

# Ordonnances de non-publication 1996

1996 Ottawa, ON

## ANNEXE H - RAPPORT DU COMITÉ SUR LES ORDONNANCES DE NON-PUBLICATION

### I. CONTEXTE

Lors de la Conférence de 1994, la Saskatchewan a présenté la résolution suivante qui a été adoptée par la section :

- « Que la Section du droit pénal entreprenne une étude au sujet des ordonnances de non-publication et des ordonnances d'exclusion, et présente lors de la réunion de la section en 1995 ses recommandations au sujet des options législatives dans ce domaine ».

La Saskatchewan a proposé de présider le Comité lequel était composé de membres de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, du Manitoba, du Québec et du ministère fédéral de la Justice. À la Conférence de 1995, le Comité a présenté un document soulignant le contexte juridique et le cadre de travail relatifs aux ordonnances de non-publication, ainsi que les points constitutionnels soulevés dans ce domaine et une discussion des décisions rendues récemment par la Cour suprême du Canada dans les affaires Dagenais et S.(T.) Il mettait en lumière des questions irrésolues après l'arrêt Dagenais.

En outre, le Comité cherchait à obtenir l'approbation de la section en vue de poursuivre ses efforts en faisant toutefois modifier quelque peu son mandat initial. Étant donné que le droit avait subi une évolution notable dans ce domaine et que certaines affaires étaient en instance à la Cour suprême du Canada, le Comité demandait un délai supplémentaire pour examiner les questions et se pencher sur les intérêts des tierces parties.

Le Comité voulait avoir l'autorisation de poursuivre son travail dans trois secteurs, ce qui lui a été accordé. Par conséquent, le présent document s'inspire des travaux effectués à ces égards au cours de la dernière année. Puisque ce projet ne recevait aucun financement, différents volets du document ont été rédigés par les membres. Il n'était pas possible pour ceux-ci de se rencontrer afin de débattre de chaque proposition, et les contraintes de temps ont empêché la distribution d'une ébauche finale à l'ensemble du Comité. Il ne faudrait donc pas conclure que chacun souscrit à toutes les options proposées, car elles sont simplement formulées en vue de stimuler les débats et de justifier toute mesure que la section jugera appropriée.

Dans la première partie, nous présentons le contexte juridique et le cadre de travail concernant les ordonnances de non-publication. Vient ensuite une présentation des questions de fond et de droit examinées par le Comité, y compris des propositions générales pour la réforme d'une partie du droit positif et de la procédure actuelle. Ensuite, nous examinons les sanctions prévues pour terminer avec les options proposées visant à apporter des modifications aux dispositions de fond et de procédure dans une partie distincte du Code criminel. Un résumé de ces options proposées est joint au document. L'annexe I énumère les dispositions actuelles du Code criminel qui portent sur les ordonnances de non-publication ainsi que celles qui sont proposées. L'annexe II comprend les dispositions dont il est question à l'annexe I.

## II. ORDONNANCES DE NON-PUBLICATION : CONTEXTE JURIDIQUE ET CADRE DE TRAVAIL

Une ordonnance judiciaire de non-publication des détails d'une procédure pénale fait intervenir une gamme de droits et d'intérêts dont certains sont protégés par la Constitution. Il y a ainsi le droit d'un accusé à un procès juste et équitable qui est fondamental en common law et qui jouit de la protection de la Charte canadienne des droits et libertés<sup>1</sup>. De plus, l'État et la société ont intérêt à veiller à ce que les criminels soient poursuivis puis, si l'accusation est prouvée, punis. Cet intérêt est également exprimé dans la common law et dans la Charte<sup>2</sup>. Enfin, diverses tierces parties ont un intérêt dans les poursuites, dont un des plus importants est sans contredit l'intérêt des médias à publier et diffuser de l'information au sujet des procédures pénales. Cet intérêt s'inscrit dans la liberté fondamentale de la presse garantie à l'alinéa 2b) de la Charte. Signalons d'autres intéressés, notamment les témoins ou les victimes des crimes faisant l'objet de poursuites et leurs familles. Historiquement, l'existence des droits et intérêts de ces personnes n'est admise qu'indirectement dans notre droit. De fait, la reconnaissance constitutionnelle de ces intérêts n'apparaît que de façon indirecte, plus particulièrement l'intérêt en matière de protection de la vie privée, lequel découle peut-être de l'article 7<sup>3</sup>.

### A. Les limites des droits

Cette partie du document traite des deux plus importantes garanties constitutionnelles en cause relativement à la non-publication, notamment le droit à un procès juste et équitable, et la liberté fondamentale de la presse.

#### 1. Le droit à un procès juste et équitable

Le droit d'un inculpé à un procès juste et équitable est l'objectif principal du système de justice pénale. La plupart des règles qui régissent les enquêtes et les poursuites visent à atteindre cet objectif. Bon nombre d'entre elles sont inscrites dans la constitution, mais il s'agit simplement là de l'aboutissement de leur évolution et de leur développement en common law<sup>4</sup>. Par exemple, le principe interdisant l'auto-incrimination appliqué récemment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt R. c. S. (R.J.)<sup>5</sup> dénote un principe juridique inscrit à la fois dans la common law et dans la constitution. En dernière analyse, ce principe existe pour faire en sorte que le procès d'un accusé soit juste et équitable sans que ce dernier soit tenu d'y participer de façon involontaire.

Un attribut important d'un procès juste et équitable est l'idée de «transparence» qui a été mise de l'avant par suite des pires excès de la Chambre étoilée (Court of Star Chamber). Le juge Dickson (qui est devenu par la suite juge en chef) a exposé le raisonnement sous-tendant le principe de la justice publique dans l'arrêt Procureur général (Nouvelle-Écosse) c. McIntyre<sup>6</sup>:

Bentham a énoncé de façon éloquente la justification de ce dernier principe dans les termes suivants :

- [Traduction]
- «Dans l'ombre du secret, de sombres visées et des mots de toutes formes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice. La publicité est la source même de la justice. Elle est l'aiguillon acéré de l'effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même en jugement» See footnote<sup>7</sup>

Ce principe fait tellement partie intégrante de l'équité des procédures pénales que l'équité et la transparence sont inscrits ensemble dans la constitution. En effet, l'alinéa 11d) garantit à tout inculpé le droit « 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 ». On peut donc déduire de cette juxtaposition des termes, sans craindre de se tromper, que la transparence est la norme. On fait souvent équivaloir la publicité et la transparence alors que ces concepts sont distincts. Nous y reviendrons dans la prochaine partie.

## 2. Liberté de la presse

À l'instar du droit d'un inculpé à un procès juste et équitable, la liberté de la presse est depuis longtemps reconnue et protégée en common law. Le juge en chef Dubin de l'Ontario a affirmé ce principe dans l'affaire Dagenais lorsqu'il a fait remarquer que « bien avant la Charte, les tribunaux de common law ont jugé que la liberté d'expression, y compris la liberté de presse, était une des libertés fondamentales, l'ont défendue et lui ont accordé un statut quasi constitutionnel »<sup>8</sup>. La liberté de presse est mentionnée expressément à l'alinéa 1f) de la Déclaration canadienne des droits See footnote 9 comme un des droits qui « ont existé et continueront à exister pour tout individu » au Canada.

Cette liberté fondamentale a été inscrite dans la constitution à l'alinéa 2b) de la Charte qui garantit à tous les Canadiens les libertés fondamentales suivantes : liberté de conscience et de religion, liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ». La Cour suprême du Canada a toujours interprété largement les concepts de liberté d'expression et de liberté de la presse. Par exemple, à l'occasion de l'examen de la conformité constitutionnelle de l'ancien article 442 du Code criminel dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada* (Procureur général)<sup>10</sup>, le juge Lamer déclarait ce qui suit :

- Certes, la liberté de la presse représente un attribut important et essentiel d'une société libre et démocratique et il est évident que des mesures interdisant aux médias de publier des renseignements estimés d'intérêt public limitent cette liberté<sup>11</sup>

Parmi les membres actuels de la Cour, le juge Cory est le défenseur le plus enthousiaste d'une presse libre. Le jugement qu'il a rendu au nom de la majorité dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta* (Procureur général)<sup>12</sup> en est une excellente illustration. Dans cette affaire, on contestait la validité constitutionnelle d'une disposition de la *Judicature Act* (Alberta)<sup>13</sup> qui interdisait la publication de renseignements au sujet des procédures en divorce. Le juge Cory a statué que cette interdiction était contraire à la constitution; il était d'opinion que la notion « d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans la société et les institutions vraiment démocratiques » et que, par conséquent, « on ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion »<sup>14</sup>.

