète, les avocats ne l'ont apprise que par hasard. Ils ont ensuite persuadé la juge Holmes que les droits de leurs clients commandaient qu'ils participent à l'audience. L'application juste des principes établis dans le critère de *Dagenais/Mentuck* révèle que rien ne justifie l'ordonnance initiale interdisant d'aviser les avocats de MM. Malik et Bagri de la tenue de l'investigation. Le juge qui préside a particulièrement l'obligation de tenir compte du critère de *Dagenais/Mentuck* dans le cas des demandes entendues en l'absence de toute autre partie parce que les médias ne sont pas là pour faire valoir leurs droits et intérêts : *Mentuck, supra*.

55. Vu notre conclusion que l'investigation aurait dû être publique, il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si les modalités indiquées que prévoit l'al. 83.28(5)e pourraient comprendre une ordonnance enjoignant aux avocats d'être présents mais de ne pas divulguer à leurs clients le contenu des renseignements révélés à l'investigation. Il

(

- -

est difficile de prévoir tous les problèmes que peut poser une telle ordonnance. De même, nous ne souscrivons pas à la proposition du Vancouver Sun de permettre à des membres du comité de rédaction d'assister aux audiences et d'avoir accès aux documents sous réserve d'un engagement de confidentialité. Il est difficile, là encore, de comprendre comment le bien public est mieux servi par la participation limitée de professionnels qui ne peuvent pleinement remplir le mandat qui leur est confié par le public. Quoi qu'il en soit, l'examen de ces questions peut être reporté à plus tard et les ordres professionnels visés devraient en débattre afin que les modalités imposées par les tribunaux soient fondées comme il se doit sur les normes de déontologie et les pratiques exemplaires des professions en cause.

(

- -

56.

57. Compte tenu de nos déclarations au sujet de la nouveauté de la présente affaire, les faits de l'espèce illustrent clairement le préjudice découlant de la présomption de secret. Le secret devient alors la norme, s'applique dans tous les cas, et la mise sous scellés des ordonnances s'ensuit automatiquement.

58. Lorsque la personne désignée a indiqué qu'elle avait l'intention de contester la constitutionnalité de l'ordonnance, les impératifs du principe de la publicité des débats en justice se sont faits encore plus pressants. La contestation constitutionnelle et tous les renseignements portant sur l'affaire qui pouvaient être communiqués sans compromettre l'investigation auraient dû être rendus publics, sous réserve, au besoin, d'une ordonnance de non publication totale ou partielle. Lorsque l'investigation a repris devant la juge Holmes, il était manifeste que les avocats de MM. Malik et Bagri, et plus tard le Vancouver Sun, étaient déjà au courant de l'existence d'une investigation judiciaire liée à l'affaire Air India.

59. Le déroulement des événements en l'espèce montre également à quel point le huis clos est l'antithèse du processus judiciaire. Les palais de justice sont des endroits publics. Dans une audience publique, le juge peut ordonner qu'une partie des procédures se déroule à huis clos, excluant ainsi le public de cette partie de l'investigation. Mais naturellement, dans ce genre d'affaire, le fait qu'une audience se déroule à huis clos, de même que le contexte global de l'ordonnance, sont du domaine public, susceptibles d'être contestés, notamment par la presse, et d'être critiqués par les intéressés et le public. La

(

- -

question de l'opportunité de mieux renseigner la presse ou d'autres parties intéressées sur les procédures qui se tiennent à huis clos ou qui font l'objet d'une ordonnance de non publication n'entre pas dans le cadre des questions soulevées en l'espèce, mais nous répétons qu'à notre avis la question devrait être sérieusement examinée par les avocats, les médias et les tribunaux.

(

- -

60.

61. A posteriori, l'audition de la contestation constitutionnelle que la Cour a tenue publiquement aurait pu et aurait dû se dérouler de la même manière devant la juge Holmes. Même si celle-ci s'estimait liée par l'ordonnance de secret du juge en chef adjoint Dohm, il ressort clairement de l'al. 83.28(5)e) que, tout au long du déroulement de l'affaire, il faut modifier et adapter les modalités qui se rattachent à l'investigation judiciaire, afin d'atteindre le juste équilibre entre la confidentialité et la publicité.