Parlant de la liberté de la presse, le juge Cory a affirmé qu'il était fondamental pour la primauté du droit que « la presse [soit] libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public »<sup>15</sup>. Il a élaboré davantage sur la fonction essentielle des médias à l'égard de la primauté du Droit :

- C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'« auditeurs » ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias<sup>16</sup>.

Le juge Cory a affirmé plus récemment son appui indéfectible à l'égard de la liberté de la presse dans l'affaire *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse* (Président de l'assemblée législative)<sup>17</sup>.

Dans cette affaire, on contestait une règle de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse qui interdisait les caméras de télévision dans la chambre législative. Même s'il était dissident, le juge Cory a encore une fois interprété de façon absolue la liberté de la presse. Selon lui, «il est évident que l'interdiction des caméras de télévision est, par définition, une restriction de la liberté de la presse... si l'Assemblée législative interdit à tous les médias l'accès aux débats publics ou exclut une catégorie de médias (la télévision) des débats publics, il y a violation du droit à la liberté d'expression garanti par la Charte<sup>18</sup>».

Il est vrai que les juges majoritaires dans l'affaire New Brunswick Broadcasting Co. ont conclu qu'il n'y avait pas violation de la Charte pour la simple et bonne raison qu'un privilège de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse n'était pas susceptible d'examen constitutionnel. Cependant, nous n'énumérons pas ces arrêts dans le but de constituer un dossier des victoires et des défaites des médias devant la Cour suprême. Au contraire, ils montrent que les allégations d'inconstitutionnalité présentées par les médias ont été rejetées en vertu d'une analyse fondée sur l'article premier, et non pas parce que les médias n'ont pas réussi à établir, de prime abord, une contravention à l'alinéa 2b).

Bien que la présente section ne porte pas sur ce sujet, il est utile de s'arrêter et de cerner quelques-unes des hypothèses appuyant les allégations présentées par les médias sous la rubrique de la liberté de la presse. Premièrement, ces revendications ont une saveur fortement libertaire. Selon la position du média, et sous réserve d'une justification fondée sur l'article premier de la Charte, aucune loi ne peut prétendre réglementer ou modifier la façon dont les médias recueillent les nouvelles, dont ils décident de les rapporter et de les diffuser, ni le choix des nouvelles présentées et le moment où elles le seront. Dans l'ensemble, cette approche a été appuyée par la Cour suprême. Le seul point de désaccord entre les demandeurs et les tribunaux a été le type de restriction qui respecte le critère du caractère raisonnable prévu à l'article premier.

Deuxièmement, la Cour suprême a accepté sans critique l'hypothèse selon laquelle les médias modernes agissent en tant que représentants du public. Cet argument global, énoncé et appliqué par le juge Cory dans l'affaire Edmonton Journal, suppose qu'étant donné que la plupart des personnes sont incapables d'assister aux procédures judiciaires, il est essentiel que la presse y soit présente en leur nom et fasse rapport de ce qui se passe dans la salle d'audience. Le fondement douteux de cette hypothèse a été mis en évidence très récemment par le juge Taylor dans l'affaire Blackman c. British Columbia Review Board<sup>19</sup>:

- [Traduction]
- On n'exige pas des médias qu'ils agissent de façon responsable, ni qu'ils servent ce que d'aucuns pourraient envisager comme le meilleur intérêt des individus ou du public... Les médias jouent un rôle important en ce qui a trait à la formation du public, mais ils ne «représentent» pas le public dans le sens d'avoir une responsabilité vis-à-vis de ce dernier; ils n'ont pas non plus d'obligation à proprement parler d'informer le public sur un sujet en particulier; ces devoirs ou responsabilités vis-à-vis du public seraient tout à fait contraires à la notion de la «liberté» de la presse<sup>20</sup>.

Bien évidemment, il existe d'autres problèmes concernant cette notion que la Cour suprême n'a pas encore traités jusqu'à maintenant et dont la responsabilité n'est pas le moindre. En effet, si un mécanisme était mis en oeuvre afin qu'on puisse surveiller la presse ou la rendre plus responsable face au public, il serait envisagé, du moins par les médias, comme une abomination.

La dernière hypothèse qu'on retrouve dans la jurisprudence et qui sera mise en relief ici est l'allégation selon laquelle ce n'est pas seulement lorsque les médias sont autorisés à rapporter ce qui se passe dans une salle d'audience que la société est convaincue que justice a été rendue. Cette hypothèse repose sur la maxime selon laquelle « non seulement justice doit être rendue, mais elle doit être vue ainsi ». Toutefois, selon les propos récents d'un juge retraité de la Cour suprême de l'Ontario, «la maxime

n'est pas directement pertinente. Elle ne vise pas, autrement que par déduction, la notion de procès public »<sup>21</sup>. De plus, l'étendue logique de cet argument révèle des lacunes fatales. Ainsi, la plupart des procès en matière criminelle qui ont lieu chaque jour au Canada se déroulent hors de la présence d'un représentant des médias. Cela veut-il dire que les accusés ne subissent pas un procès juste et équitable? On voit bien que cette allégation est sans contredit exagérée. Pourtant, elle découle logiquement de l'affirmation voulant que la publicité soit un élément essentiel d'un procès juste et équitable.

## B. Les affaires Dagenais et S.(T.) -- La constitutionnalité des ordonnances de non-publication

Le point de départ de toute discussion concernant la constitutionnalité des ordonnances de non-publication est l'arrêt Dagenais c. Société Radio-Canada<sup>22</sup> et l'appel connexe dans l'affaire R. c. S.(T.)<sup>23</sup>. Dagenais est l'arrêt déterminant dans ce domaine et l'affaire a été soumise à la Cour suprême en appel d'un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario. Il s'agit d'une injonction accordée par le juge Gotlib de la Cour de l'Ontario (division générale) interdisant à la Société Radio-Canada de diffuser partout au Canada la dramatique documentaire « The Boys of St. Vincent » qui a remporté des prix d'excellence, jusqu'à l'issue des procès intentés contre certains Christian Brothers accusés d'agression sexuelle. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a modifié l'ordonnance du juge Gotlib à un seul égard : elle a restreint la portée géographique de l'ordonnance et limité l'application de celle-ci à l'Ontario et à un poste de télévision francophone qui diffusait en Ontario à partir de Montréal<sup>24</sup>. En appel, la Cour suprême (les juges LaForest, L'Heureux-Dubé et Gonthier étant dissidents) a annulé l'ordonnance du juge Gotlib telle que modifiée par la Cour d'appel de l'Ontario.

L'affaire S. (T.) concerne une ordonnance de non-publication prononcée par un juge d'un tribunal pour adolescents, au début d'un procès portant sur plusieurs accusations d'agressions sexuelles qui auraient eu lieu à Martensville (Saskatchewan). Étant donné que d'autres personnes faisaient face à des accusations similaires, le juge du tribunal pour adolescents a ordonné la non-publication des détails du procès dont il était saisi, à l'exception du verdict, jusqu'à l'issue des autres procès. La Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté l'appel de la Société Radio-Canada en invoquant l'absence de compétence pour entendre l'appel<sup>25</sup>. La Cour suprême a accepté d'entendre l'appel de la Société Radio-Canada<sup>26</sup>. Ultimement, cependant, elle a rejeté le pourvoi en statuant qu'elle n'avait pas compétence.

### 1. La décision dans l'affaire Dagenais

Cinq motifs de décision distincts ont été énoncés dans l'affaire Dagenais, le juge en chef Lamer ayant rédigé les motifs de la majorité. Le juge McLachlin a souscrit aux motifs de la majorité et, dans des motifs distincts, à l'instar du juge en chef, elle a conclu que l'injonction en cause contrevenait à l'alinéa 2b) de la Charte et ne constituait pas une limite raisonnable aux fins de l'article premier. Le juge LaForest était dissident sur les questions de compétence. Toutefois, il a déclaré de façon incidente : « Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la règle de common law n'offre pas suffisamment de protection à la liberté d'expression »<sup>27</sup>. La dissidence du juge L'Heureux-Dubé visait implemment l'absence de compétence pour entendre l'appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Sur les questions de fond, elle a souscrit aux motifs du juge Gonthier. Pour sa part, celui-ci a conclu que la règle de common law contestée par les appelants était contraire à l'alinéa 2b), mais qu'elle était justifiée en vertu de l'article premier. Aux fins de la présente section, toutefois, seule l'analyse du juge en chef Lamer sera examinée et évaluée.