62. Par exemple, en l'espèce, la personne désignée estime maintenant que les procédures auraient dû se dérouler en public et ne tient plus à la protection de son identité. Ce n'est là qu'un des facteurs à prendre en considération et il n'est certainement pas déterminant, mais il dissipe en partie les craintes que pouvait avoir le juge président à l'investigation quant au droit à la vie privée de la personne désignée. Les seuls facteurs qui militent en faveur d'un minimum de secret en l'espèce sont ceux qui se rattachent à la protection d'une enquête en cours ou qui sont attribuables à d'autres motifs d'importance capitale mais inexprimés. Dans une affaire où une grande partie des renseignements relatifs à l'infraction sont déjà du domaine public et où on cherche à avoir recours à une investigation judiciaire pendant qu'un procès se déroule devant un juge sans jury, il est difficile de justifier le secret absolu et cela n'a pas été établi en l'espèce.

63. Nous soulignons encore ici qu'en précisant les questions en litige et les

(

- -

examinant de son mieux, la juge Holmes a accompli un travail remarquable dans une situation aussi difficile que celle de l'espèce, où l'application inusitée d'une nouvelle procédure pénale est examinée. Il est beaucoup plus facile de déceler les lacunes de sa décision avec le recul, particulièrement parce qu'une grande partie du secret visé dans l'ordonnance rendue en l'espèce a été levée sans qu'apparemment l'investigation soit compromise. En outre, l'audience vraiment contradictoire dans laquelle sont représentés les intérêts touchés permet également de faire ressortir les lacunes de la décision initiale.

64. Il est donc clair qu'en l'espèce, l'audition de la contestation constitutionnelle n'aurait pas dû se dérouler à huis clos. Nous tenons à ajouter qu'il n'aurait pas été nécessaire, en l'espèce, de permettre au Vancouver Sun (par l'entremise de certains membres de son comité de rédaction ou d'une autre manière) d'avoir un accès préférentiel ou de nature confidentielle aux renseignements secrets si une bonne partie de la contestation constitutionnelle s'était déroulée en audience publique, d'une manière semblable à la méthode adoptée par la Cour, avec la précieuse collaboration de toutes les parties. Il est possible de présenter convenablement une grande partie des arguments en matière constitutionnelle sans révéler les éléments du dossier présentés au juge saisi de la demande.

IV. Dispositif

65. Par conséquent, nous sommes d'avis :

(

- -

d'accueillir en partie le pourvoi et de modifier l'ordonnance de la juge Holmes;

d'ordonner que le nom de la personne désignée soit divulgué;

d'ordonner que l'investigation judiciaire proposée se déroule en public, sous réserve de toute ordonnance du juge qui préside que le public soit exclu ou que certains aspects du témoignage de la personne désignée fassent l'objet d'une interdiction de publication.

66. Quoi qu'il en soit, nous ordonnons également que le juge chargé de l'investigation évalue à la fin de cette investigation la nécessité de maintenir le secret et qu'il communique au public tout renseignement obtenu à l'investigation dont la publication ne compromet pas indûment les droits de la personne désignée ou ceux des tiers, ou l'investigation : *Code criminel*, al. 83.28(5)e). Dans les affaires où l'existence même d'une investigation aurait fait l'objet d'une ordonnance de mise sous scellés, il serait opportun que le juge chargé de l'investigation mette en oeuvre, une fois celle-ci terminée, un mécanisme permettant de rendre publiques son existence et la plus large mesure possible de son contenu.

(

- -

Version française des motifs des juges Bastarache et Deschamps rendus par

Le juge Bastarache (dissident en partie) —

I. Introduction

67. Je souscris à l'examen que font les juges Iacobucci et Arbour de l'importance de la publicité des procédures judiciaires en tant que principe de common law et aussi en tant qu'aspect de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit la liberté de la presse (par. 23-36). Toutefois, je ne partage pas leur opinion quant à leur analyse et la décision à rendre en l'espèce.

68. Je reconnais que la publicité des procédures judiciaires est la règle et le secret l'exception, mais la Cour a statué que l'accès du public aux procédures judiciaires peut être restreint « s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance » : *Procureur général de la Nouvelle Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 186. À mon avis, plusieurs considérations d'importance primordiale, comme la bonne administration de la justice ainsi que la protection des intérêts, des droits et de la sécurité des tiers, justifient dans la plupart des cas la restriction de l'accès du public aux procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Comme nous le verrons plus loin, j'estime que l'accès du public aux investigations irait normalement à l'encontre de l'objet des procédures en les rendant inefficaces comme instrument d'enquête.

(

- -

II. L'inapplicabilité du cadre établi dans les arrêts *Dagenais/Mentuck*

69. Dans *Dagenais c. Société Radio Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76, la Cour a établi un cadre pour guider les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de restreindre l'accès aux procédures judiciaires. Néanmoins, je ne crois pas que le critère de *Dagenais/Mentuck* puisse servir de guide pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner que les procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 se déroulent à huis clos.

70. Selon le premier volet du critère de *Dagenais/Mentuck*, la non publication ne peut être ordonnée que si « elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice » (*Mentuck*, précité, par. 32). Dans *Mentuck*, par. 34, la Cour explique en quoi consiste cette exigence :

L'un des éléments requis veut que le risque en question soit sérieux ou, pour reprendre l'expression du juge en chef Lamer dans *Dagenais*, p. 878, « réel et important ». Il doit donc s'agir d'un risque dont l'existence est bien appuyée par la preuve. Il doit également s'agir d'un risque qui constitue une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice. En d'autres termes, il faut que ce soit un danger grave que l'on cherche à éviter, et non un important bénéfice

(

- -

ou avantage pour l'administration de la justice que l'on cherche à obtenir. [Je souligne.]

71. Par conséquent, d'après ce critère, si l'on veut interdire l'accès aux procédures judiciaires, il faut en premier lieu qu'il y ait un risque sérieux dont l'existence est bien appuyée par la preuve. Mais lorsque l'objet de la procédure d'enquête visée par le contrôle est la recherche de renseignements ou même d'éléments de preuve, il est fort difficile, voire impossible, de présenter une demande en vue d'interdire l'accès dont le bien fondé est bien appuyé par la preuve. La présomption de publicité des audiences ne joue pas lorsqu'elle n'est pas susceptible de réfutation. C'est le cas en l'espèce parce qu'il y a absence de preuve avant que l'investigation n'ait effectivement lieu. L'objet même de l'investigation est la recherche de renseignements et d'éléments de preuve.

72. À mon avis, les seuls éléments de preuve sur lesquels le juge qui préside l'investigation peut se fonder pour évaluer le risque conformément au critère de *Dagenais/Mentuck* seraient les éventuels renseignements qui justifient les motifs raisonnables présentés par l'agent de la paix pour convaincre le juge saisi de la demande (par. 83.28(3) et (4)). Toutefois, je ne crois pas que les motifs raisonnables de croire qu'une personne a des renseignements directs et pertinents relatifs à une infraction de terrorisme qui a été ou sera commise, ou de nature à révéler le lieu où se trouve l'individu soupçonné d'avoir commis une infraction de terrorisme, constituent une preuve suffisante qui permet au juge d'évaluer

(

- -

la demande ou d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Il est impératif d'avoir à l'esprit que les renseignements recherchés n'ont pas encore été obtenus et que ni les enquêteurs, ni le ministère public, ni le juge qui préside ne peuvent prédire les déclarations du témoin à l'investigation. Par conséquent, si la présomption de publicité s'applique aux investigations, le demandeur qui cherche à faire interdire l'accès du public aux procédures fondées sur l'art. 83.28 ne pourrait jamais satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*. En l'absence de preuve, le juge qui préside ne peut apprécier le degré de risque que pourrait susciter une investigation où le public est admis. Compte tenu de l'incertitude inhérente avec laquelle doivent composer les juges qui président, l'accès du public aux investigations prévues à l'art. 83.28 doit être très limité.