Sur cet aspect de l'appel, le juge en chef Lamer a commencé en signalant que, depuis l'adoption de la Charte, les ordonnances de non-publication ont un effet à l'égard de deux intérêts protégés en vertu de la constitution, nommément le droit d'un accusé à un procès juste et équitable et la liberté d'expression, y compris la liberté de la presse. Étant donné la reconnaissance explicite de ces valeurs dans la Charte, le juge en chef Lamer a affirmé qu'il serait inexact d'envisager l'ordonnance de non-

publication « comme créant un conflit entre deux titans »<sup>28</sup>. L'approche préconisée par le juge en chef comporte l'établissement d'un équilibre entre ces deux intérêts. Il précise :

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la Charte que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la Charte commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits<sup>29</sup>.

Appliquant cette approche équilibrée à la règle de common law contestée dans l'affaire Dagenais, le juge en chef Lamer a conclu qu'on accordait trop d'importance à l'interdiction de publication. Par conséquent, elle devait être modifiée parce qu'elle négligeait de reconnaître suffisamment la liberté d'expression. Désormais, la règle constitutionnelle de common law prévoit ce qui suit :

- Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que dans l'éventualité où les conditions suivantes sont réunies :
- a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance<sup>30</sup>.

Telle que formulée par le juge en chef Lamer, cette nouvelle règle exige un équilibre respectant les critères prévus à l'article premier. Ce n'est pas surprenant : la Cour suprême avait jugé auparavant dans l'affaire *Canadian Newspapers Co.*<sup>31</sup> qu'une interdiction de publication constitue de prime abord une violation de l'alinéa 2b)<sup>32</sup>. Par conséquent, étant donné que l'analyse s'effectue en fonction de l'article premier, il incombe à «la partie qui demande à restreindre la liberté d'expression»<sup>33</sup> de prouver que l'interdiction de publication envisagée est justifiée. Le juge en chef signale de plus que la partie doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que : (1) l'interdiction proposée «est nécessaire parce qu'elle vise un objectif important qui ne peut être atteint par d'autres mesures raisonnables et efficaces», (2) qu'elle «est aussi limitée (en portée, en durée, en contenu, etc.) que possible» et (3) «qu'il y a proportionnalité entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables»<sup>34</sup>.

Le juge en chef Lamer a établi que les tribunaux inférieurs, avant de prononcer une interdiction de publication, doivent tout d'abord examiner « toutes les options » outre l'interdiction de publication afin de se convaincre que l'interdiction est la « solution raisonnable et efficace »<sup>35</sup>. Bien évidemment, le juge en chef a fait preuve de pragmatisme concernant l'efficacité des ordonnances de non-publication, particulièrement compte tenu des progrès incroyables de la technologie électronique moderne<sup>36</sup>. Il signale que : « En cette ère d'électronique globale, restreindre de façon significative la circulation de l'information devient de plus en plus difficile. Par conséquent, l'effet réel des interdictions sur l'impartialité du jury diminue considérablement »<sup>37</sup>. Cette situation a un effet direct sur les questions importantes de savoir si une interdiction peut réellement être efficace et, par conséquent, de déterminer la solution disponible la plus raisonnable. Elle n'a pas occupé une grande place dans l'affaire Dagenais; cependant, la Cour suprême doit aborder cette question dans l'avenir, après l'avoir contournée dans l'affaire *R. v. Thomson Newspapers Ltd.*<sup>38</sup>.

Malheureusement, le juge en chef Lamer n'a pas examiné à fond ni évalué les types de solutions de

rechange à la non-publication qui pourraient être plus appropriées. Il a néanmoins proposé brièvement quelques options:

- Parmi les possibilités qui viennent d'emblée à l'esprit, il y a l'ajournement des procès, le changement de lieu, l'isolement du jury, les récusations motivées et les voir-dire au cours de la sélection des jurés, ainsi que des directives fermes au jury<sup>39</sup>.

Il est intéressant de remarquer qu'au moins une des options cernées par le juge en chef Lamer à titre de solution possible, soit l'ajournement du procès afin de permettre la publication, vise encore une fois un autre droit protégé par la Charte. L'alinéa 11b) garantit à tout inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. En laissant entendre qu'un ajournement est possible, le juge en chef a ajouté une troisième valeur constitutionnelle qu'il faut comparer et mettre en équilibre lorsque le tribunal évalue l'opportunité de prononcer une ordonnance de non-publication.

Lorsqu'il est certain que l'ordonnance de non-publication est le mécanisme approprié, le juge doit ensuite évaluer la meilleure façon de circonscrire l'interdiction et la restreindre «autant que possible»<sup>40</sup>. Ces restrictions comprendraient une interdiction limitée dans le temps. Par exemple, il est établi depuis longtemps en common law qu'une interdiction prononcée par un tribunal de première instance en vue de préserver l'équité des procédures dont il est saisi peut être étendue et englober le procès subséquent d'un co-accusé sur des accusations connexes<sup>41</sup>. C'est exactement ce type d'interdiction de publication qui était en cause dans les affaires *R. c. S. (T.)*<sup>42</sup> et *Thomson Newspapers Ltd.*<sup>43</sup> Malheureusement, étant donné que l'arrêt *R. c. S. (T.)* tranche seulement la question de la compétence, il reste à déterminer définitivement la constitutionnalité d'une ordonnance de ce type<sup>44</sup>.

Une autre restriction générale serait de préciser la portée géographique de l'interdiction. Habituellement, cette précision limiterait la portée d'une interdiction à la région où a lieu le procès et d'où proviennent les jurés possibles. L'affaire *Dagenais* concernait une restriction de ce genre. Le juge en chef Lamer a conclu que l'interdiction prononcée par le juge Gotlib en première instance «était beaucoup trop générale», car «elle interdisait la diffusion partout au Canada et interdisait même tout commentaire sur l'ordonnance elle-même»<sup>45</sup>. Le tribunal qui choisit de prononcer une ordonnance de non-publication doit préciser avec soin le périmètre géographique visé.

La question des limites géographiques d'une interdiction de publication met en relief le caractère circulaire de l'analyse et soulève des questions importantes quant à savoir si une ordonnance visant à retarder la publication sera jamais appropriée. D'une part, le juge en chef Lamer énonce qu'une interdiction de publication doit être une solution de dernier ressort seulement, lorsque la cour a examiné et envisagé les autres solutions possibles. D'autre part, il a clairement énoncé que, lorsqu'une ordonnance est prononcée, elle doit viser seulement le périmètre entourant l'endroit où le procès aura lieu. Toutefois, à une époque comme la nôtre, où il est extrêmement difficile de freiner la diffusion de l'information de cette façon, il est presque impossible de veiller à ce que l'interdiction soit efficace. Autrement dit, le fait de limiter géographiquement la portée de l'interdiction peut faire échec à l'efficacité de l'ordonnance.

L'affaire *Dagenais* portait exclusivement sur la règle de common law permettant à un juge d'ordonner la non-publication à l'égard d'une procédure pénale. Toutefois, l'analyse approfondie effectuée par la Cour ne peut être limitée à ce contexte. Le juge en chef Lamer a énoncé les principes fondamentaux et les valeurs essentielles qui doivent être mis en équilibre lorsque des restrictions peuvent être imposées à la publication d'informations concernant ce qui se produit dans une salle d'audience pénale ou même

l'accès à cette salle.

## II. ORDONNANCES DE NON-PUBLICATION : CONTEXTE JURIDIQUE ET CADRE DE TRAVAIL

Dans la présente section, nous évaluons certaines dispositions du Code criminel à la lumière de l'arrêt Dagenais, puis nous discutons des grandes questions d'ordre procédural.

### A. Quelques dispositions

La validité constitutionnelle de certaines dispositions du Code criminel relatives aux ordonnances de non-publication a déjà fait l'objet de contestations en vertu de l'alinéa 2b) et, dans quelques cas, elle a été confirmée, du moins en partie. D'autres, en revanche, n'ont pas encore fait l'objet d'un examen à la lumière de la constitution. Voici les plus importantes.

#### 1. Paragraphes 486(3) et (4)

Les cours supérieures de juridiction criminelle jouissent depuis longtemps du pouvoir de protéger les droits des tierces parties, y compris les témoins, dans le cadre de procédures pénales. Par exemple, la protection des témoins au moyen du réaménagement de la salle d'audience relevait du pouvoir inhérent des tribunaux avant que le Parlement n'adopte de dispositions relatives aux écrans protecteurs et à l'isolement<sup>46</sup>. Par ailleurs, le pouvoir inhérent des cours supérieures de préserver l'accès aux salles elles-mêmes et les instances qui s'y déroulent a été admis à maintes occasions<sup>47</sup>.