73. En résumé, selon le critère de *Dagenais/Mentuck*, il est généralement nécessaire d'avoir une preuve convaincante à l'appui de l'interdiction d'accès à toute procédure judiciaire pour pouvoir réfuter la présomption de publicité des débats en justice, principe démocratique auquel notre société accorde une très grande valeur. Toutefois, vu l'absence de renseignements ou d'éléments de preuve avant l'investigation, ce cadre n'est pas indiqué pour décider s'il y a lieu d'interdire l'accès. Il ne s'agit pas d'une situation unique.

74. Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, le juge La Forest statue que, dans les cas où les juges composent avec un dossier dont la preuve est incertaine, celle-ci devrait être présentée dans le cadre d'un voir

(

- -

dire, d'où est exclu le public (par. 72) :

Le juge du procès doit disposer d'une preuve suffisante pour être en mesure d'apprécier la demande et d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. Dans les cas où les faits ne sont pas contestés, la déclaration de l'avocat suffira. Si la preuve présentée au juge est insuffisante ou s'il y a divergence de vues sur les faits pertinents, le plaideur qui sollicite l'ordonnance devrait demander que la preuve soit entendue à huis clos. Cela peut se faire au moyen d'un voir dire, procédure au cours de laquelle le public est exclu. [. . .] La décision de tenir un voir dire dépend de ce qui est nécessaire, dans un cas donné, pour que le juge du procès dispose de suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour agir de manière judiciaire. [Je souligne.]

75. Ce n'est donc qu'une fois les renseignements et la preuve recueillis par le ministère public que le juge qui préside pourra exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire. Agir autrement présenterait des risques sérieux pour la bonne administration de la justice ainsi que pour la sécurité, les intérêts et les droits des tiers.

III. Le risque pour la sécurité, les intérêts et les droits des témoins et des tiers

76. Dans *MacIntyre*, précité, p. 187, le juge Dickson examine l'importance de protéger l'innocent :

Bien des mandats de perquisition sont délivrés et exécutés sans que rien ne soit trouvé. Dans ces cas, l'intérêt protégé par l'accès du public l'emporte-t-il sur celui de la protection des personnes chez qui une perquisition a eu lieu sans que l'on n'ait rien trouvé? Ces personnes doivent-elles souffrir l'opprobre qui entacherait leur nom et leur réputation du fait de la publicité de la perquisition? La protection de l'innocent à l'égard d'un préjudice inutile est une considération de principe valable et importante. À mon avis, cette considération l'emporte sur le principe de l'accès du public dans les cas où l'on effectue une perquisition sans rien trouver. Le droit du public à l'information doit céder le pas devant la protection de l'innocent. Si le mandat est exécuté et qu'il y a saisie, d'autres considérations entrent en jeu. [Je souligne.]

77. Dans le cadre des procédures prévues à l'art. 83.28, lequel vise les actes de terrorisme, la divulgation de renseignements qui injustement portent atteinte à la réputation de l'innocent ou la ternissent est une possibilité réelle. De telles procédures peuvent conduire à des [traduction] « allégations non fondées, voire outrageantes, de conduite répréhensible contre l'objet de la dénonciation » : *Southam Inc. c. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 275. Un témoignage douteux et probablement faux peut sérieusement compromettre la réputation de personnes innocentes, lesquelles ne disposent peut-être pas de moyens suffisants pour remédier aux effets des renseignements dont ils savent qu'ils sont erronés ou faux. Ce facteur justifie donc la confidentialité des procédures

(

- -

d'enquête.

78. Pour ce qui est de la sécurité, dévoiler l'identité du témoin risque fort de l'exposer à des représailles de la part des suspects ou de leurs alliés. La même observation vaut pour les tiers que le témoin désigne, lors de l'investigation, comme ayant des renseignements à fournir. La Cour a reconnu le danger qui pourrait menacer la sécurité du témoin si l'on apprenait qu'il allait être interrogé : *R. c. A*, [1990] 1 R.C.S. 992.

79. Comme l'a souligné l'intimé le procureur général du Canada, dans le cas de certains témoins, le fait que les personnes visées par les renseignements qu'ils divulguent finiront probablement par découvrir leur identité ou le contenu de leur témoignage peut les amener à commettre un parjure ou à refuser de se conformer à l'ordonnance. Cela irait à l'encontre de l'intérêt qu'a la société à encourager la dénonciation d'infractions et la participation des témoins à l'enquête. Vu la nature de la menace que présentent le terrorisme et les organisations terroristes, la confidentialité encouragera vraisemblablement les témoins à se manifester et rapporter honnêtement les faits dont ils se souviennent, parce qu'ils n'auraient pas à craindre pour leur sécurité.

IV. Le risque pour la bonne administration de la justice

80. La Cour a statué que « le principe de la publicité des débats en justice lui même

(

- -

doit céder le pas devant des circonstances qui rendraient impossible la bonne administration de la justice » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 29. Cela confirme les conclusions de la Cour dans *MacIntyre*, précité, p. 187-188 :

Cet argument porte que s'il était permis aux particuliers d'être présents lors de la délivrance des mandats, l'administration efficace de la justice deviendrait impossible. En conséquence, la procédure doit se dérouler à huis clos, par exception à la règle de l'audience publique. Je suis d'accord. L'administration efficace de la justice justifie que le public soit exclu des procédures qui portent sur la délivrance même du mandat. Les procureurs généraux ont démontré, à ma satisfaction du moins, que si la demande de mandat se déroulait en audience publique, la recherche d'objets relatifs aux crimes serait, au mieux, grandement entravée et, au pire, rendue tout à fait vaine. Dans une démarche où la surprise et le secret peuvent jouer un rôle décisif, l'occupant des lieux à perquisitionner serait prévenu de l'exécution du mandat, avec, comme conséquence probable, la destruction ou l'enlèvement d'éléments de preuve. Je suis d'accord avec le substitut du procureur général de l'Ontario que la présence à l'audience de particuliers, de représentants des médias et éventuellement de contacts des suspects que la perquisition doit viser rendrait complètement inutile le mécanisme que constitue le mandat de perquisition. [Je souligne.]

(

- -

81. Même si les investigations prévues à l’art. 83.28 constituent une nouvelle forme de procédure, la question de l’accès du public soulève essentiellement les mêmes problèmes examinés par la Cour dans le contexte d’autres instruments d’enquête. La nécessité de recourir à des procédures secrètes pour les demandes visant l’autorisation des instruments d’enquête et leur exécution a été acceptée par la Cour dans le cas des demandes de mandats de perquisition et des procédures se rapportant à l’autorisation d’écoute électronique.

82. Par exemple, dans *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, la Cour reconnaît au par. 51 que « [l]a réalité moderne de l’application de la loi est que les autorités policières doivent fréquemment agir secrètement pour neutraliser efficacement les activités d’entreprises criminelles hautement perfectionnées. » Au sujet de l’écoute électronique, le juge en chef Lamer ajoute au par. 52 :

L’efficacité d’une telle surveillance serait gravement minée si l’État devait automatiquement divulguer à chaque cible qui n’a pas été accusée la demande d’autorisation de surveillance électronique et les affidavits déposés à l’appui. La demande d’écoute éclairera souvent beaucoup sur le *modus operandi* de la surveillance électronique, et la divulgation régulière permettrait aux organisations criminelles d’ajuster leurs activités en conséquence.

83. On a ainsi reconnu l’importance primordiale du secret dans le contexte de l’écoute électronique et on a limité l’accès du public afin d’assurer l’efficacité de l’écoute

(

- -

électronique comme moyen d'enquête. La même observation vaut pour les groupes ou organisations terroristes : si la police ne peut faire enquête et recueillir les renseignements en toute confidentialité, son enquête ou sa tentative d'empêcher la perpétration d'une infraction de terrorisme serait compromise parce que les suspects pourraient être « mis au courant ».