La capacité d'une cour supérieure d'imposer des restrictions à la publication illustre encore ce pouvoir de protéger les intérêts d'une tierce partie, soit fréquemment un plaignant ou la victime d'un crime. Il reste à déterminer si le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la non-publication est inextricablement comprise dans les pouvoirs fondamentaux d'une cour supérieure de juridiction criminelle, mais le Parlement a élargi le pouvoir discrétionnaire d'interdiction de publication aux paragraphes 486(1) et (2) du Code criminel, dont nous discutons ci-dessous, en le conférant à toutes les cours de juridiction criminelle. Il a étendu ce pouvoir en prescrivant l'interdiction impérative en vertu des paragraphes 486(3) et (4), qui se limite à l'identité du plaignant<sup>48</sup>.

Ces deux dispositions ont survécu aux attaques fondées sur la constitution. Par exemple, la disposition qui a remplacé le paragraphe 486(4) actuel a été maintenue dans l'affaire *Canadian Newspapers Co*<sup>49</sup>. Le juge Lamer (qui est devenu par la suite juge en chef) a rédigé le jugement de la Cour et maintenu l'ancien paragraphe 486(4) au motif qu'il s'agissait d'une limite raisonnable à la liberté d'expression. Il a spécifiquement omis de statuer sur le fait que le paragraphe 486(4) contrevient ou non au droit d'un inculpé à un procès juste<sup>50</sup>. Depuis cette décision, la disposition en question a été modifiée afin que soient visés les témoins âgés de moins de 18 ans ainsi que les plaignants dans des affaires d'ordre sexuel. Toutefois, compte tenu de l'application limitée de cette disposition que la Cour a jugé nécessaire pour veiller à ce que l'objectif du législateur soit respecté, il est difficile de déterminer comment l'équité du procès est atténuée par ces articles.

En fin d'analyse, disons qu'il est probable que la validité constitutionnelle de cette disposition ne sera



pas réexaminée après l'arrêt Dagenais. Il est vrai que les paragraphes 486(3) et (4) ne permettent pas l'approche généreuse fondée sur l'équilibre des valeurs constitutionnelles que préconisait le juge en chef Lamer dans la décision Dagenais. Cependant, les restrictions imposées à la liberté de la presse par cet article sont très étroites et il est possible qu'elles aient reçu indirectement l'aval de la Cour suprême dans l'affaire R. c. O'Connor<sup>51</sup>. Il n'y a pas lieu de modifier cette disposition.

Proposition:

Les paragraphes 486(3) et 486(4) du Code criminel doivent être préservés sous leur forme actuelle.

## 2. Paragraphe 486(1)

À l'heure actuelle, le paragraphe 486(1) autorise le juge du procès à exclure de la salle d'audience «l'ensemble ou l'un quelconque des membres du public» s'il est «d'avis qu'il est dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice» de le faire. Tout récemment, la Cour suprême du Canada a confirmé à l'unanimité la constitutionnalité du motif «bonne administration de la justice» de cette disposition dans l'affaire C.B.C. v. New Brunswick (Attorney General) et. al.<sup>52</sup>. La Cour a annoncé qu'elle confirmait la validité constitutionnelle de cette partie de l'article contesté et que ces motifs suivraient See footnote 53. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait statué que le paragraphe 486(1) était une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression<sup>54</sup>.

Les autres motifs énumérés au paragraphe 486(1) justifiant que le juge interdise l'accès à la salle d'audience, soit l'intérêt de la moralité publique et du maintien de l'ordre, ne sont pas manifestement inconstitutionnels. L'article énonce clairement que toute ordonnance qui en relève est de nature discrétionnaire, ce qui ne la rend pas contraire à la constitution pour autant, car les exemples d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire foisonnent en droit pénal. La Cour suprême a déjà statué que la discrétion conférée aux agents de l'État n'était pas inconstitutionnelle<sup>55</sup>. La déférence judiciaire, c'est encore plus vrai, n'est pas invalide pour cette raison. Bien au contraire, il s'agit d'un élément fondamental de la capacité d'un tribunal de s'acquitter non seulement des diverses fonctions qui lui sont dévolues, mais aussi d'agir comme gardien de la constitution elle-même<sup>56</sup>. De fait, le juge Tallis, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans Saskatchewan (Attorney General) v. McConachie<sup>57</sup>, faisait remarquer que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans chaque cas, compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, et tenant compte de la présomption de transparence inscrite à l'article 486 du Code criminel et de common law<sup>58</sup>. À cela vient s'ajouter l'équilibre des valeurs constitutionnelles que mentionne le juge en chef Lamer dans l'affaire Dagenais.

La constitutionnalité du paragraphe 486(1) a également été remise en question dans l'affaire récente The Estate of Kirsten French et. al. v. Attorney General of Ontario<sup>59</sup>. On demandait à la Cour si les bandes vidéos explicites qui avaient été déposées en preuve durant le procès pour meurtre au premier degré de Paul Bernardo devraient être détruites. En outre, les parties demandresses voulaient qu'il soit déclaré que le paragraphe 486(1) du Code criminel est inconstitutionnel, principalement parce que l'intérêt de la moralité publique est un motif vague qui ne protège pas adéquatement les victimes d'infractions sexuelles. Dans le cadre de l'audience devant le juge Gravely de la Cour de justice de l'Ontario (division générale), l'avocat des requérants a présenté une version modifiée de l'actuel paragraphe 486(1):

- [Traduction] 486.(1) : Les procédures dirigées contre un prévenu ont lieu en audience publique, mais lorsque le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix qui préside est d'avis qu'il est dans l'intérêt du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice ou qu'il est nécessaire de prévenir un préjudice ou une injustice grave à l'égard de quiconque d'exclure de la salle d'audience l'ensemble ou l'un quelconque des membres du public, il peut en ordonner ainsi ou rendre toute autre ordonnance moins stricte mais qui atteint le même objectif<sup>60</sup>.

La proposition contenait un alinéa distinct énonçant que le «préjudice grave» s'entendra de la pédopornographie et de l'obscénité au sens de la présente Loi <sup>61</sup>. On souhaitait ainsi tout simplement assurer la protection des victimes de certains crimes d'ordre sexuel. Néanmoins, cet objectif peut déjà être atteint au moyen de l'article tel qu'il existe actuellement. C'est du moins l'avis du juge Gravelly lorsqu'il conclut ce qui suit :

[Traduction] Même si le par. 486(1) n'utilise pas le terme « préjudice », à mon avis, cette notion peut s'inférer de son libellé, soit l'expression «dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice». Bien qu'il soit facile de définir le préjudice et la moralité comme s'il s'agissait de deux concepts bien distincts, il n'est pas utile de le faire en pratique. Les impératifs d'ordre moral n'existent pas en isolation : ils doivent être examinés dans le contexte du préjudice qu'ils sont censés prévenir. [...]

Selon moi, lorsque le tribunal se penche sur la question liée à la moralité publique au sens du par. 486 (1), il ne peut laisser de côté le préjudice causé aux membres de la population, les demandeurs en l'occurrence<sup>62</sup>.

L'expression «moralité publique» semble désuète dans une certaine mesure, mais sa suppression peut également entraîner l'élimination d'une part du «préjudice» qui devrait continuer à être visé par l'article en question. Par conséquent, s'il était modifié et que le renvoi à la moralité publique n'existe plus, il faudrait envisager d'ajouter la mention du préjudice, puisqu'il ne s'infère peut-être pas du motif fondé sur la bonne administration de la justice.

Proposition:

Le paragraphe 486(1) doit être préservée sous sa forme actuelle.

### 3. Article 487.2

Selon l'article 487.2, il est interdit, à moins que des poursuites criminelles n'aient été intentées, de publier les détails entourant l'exécution d'un mandat de perquisition «sans la permission de chaque personne» visée par ce mandat. Les cours supérieures de deux provinces ont statué que cette disposition est contraire à l'article 2 de la Charte <sup>63</sup>. La Cour d'appel de la Saskatchewan a récemment présumé que cette disposition était constitutionnellement valide sans trancher la question<sup>64</sup>.

Il est clair que l'article 487.2 du Code criminel est inconstitutionnel de prime abord, puisqu'il porte atteinte à la liberté de la presse énoncée à l'alinéa 2b) de la Charte. Néanmoins, malgré l'opinion qui prévaut dans la jurisprudence actuelle, certaines valeurs publiques légitimes doivent être prises en compte lorsqu'un tribunal procède à une analyse fondée sur l'article premier. Il s'agirait notamment du droit au respect de la vie privée des particuliers qui n'ont pas encore été inculpés d'une infraction pénale ainsi que les objectifs légitimes en matière d'application de la loi. Bien qu'on ne puisse nier

que, dans sa forme actuelle, l'article 487.2 porte flanc à la critique sur le plan constitutionnel -- puisqu'il impose une interdiction obligatoire et complète à toute publication -- il ne devrait y avoir aucunement modification pour le moment, tant qu'il n'y aura pas de décision portant qu'il est inconstitutionnel à la lumière de l'article premier.