84. La Cour a récemment confirmé la confidentialité des instruments d'enquête dans *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60. Dans son analyse sur la constitutionnalité des mandats ADN, la juge Arbour indique que « comme pour la plupart des techniques d'enquête, la nature *ex parte* des procédures est constitutionnellement acceptable comme norme vu le risque que le suspect agisse de manière à compromettre la bonne exécution du mandat » (par. 56).

85. Je conviens avec l'intimé le procureur général de la Colombie Britannique que la police ne peut pas rechercher des renseignements et prendre les mesures qui s'imposent en même temps que ces renseignements sont transmis au public et aux médias. En effet, les renseignements recueillis peuvent conduire à d'autres moyens d'enquête et à d'autres témoins. En outre, les renseignements obtenus à l'investigation prévue à l'art. 83.28 peuvent être utilisés dans des demandes subséquentes de mandats de perquisition ou d'écoute électronique, ou d'autres ordonnances fondées sur l'art. 83.28 visant d'autres témoins. L'efficacité de ces instruments d'enquête serait gravement compromise si le public connaissait les détails des procédures prévues à l'art. 83.28. La détérioration des souvenirs

(

- -

des témoins, la fuite possible des suspects et le risque de faux témoignages dus aux pressions qui pourraient être exercées contre les témoins n'en sont que quelques exemples.

86. Contrairement à d'autres procédures d'enquête, comme les mandats de perquisition, où les éléments de preuve recueillis et les objets saisis sont des choses concrètes, la version des faits du témoin peut varier considérablement, surtout sous l'effet de menaces ou d'intimidation. Celui-ci peut aussi prendre la fuite. Les autorités chargées de l'application de la loi ont donc un intérêt légitime à maintenir la confidentialité de l'identité du témoin et de son témoignage, parce que la communication prématurée de renseignements portant sur une infraction de terrorisme compromettrait et entraverait l'enquête sur ces renseignements. Une telle situation empêcherait l'application efficace de la loi, qui est censée profiter à l'ensemble de la société : *S.A.B.*, précité, par. 51.

87.

88. Tout comme dans le cas de l'exécution d'un mandat de perquisition, l'investigation a essentiellement pour objet de rechercher des renseignements. Malgré la similarité des objets de ces instruments de recherche, le rôle du juge dans les procédures d'enquête diffère de celui du représentant de l'État chargé de l'exécution d'un mandat de perquisition. Les motifs du pourvoi connexe indiquent plutôt clairement que le rôle du juge dans le cadre des procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 se limite à veiller à ce que les renseignements soient recueillis de manière légitime et à protéger l'intégrité de l'investigation et les droits du témoin (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, par. 86-87). Toutefois, la preuve qui précède ces

(

- -

procédures présente la même incertitude. À mon avis, il est impossible, sans connaître les renseignements qui seront dévoilés, d'évaluer la gravité du risque auquel les droits des tiers et la bonne administration de la justice sont exposés. Les juges ne disposent simplement pas d'éléments de preuve suffisants sur lesquels se fonder pour porter un jugement éclairé. Par conséquent, dans le cas des investigations, la présomption de publicité doit céder le pas devant d'autres considérations sérieuses afin que soient préservés les droits des tiers et la bonne administration de la justice.

89. À mon avis, le fait qu'une investigation ait lieu pendant qu'une enquête est en cours appuie le principe de la confidentialité des procédures. Par exemple, l'intimé, M. Bagri, soutient que la communication prématurée des renseignements obtenus dans le cadre de l'investigation prévue à l'art. 83.28 pourrait compromettre l'intégrité des enquêtes en cours, ce qui pourrait par la suite nuire à sa capacité de présenter une défense pleine et entière lors du procès Air India.