Proposition:

L'article 487.2 doit être préservé sous sa forme actuelle.

#### 4. Articles 517 et 539

Ces deux dispositions autorisent une ordonnance de non-publication dans le contexte de certaines procédures préalables au procès. L'article 517 prescrit la non-publication des éléments de preuve qui sont déposés dans le cadre d'une audience sur le cautionnement qui se tient conformément à l'article 515. Si la Couronne demande la délivrance d'une telle ordonnance, elle doit montrer qu'elle est justifiée. Toutefois, si c'est l'accusé qui en fait la demande, l'interdiction devient impérative<sup>65</sup>. Toute ordonnance délivrée en vertu de l'article 517 reste en vigueur jusqu'à ce que l'accusé soit libéré à la suite de l'enquête préliminaire ou encore déclaré coupable ou acquitté du crime See footnote 66. L'article 539 mentionne les éléments de preuve recueillis lors d'une enquête préliminaire, et son libellé est presque identique à celui de l'article 517.

À ce jour, ces deux dispositions ont été jugées constitutionnelles : dans l'affaire *Re Global Communications Ltd. and A.G. Can*<sup>67</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé que l'article 517 contrevenait pas à la constitution au motif qu'il imposait une limite raisonnable à la liberté de la presse. La Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, dans la décision *R. c. Banville*<sup>68</sup>, a évalué l'article 539 en fonction des conditions énoncées à l'alinéa 2b) de la Charte et statué qu'il était compatible.

L'issue de ces deux arrêts doit cependant être révisée à la lumière de l'affaire *Dagenais*. Si l'on applique le raisonnement de cette dernière décision, il est manifeste que ces deux articles souffrent de lacunes graves à un égard important, car la cour ne possède aucune discrétion lorsque la demande de non-publication émane de l'accusé. Dans ce cas particulier, le juge qui préside l'affaire doit absolument interdire la publication. Par conséquent, il n'est pas permis de soupeser des intérêts contradictoires permettant d'examiner l'effet de la non-publication sur la liberté de la presse. Or, dans la foulée de l'arrêt *Dagenais*, cet examen est essentiel. Il semble qu'aussi bien l'article 517 que l'article 539 se fondent sur l'hypothèse que le droit à un procès équitable constitue une prérogative de l'accusé, sinon l'ordonnance ne serait pas automatique lorsqu'elle est demandée par la défense. Toutefois, nul ne peut contester qu'une valeur sociale importante est respectée lorsqu'on veille à ce que le procès d'une personne inculpée d'une infraction pénale est équitable<sup>69</sup>. Compte tenu de cette lacune évidente, les articles 517 et 539 doivent être modifiés.

Proposition:

Les articles 517 et 539 doivent être modifiés par la suppression de l'interdiction impérative de publication lorsque la demande émane de l'accusé.

## B. Questions d'ordre procédural

L'affaire Dagenais et, dans une moindre mesure, l'affaire S.(T.) comportent des déclarations importantes sur la procédure à suivre lors d'une demande d'ordonnance de non-publication. Dans la première, la demande d'ordonnance d'interdiction avait été soumise à un juge de la cour supérieure de la province qui n'était pas le juge de première instance, tandis que la seconde concernait une demande analogue adressée à la cour provinciale. Le juge en chef Lamer a choisi l'affaire Dagenais pour se prononcer sur les diverses questions d'ordre procédural soulevées dans ces pourvois. Ses commentaires sont divisés logiquement en deux parties, dont une qui traite des demandes présentées soit au début du procès soit pendant son déroulement, alors que l'autre porte sur les appels intentés par suite de la délivrance d'une ordonnance non-publication. L'analyse et le commentaire qui suivent seront structurés de la même façon.

### 1. Demandes présentées avant et durant le procès

Dans ses propos sur les questions relatives aux demandes de non-publication entendues avant ou durant le procès, le juge en chef Lamer a traité de trois questions procédurales, soit l'instance choisie, les avis et la qualité pour agir des tierces parties. Nous nous y attarderons tour à tour.

#### a) Instance choisie

Le juge en chef Lamer précise d'abord que les demandes d'ordonnance de non-publication devraient être présentées dès que possible. La requête «devrait être présentée au juge de première instance (s'il a été désigné) ou à un juge de la juridiction devant laquelle l'affaire sera entendue (si on peut déterminer définitivement la juridiction par renvoi à des dispositions législatives)»<sup>70</sup>. Il signale de plus que, dans le cas où il n'est pas possible de déterminer définitivement la juridiction devant laquelle l'affaire sera entendue, «la requête devrait être présentée à un juge d'une cour supérieure (c'est-à-dire au plus haut tribunal qui puisse entendre l'affaire, afin d'éviter ensuite qu'un juge d'une cour supérieure soit lié par l'ordonnance d'un juge d'une cour provinciale)»<sup>71</sup>.

Cette démarche préconisée par le juge en chef est sensée : il souligne qu'il est préférable de faire appel au juge de première instance, mais il reconnaît que, en pratique, il y a lieu de présenter la demande avant qu'on sache quelle sera la cour saisie du procès ou qui sera le juge de première instance. Une approche semblable a été adoptée par certaines cours d'appel des provinces en ce qui concerne les demandes où une partie allègue que le ministère public n'a pas divulgué certaines informations See footnote<sup>72</sup>. Par conséquent, il est recommandé qu'elle soit codifiée.

#### Proposition:

Le Code criminel doit être modifié pour permettre le dépôt d'une demande d'ordonnance de non-publication avant le procès. L'article devrait exiger que le juge de première instance entende la demande et que ce sera seulement dans l'éventualité où il n'a pas été désigné que la demande sera entendue par un juge de la cour supérieure de la province.

#### b) Avis

En ce qui a trait aux avis, le juge en chef Lamer énonce simplement les questions les plus évidentes, notamment «quels sont les médias qui doivent recevoir l'avis, et de quelle façon l'avis doit-il leur être donné?»<sup>73</sup>. Malheureusement, il s'est contenté de relever les problèmes et de faire remarquer qu'il serait peut-être préférable que la solution à ces problèmes soit puisée cas par cas «dans les règles

provinciales de procédure criminelle et dans la jurisprudence pertinente»<sup>74</sup>.

D'après cette brève analyse, il semble que le juge en chef estime qu'il incombe à la partie demandant l'ordonnance de non-publication d'alerter les médias de l'existence de celle-ci. C'est logique. Toutefois, s'il y a des questions concernant «qui, exactement, doit être avisé et de quelle façon l'avis doit être signifié», il convient selon le juge Lamer de demander des directives au juge qui entend la demande<sup>75</sup>. Des difficultés surgiront bien évidemment, surtout dans les grands centres urbains du pays où les médias existent en grand nombre, qu'il s'agisse de la presse imprimée ou électronique. On pourrait croire qu'il sera utile pour les demandeurs de s'appuyer sur un ensemble établi d'instructions qui seraient énoncées dans le Code criminel. Une telle disposition leur permettrait d'obtenir des directives quant aux avis qui doivent être donnés, par exemple, aux grands médias d'un centre particulier. Dans la plupart des cas, la Société Radio-Canada serait comprise.

**Proposition:**

Le Code criminel doit être modifié pour inclure une disposition permettant à la partie qui demande une ordonnance de non-publication en matière criminelle de demander la délivrance d'une ordonnance d'instructions ex parte qui identifierait, le cas échéant, les médias du district judiciaire qui doivent être avisés. L'article en question pourrait également préciser, d'une part, que les avis nécessaires auront été donnés si cette mesure est respectée, et d'autre part, que les autres médias qui désirent être entendus devront comparaître devant le juge présidant l'audience et demander l'autorisation de se faire entendre.

**c) Qualité pour agir**

Le juge en chef Lamer n'a abordé que très brièvement cette question sérieuse. Il a fait remarquer que, dans la plupart des affaires, le déroulement d'une audience faisant suite à une telle demande relève du pouvoir discrétionnaire du juge qui l'entend. Il a quand même approfondi ses observations en précisant que les médias qui désirent participer à l'audience devraient obtenir la qualité pour agir « conformément aux règles de procédure en matière criminelle et autres principes de common law »<sup>76</sup>. La seule directive claire donnée par la Cour aux juges des juridictions inférieures énonçait que « dans un procès par jury, une requête en interdiction de publication doit être entendue en l'absence du jury »<sup>77</sup>.

La position du juge en chef sur la qualité pour agir est soutenable, car les règles entourant l'identité des tierces parties qui peuvent avoir cette qualité sont bien établies et, particulièrement si les exigences relatives aux avis sont codifiées, elles peuvent être appliquées sans qu'on s'inquiète de la possibilité que des parties intéressées ne soient avisées de la procédure.

**Proposition:**

Aucune règle spéciale ne doit être prescrite quant à la qualité pour agir des tierces parties à l'égard de demandes d'ordonnance de non-publication. Si une partie qui n'a pas reçu directement avis d'une telle demande comparet à l'audience, sa capacité de participer et l'étendue de sa participation, le cas échéant, doivent être évaluées conformément aux règles de droit en vigueur concernant la qualité pour agir des tiers.

## 2. Appels

La question d'ordre procédural qui résidait au cœur des affaires Dagenais et S.(T.) concernait la nature du mécanisme approprié afin d'obtenir le contrôle en appel d'une ordonnance de non-publication. Depuis les décisions rendues dans ces pourvois, la Cour a réexaminé et peaufiné les principes qui y avaient été énoncés<sup>78</sup>. Les affaires S.(T.) et Primeau constituent des exemples d'appels présentés par des tierces parties à l'encontre d'une ordonnance rendue par le juge d'une cour provinciale. L'affaire Dagenais illustre un appel d'une ordonnance de non-publication rendue par un juge de la cour supérieure d'une province.

Dans l'affaire Primeau, les juges Sopinka et Iacobucci tentent d'expliquer la justification de cette approche en ces termes.

Dans l'arrêt Dagenais, la Cour trace deux voies distinctes à suivre pour contester des ordonnances en matière criminelle : l'une pour les parties aux procédures, l'autre pour les tierces parties. L'accusé et le ministère public doivent tous deux présenter une demande de réparation au juge du procès, ou au tribunal compétent pour entendre l'affaire, s'il est connu, sinon à un juge de cour supérieure. Ce n'est qu'à la fin du procès qu'on peut en appeler de la décision rendue à ce propos.

La procédure applicable aux tierces parties diffère pour deux raisons. Premièrement, du fait qu'elle n'est pas partie aux procédures, une tierce partie ne peut demander réparation au juge de procès. Deuxièmement, une ordonnance qui tranche une question relativement à une tierce partie est définitive. Cette qualification est importante si l'on veut se conformer à la règle générale qui interdit les appels interlocutoires en matière criminelle.<sup>79</sup>

### a) Ordonnances rendues par les cours provinciales

Les ordonnances sur les questions constitutionnelles rendues par un juge d'une cour provinciale sont susceptibles d'examen par voie d'un bref de prérogative pris conformément aux dispositions de la partie XXVI du Code criminel. Le juge en chef Lamer résume la procédure comme suit :

Si les médias souhaitent s'opposer à une requête en interdiction présentée en cour provinciale, ils devraient assister à l'audition de la requête, présenter des observations afin d'obtenir qualité pour agir et, s'ils l'obtiennent, participer à la requête. Pour contester l'interdiction, les médias devraient demander un bref de certiorari à un juge d'une cour supérieure. Si cette demande est refusée, ils devraient interjeter appel de cette décision à la cour d'appel, en vertu du par. 784(1) du Code criminel. Pour contester le rejet d'un appel à la Cour d'appel, les médias devraient demander une autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 40 de la Loi sur la Cour suprême.

Les juges Sopinka et Iacobucci ont souscrit à cette approche et font observer qu'elle «a l'avantage de faire appel à des procédures établies et d'être conforme à la jurisprudence récente de notre Cour<sup>80</sup>.

Lorsque cette démarche a été appliquée à la Société Radio-Canada dans l'affaire S.(T.), elle a été rejetée justement parce que l'appelante n'avait pas interjeté son pourvoi devant la Cour supérieure provinciale et qu'elle avait plutôt fait appel directement à la Cour d'appel. En rejetant l'appel, le juge en chef Lamer signalait que, si la Cour se déclarait compétente, cela équivaldrait à souscrire à l'idée qu'il y a «moyen d'en appeler directement à la Cour suprême d'une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour provinciale»<sup>81</sup>.

## b) Ordonnances rendues par les cours supérieures

Il est possible d'interjeter appel d'une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour supérieure provinciale; cependant, l'appel ne peut être interjeté à la Cour suprême du Canada que sur permission, conformément à l'article 40 de la Loi sur la Cour suprême. Le juge en chef Lamer a confirmé que cette procédure d'appel était appropriée étant donné qu'« une ordonnance de non-publication peut être considérée comme un jugement, définitif ou autre, rendu par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces Juridictions »<sup>82</sup>.

Le juge en chef Lamer a reconnu les problèmes liés à ce mécanisme d'appel plutôt compliqué, notamment le délai et le coût. Pourtant, il a laissé entendre que ces préoccupations sont plus apparentes que réelles. Il a déclaré ce qui suit :

Un appel direct à la Cour suprême du Canada peut être plus rapide qu'un appel à la plupart des cours d'appel du pays. En outre, il est moins coûteux de se présenter directement devant la Cour suprême du Canada que de passer par une cour d'appel pour ensuite se présenter devant la Cour suprême du Canada. Les préoccupations quant aux coûts et aux délais sont donc sans fondement<sup>83</sup>.

À la fin, il a admis qu'aucun de ces mécanismes n'était entièrement satisfaisant et qu'en établissant ces procédures d'appel la Cour a été « contrainte de choisir la moins insatisfaisante parmi des options insatisfaisantes »<sup>84</sup>. Il a exhorté « le législateur à corriger la situation en adoptant une loi conférant un droit d'appel aux tierces parties (en général, les médias,) qui contestent les ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative »<sup>85</sup>.

## c) Commentaire

La Cour a expressément invité le Parlement à adopter des dispositions législatives qui prévoient la possibilité de contester en appel les ordonnances de non-publication, et il faudrait se demander s'il y a lieu de répondre à cette invitation. Pour le savoir, il est nécessaire d'examiner les effets bénéfiques de la codification d'un droit d'appel conféré à une tierce partie ainsi que les inconvénients qu'entraînerait le statu quo.

Si aucune modification n'est apportée au Code criminel, les mécanismes d'appel établis par la Cour -- que nous avons soulignés ci-dessus -- entreront en jeu. Or, cette situation désavantagera la Couronne ou encore l'accusé qui conteste une ordonnance interlocutoire comme l'ordonnance de non-publication, puisque tous deux doivent suivre les avenues traditionnelles d'appel énoncées dans le Code. Même s'il est vrai que toute partie touchée par l'appel, y compris le ministère public, aurait qualité pour comparaître dans le cadre d'un appel interjeté par une tierce partie<sup>86</sup>, de façon générale, la Couronne ou l'accusé doivent attendre le verdict final et recourir à un appel interlocutoire s'il existe des motifs appropriés pour ce faire. Afin de mitiger cette inquiétude, soulignons que les mécanismes établis par l'affaire Dagenais ne sont pas favorables aux appels en raison de leur complexité.

En outre, le maintien du statu quo entraînera des inconvénients et des dépenses accrues pour les parties, spécialement celles qui doivent interjeter appel directement à Ottawa. Le droit d'un accusé à un procès dans des délais raisonnables, que lui garantit l'alinéa 11b) de la Charte, peut également être brimé dans les cas où le procès est ajourné jusqu'à l'issue d'un appel interjeté par une tierce partie.

Toutefois, ce désavantage survient dans le cadre de toute contestation présentée par un tiers. La Cour suprême elle-même peut subir des inconvénients puisqu'elle sera saisie de demandes d'autorisation à l'égard d'un large éventail d'appels présentés par des tierces parties qui, en temps normal, seraient peu susceptibles de se rendre jusqu'à elle.

En fin d'analyse, toutefois, l'appel lancé par le juge en chef Lamer au Parlement devrait faire l'objet d'un suivi, du moins en ce qui concerne les ordonnances limitant la publication. Cependant, malgré les commentaires du juge en chef quant à l'efficacité d'un pourvoi interjeté directement à la Cour, il est proposé d'établir une voie d'appel à la cour provinciale par suite de la délivrance d'ordonnances de cette nature, peu importe l'auteur de celles-ci. Une cour d'appel d'une province est beaucoup plus susceptible d'être au fait des préoccupations locales de la région, et plus propre à y répondre, qu'une cour éloignée située à Ottawa. En outre, la proximité physique de la Cour d'appel d'une province et des parties peut réduire les frais.