90. De même, le fait qu'en l'espèce l'investigation porte en partie sur la constitutionnalité de l'art. 83.28 ne rend pas plus contraignants les impératifs du principe de la publicité des débats en justice. Au contraire, divulguer au public la présente contestation de la validité de la disposition ne tiendrait pas compte de l'importance à ne pas dévoiler, avant la fin de l'investigation, l'identité de la personne désignée et tout renseignement que celle-ci peut communiquer. L'examen du dossier démontre qu'on ne saurait, de façon

(

- -

réaliste, dissocier la contestation constitutionnelle de l'investigation même — en fait, la divulgation au public d'une telle contestation aurait normalement pour effet de rendre publiques l'existence d'une demande fondée sur l'art. 83.28 et la tenue probable d'une investigation, quoique, dans les cas où cela pourrait être indiqué, je n'écarterais pas la possibilité d'isoler ces procédures et d'ordonner qu'elles se déroulent en public. À mon avis, la protection de l'intégrité du système judiciaire ne dépend pas du fait que le public soit au courant de renseignements qui risquent de porter préjudice, surtout que les renseignements jugés non préjudiciables seront divulgués au public après la fin de la procédure.

91. Pour les mêmes motifs que la juge Holmes (*Vancouver Sun (Re)*, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330), je ne vois aucun avantage à prévenir les médias de la tenue d'une investigation à huis clos. Les informer à l'avance qu'une investigation fondée sur l'art. 83.28 aura lieu ne présente aucune utilité. À ce stade, les démarches qu'effectuent les médias pour être au fait d'une nouvelle de nature à intéresser le public ne feraient que nuire à la bonne administration de la justice et pourraient porter atteinte aux droits et intérêts des tiers. Le problème tient à ce qu'avant le témoignage en question, on ne peut savoir avec certitude si l'accès du public à l'investigation nuira aux intérêts opposés qui sont en jeu.

V. La situation à l'issue de l'investigation

92. Comme la juge Holmes, j'estime que différentes considérations s'appliquent

(

- -

une fois les procédures d'enquête terminées (par. 27). Tout comme pour l'exécution d'un mandat de perquisition, l'incertitude de la preuve quant aux procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 n'existe plus une fois l'investigation terminée et « les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints » : *MacIntyre*, précité, p. 188. Le juge qui préside pourra se fonder sur les renseignements recueillis par le ministère public dans le cadre de la procédure prévue sur l'art. 83.28 pour pondérer les intérêts opposés qui sont en jeu et évaluer plus exactement le risque que la divulgation de renseignements présente pour des tiers et la bonne administration de la justice. Par conséquent, tout renseignement réputé non préjudiciable peut être communiqué peu après l'investigation. Vu la présomption de publicité, c'est à la partie qui demande au tribunal de refuser au public l'accès à ces renseignements qu'incombent la charge de la preuve et l'obligation de satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*.

VI. Conclusion

93. Même si la règle est celle de la publicité des audiences, lorsqu'il y a possibilité d'atteinte induite aux droits des tiers et que la présence du public rendrait impossible la bonne administration de la justice, le tribunal peut siéger à huis clos. C'est normalement ce qui se produit dans le cas des procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28.

94. Les tribunaux chargés du contrôle de la décision du juge du procès d'interdire

(

- -

l'accès au public ne doivent pas oublier qu'il est habituellement le mieux placé pour apprécier les exigences du cas : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 77. Le tribunal chargé du contrôle peut, après coup, examiner les faits de l'espèce et conclure que le niveau de secret imposé au départ n'était pas nécessaire. Néanmoins, il n'y a aucune façon de le savoir avant l'investigation, parce que les juges ne peuvent pas, avant le témoignage en question, apprécier avec un minimum d'exactitude dans quelle mesure la bonne administration de la justice et les droits des tiers risquent d'être compromis. Je conclus donc que la juge Holmes a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire et n'a pas commis d'erreur en ordonnant que l'investigation prévue à l'art. 83.28 se tienne à huis clos. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

(

- -

Version française des motifs rendus par

95. Le juge LeBel — Sous réserve de mes commentaires dans l'affaire connexe *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, je souscris aux motifs des juges Iacobucci et Arbour et au dispositif qu'ils proposent en l'espèce.

ANNEXE

Dispositions législatives

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

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 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 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 accueilli en partie, les juges Bastarache et Deschamps sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intimée la « personne désignée » : Howard Rubin, North

(

- -

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 : Procureur général de l'Ontario, Toronto.