La procédure établie dans *Dagenais* et précisée dans des arrêts subséquents a déjà reçu un appui dans d'autres appels interjetés par des tierces parties<sup>87</sup>. Par conséquent, tout mécanisme d'appel à la suite de la délivrance d'une ordonnance de non-publication constituera une exception à ce régime général d'appel destiné aux tierces parties. Une question importante demeure : la structure d'appel en cas de non-publication devrait-elle s'apparenter au régime actuellement en vigueur à l'égard des actes criminels et des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité? Il existe une certaine logique à cette approche. Par contre, il peut être judicieux que tous les appels de ce genre soient entendus sur autorisation par la cour d'appel de la province<sup>88</sup>. Puisque ces appels ne seront pas nombreux, le recours à cette instance peut assurer l'uniformité des décisions.

#### Proposition:

Le Code criminel doit être modifié pour faire en sorte que l'appel d'une ordonnance de non-publication puisse être interjeté à la cour d'appel de la province sur autorisation, peu importe que le litige soit un acte criminel ou une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

#### IV. RÉGIME DE RESPONSABILITÉ ET RÉGIME DE SANCTIONS

Avant de traiter du qui devraient régir les ordonnances de non-publication prévues au Code criminel, il convient de souligner les disparités qui existent dans le libellé des dispositions actuelles à cet égard.

Les ordonnances de non-publication et les interdictions de publication prévues au Code criminel visent à empêcher que soient rendus publics, de façon écrite ou verbale, certains renseignements.

Dans le cas d'interdiction de transmettre par écrit l'information, l'article 486(5) C.cr. empêche quiconque de publier de quelque façon (publish in any document) les renseignements alors que d'autres dispositions ont une portée plus restrictive et interdisent seulement de publier l'information dans un journal (publish in any newspaper) tel que défini à l'article 297 C.cr. [art. 276.3(1); 487.2(1); 517(1); 539(1); 542(2) et 648(1) C.cr.]. De même, en ce qui concerne la prohibition de transmission verbale de l'information, l'article 486(5) C.cr. interdit de diffuser de quelque façon (broadcast in any way) alors que les autres articles interdisent de diffuser sans autre précision (broadcast ou diffuse) [art. 487.2] quoique dans la version française de certains de ces articles on restreint le mode de diffusion. Ainsi, on utilise à l'article 276.3(1) l'expression "à la radio ou à la télévision", aux articles



517(1) et 542(1) l'expression "radiodiffuser", à l'article 648(1) l'expression "ni révélée dans une émission radiodiffusée" et à l'article 539(1) l'expression "ni être révélée dans aucune émission".

L'intention du législateur est d'empêcher que certains renseignements ne soient rendus publics et, à cette fin, il y a pas lieu de couvrir la situation où l'information est transmise privément à moins qu'en ce faisant une personne en aide, au sens de l'article 21(2) C.cr., une autre à rendre publique l'information. Mais pour accorder une protection adéquate aux renseignements frappés d'une ordonnance de non-publication, il faut interdire à quiconque de rendre publics, par quelque moyen que ce soit, ces renseignements. Or, les dispositions actuelles n'interdisent, par exemple, ni de diffuser l'information au moyen d'écrits placardés dans des endroits accessibles au public ni en faisant circuler l'information sur le réseau internet. Il faut donc combler ces lacunes.

Proposition:

- Que les dispositions actuelles soient modifiées de façon à interdire à quiconque de rendre accessibles au public par quelque moyen les renseignements faisant l'objet d'une ordonnance de non-publication.

La disponibilité de moyens de défense est un autre aspect important sur lequel il y a divergence entre les dispositions actuelles. En effet, il y a des dispositions qui permettent à l'accusé d'invoquer une excuse légitime dont la preuve lui incombe [art. 517(2); 520(9); 521(10)] et d'autres où ce n'est pas permis [art. 276.3(2); 486(5); 487.2; 539; 542(2) et 648(1)].

Considérant l'importance de protéger les renseignements faisant l'objet d'une ordonnance d'interdiction et considérant le fait que de telles ordonnances sont rendues par le tribunal après avoir pondéré les intérêts en cause et qu'une partie intéressée peut s'adresser aux tribunaux supérieurs pour faire réviser celles-ci, il ne devrait pas être permis à une personne d'invoquer a posteriori une excuse légitime quelconque pour ne pas avoir respecté une ordonnance de non-publication. Même le fait qu'une information serait déjà en quelque sorte rendue dans le domaine public ne devrait pas être une justification permettant de la propager davantage.

Proposition:

- Qu'il ne soit pas permis à une personne accusée d'avoir contrevenu à une ordonnance de non-publication d'invoquer une excuse légitime.

#### 1. Le régime de responsabilité

Quoique cela ne soit pas clairement précisé dans les dispositions sanctionnant les ordonnances de non-publication, la sanction pour contravention à ces ordonnances repose sur un régime de responsabilité à base de connaissance et d'intention générale.

Il faut, en effet, que la personne qui diffuse l'information sache que sa diffusion est interdite par ordonnance et qu'elle ait volontairement diffusé l'information. La poursuite a donc le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que la personne connaissait l'existence de l'ordonnance et il suffit à l'accusé d'invoquer une ignorance de bonne foi à cet égard pour bénéficier d'un tel doute.

Dans la mesure où les personnes les plus visées par les ordonnances de non-publication sont des entreprises de presse ou des personnes travaillant pour ces entreprises et compte tenu de la difficulté de faire la preuve hors de tout doute que l'ordonnance a été portée à leur connaissance, il conviendrait

de sanctionner ces personnes non seulement pour avoir rendu publique une information sachant que sa diffusion est interdite mais aussi lorsqu'elles auraient dû connaître ce fait (ought to have known). En effet, il ne paraît pas exorbitant d'exiger que ces entreprises prennent les mesures raisonnables nécessaires pour s'assurer que l'information reliée aux procédures criminelles n'est pas frappée d'interdiction avant de la diffuser dans le public.

Proposition:

- Qu'il soit interdit à toute entreprise de presse ou de télécommunications de diffuser une information qu'elle sait ou aurait dû savoir être frappée d'une ordonnance de non-publication.

## 2. Régime de sanctions

La personne qui contrevient à une ordonnance de non-publication prononcée en vertu du Code criminel se rend coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Elle n'est ainsi, en vertu de l'article 787(1) C.cr., passible que d'une amende maximale de deux mille dollars et d'un emprisonnement maximal de six mois ou de l'une de ces peines, et dans le cas d'une corporation, d'une amende maximale de vingt-cinq mille dollars en vertu de l'article 719b) C.cr. Par ailleurs, si cette personne contrevient à une ordonnance de non-publication rendue en vertu du pouvoir de common law, telle une interdiction de ne pas publier des informations même après la fin des procédures, elle se rend ainsi coupable d'un acte criminel et sujette à une sanction laissée à la discrétion du tribunal [cf. Québec (P.G.) c. Publications Photo-Police Inc. [1990] 1 R.C.S. 851 confirmant le juge Chouinard dissident en Cour d'appel (1988) 42 C.C.C. (3d) 220]. En outre, une personne est passible d'un emprisonnement maximal de deux ans suivant l'article 127(1) C.cr lorsqu'elle contrevient à une ordonnance autorisée par une loi alors qu'aucune sanction n'est prévue.

Il y a là une disparité dans les sanctions pour laquelle on ne trouve aucune justification. En outre, le fait de sanctionner le manquement à une ordonnance de non-publication uniquement au moyen d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ne reflète pas suffisamment la gravité objective de l'infraction ni ne constitue une mesure suffisamment dissuasive. Par contre, il faut reconnaître que le manquement à une telle ordonnance ne constitue pas toujours en regard de l'ensemble des circonstances un acte criminel.

Voilà pourquoi nous estimons qu'il faut revoir le régime de sanction des ordonnances de non-publication et rendre le manquement à ces ordonnances punissable par acte criminel ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. À cette fin, nous avons deux options : en faire 1) soit une infraction hybride passible d'un emprisonnement de deux ans moins un jour par acte d'accusation et de six mois par procédure sommaire, 2) soit une infraction hybride passible d'un emprisonnement de cinq ans moins un jour par acte d'accusation et de dix-huit mois par procédure sommaire. Nous privilégions la première option compte tenu du pouvoir de condamner l'accusé aux frais dont nous traiterons dans la prochaine recommandation.

Proposition:

- Que la personne qui contrevient à une ordonnance de non-publication rendue en vertu d'un pouvoir conféré par le Code criminel ou par la common law soit passible d'une infraction punissable d'un emprisonnement de deux ans moins un jour par acte d'accusation et de six mois par procédure sommaire.
- Que soit haussée l'amende pouvant être imposée aux corporations.

### 3. Pouvoir d'imposer des frais

Le non respect des ordonnances de non-publication entraîne généralement des conséquences importantes non seulement sur le déroulement des procédures criminelles mais aussi sur les coûts que devront assumer les parties. En conséquence, le tribunal qui condamne la personne ayant contrevenu à une telle ordonnance devrait avoir le pouvoir, après avoir donné aux parties l'occasion de faire des représentations, de l'obliger à leur rembourser les coûts reliés au déroulement des procédures criminelles occasionnés par la publication des informations frappées d'interdiction. Ce pouvoir est particulièrement requis en regard de l'article 648 C.cr. puisque le manquement à une telle ordonnance peut entraîner notamment non seulement un avortement de procès et la formation d'un nouveau tableau de jurés mais aussi un changement de venue avec tous les frais afférents.

Proposition:

- Que le tribunal qui trouve une personne coupable d'avoir contrevenu à une ordonnance d'interdiction ait le pouvoir de l'obliger à rembourser aux parties les frais reliés aux procédures criminelles qu'un tel manquement leur a causé et qu'à cette fin le tribunal permette aux parties de lui faire les représentations appropriées.

## V. PARTIE DISTINCTE CONCERNANT LES ORDONNANCES DE NON-PUBLICATION

Comme le montre l'annexe au présent document, on retrouve les dispositions relatives aux ordonnances de non-publication dans toutes les parties du Code criminel. Il y aurait peut-être lieu de regrouper ces dispositions, ainsi que tout autre nouvel article, y compris ceux prévoyant la procédure et la compétence d'appel, et de les intégrer dans une partie distincte du Code.

Il existe néanmoins un avantage à avoir les dispositions relatives aux ordonnances de non-publication conjointement avec les articles auxquels ils se rapportent : l'attention des avocats est ainsi attirée vers le fait qu'une ordonnance de non-publication peut être demandée. Quoiqu'il en soit, advenant qu'il y ait rationalisation complète de telles ordonnances, il semblerait logique de rassembler tous les articles (les vieux, les modifiés et les nouveaux) dans une partie distincte du Code criminel.

La structure d'une telle partie pourrait adopter plusieurs formes, mais il semblerait plus efficace de rédiger la partie en question en fonction des sections mentionnées ci-dessous de façon à en faciliter la consultation, à encourager la clarté et éviter les répétitions. La partie pourrait renfermer des définitions, distinguer les ordonnances de non-publication obligatoires des ordonnances de non-publication discrétionnaires, prévoir les peines applicables et établir la procédure, notamment en ce qui a trait aux avis.

### 1. Définitions

Cette section s'appliquerait expressément à la partie distincte du Code criminel portant sur l'interdiction de publication et n'aurait ainsi pas l'inconvénient de s'appliquer par inadvertance aux autres définitions ailleurs dans le Code. Cette section fournirait l'occasion d'inclure les définitions modernes de termes tels que « publication ».

Les tribunaux ont à maintes reprises fait allusion aux « médias », mais les progrès technologiques en matière de communication électronique donnent à croire que d'autres personnes ou groupes (par exemple un groupe d'intérêt ou une personne ayant des motifs personnels de diffuser de l'information à partir d'un site Web) peuvent être intéressés à la diffusion de l'information et, par conséquent, faire l'objet d'ordonnances de non-publication. Il faut donc examiner en profondeur les dispositions actuelles du Code criminel pour assurer qu'elles correspondent à la réalité moderne de la diffusion électronique de l'information. On pourrait soutenir que les articles tels que l'article 517 qui font expressément mention de « journal » deviennent rapidement désuets.

## 2. Ordonnances de non-publication obligatoires

Cette section renfermerait tous les articles du Code, y compris les articles actuels, les articles modifiés et les nouveaux articles du Code, où l'ordonnance de non-publication ne relève pas de la discrétion du juge (par exemple, l'interdiction de publier le nom du plaignant dans les affaires d'agression sexuelle). Ces interdictions sont obligatoires et, dans la mesure où elles ont résisté jusqu'à maintenant aux contestations constitutionnelles, et il ne serait donc pas nécessaire de prévoir la saisine et la procédure d'avis. Ces articles traiteraient des questions autres que celles visant les ordonnances de non-publication discrétionnaires, où il faut, par exemple, mettre en équilibre les droits de l'accusé et la liberté de presse.

Pour des raisons pratiques, tous les articles touchant les ordonnances de non-publication obligatoires, avec les modifications qu'il faudrait y apporter au besoin, seraient intégrés dans cette section.

## 3. Ordonnances de non-publication discrétionnaires

Cette section inclurait tous les renvois exprès aux articles relatifs aux ordonnances de non-publication discrétionnaires actuellement dispersés tout au long du Code criminel. Seraient également incluses toutes les dispositions telles que le paragraphe 486(1) qui confèrent au tribunal le pouvoir discrétionnaire de limiter l'accès public à la salle d'audience.

Il serait préférable, par souci de clarté, d'y ajouter toute nouvelle disposition s'appliquant aux cas où il est possible, maintenant, de prévoir qu'il faudra étendre le champ d'application des pouvoirs discrétionnaires du tribunal en ce qui concerne l'interdiction de publication, par exemple les cas où la Couronne souhaiterait ne pas publiciser le fait qu'un mandat d'arrêt a été décerné pour éviter d'alerter l'accusé.

On pourrait soutenir, pour ce qui est des domaines de compétence discrétionnaire énumérés où le Parlement estime à-propos de conférer une discrétion au tribunal et qui concernent principalement les parties à l'affaire, qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait avis avant que l'interdiction ne prenne effet. Il serait clair que lorsqu'une telle ordonnance est rendue, tout tiers intéressé pourrait se prévaloir d'une procédure d'appel simplifiée.

Par ailleurs, cette nouvelle section permettrait d'étendre le pouvoir du tribunal d'entendre les demandes d'interdiction de publication dans les cas non énumérés, mais où à la lumière de l'intérêt de la justice, il serait souhaitable que le tribunal ordonne une telle interdiction. En fait, il s'agit de codifier en partie la common law actuelle et d'établir les critères précis pour ce qui est de la saisine et de la procédure d'avis. Cette section conférerait au tribunal le pouvoir d'ordonner l'interdiction de publication dans les cas actuellement non prévus mais où l'intérêt public justifie une telle ordonnance.

La liste codifiée non exhaustive des facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance de non-publication inclurait:

- (i) le maintien de l'ordre et la bonne administration de la justice;
- (ii) la protection des informateurs et des témoins;
- (iii) l'intégrité des enquêtes criminelles en cours;
- (iv) la sauvegarde du droit de l'accusé à un procès équitable et juste;
- (v) l'encouragement des témoins à se présenter et à témoigner;
- (vi) la protection du droit d'accès du public au matériel présenté au tribunal sous réserve des considérations énumérées.

Pour ce qui est de toutes les ordonnances de non-publication discrétionnaires:

(i) Un tribunal compétent de juridiction criminelle serait investi du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'interdiction de publication de toute information si une telle mesure est requise pour le maintien de l'ordre et la bonne administration.

Pour déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance de non-publication vu les circonstances, le tribunal serait tenu de prendre en considération les facteurs suivants :

a) une telle ordonnance est nécessaire pour prévenir un risque réel et substantiel pour l'équité du procès et les autres mesures disponibles ne préviendraient pas ce risque; et

b) les effets favorables de l'interdiction de publication l'emportent sur les effets négatifs sur la libre expression des personnes et groupes touchés par l'ordonnance.

- (ii) Il appartiendrait à la partie qui demande l'interdiction de publication d'établir des motifs suffisants.
- (iii) Pour ce qui est des demandes présentées en vertu du pouvoir général d'interdire la publication, le tribunal serait tenu, avant de rendre une ordonnance de non-publication, de déterminer s'il y a lieu d'en donner avis aux tiers éventuellement intéressés et, si tel est le cas, de donner des instructions quant à la forme que doit prendre l'avis, y compris les délais. Il n'y aurait aucune mention de la qualité pour agir, et le droit actuel s'appliquerait.
- (iv) Les demandes de non-publication seraient présentées au tribunal de première instance s'il est déjà désigné ou au tribunal du niveau où l'affaire est entendue si le niveau de cour est établi par la loi. S'il est impossible de déterminer avec certitude le niveau du tribunal où l'accusé subira son procès, la demande est présentée au juge de la cour supérieure, c'est-à-dire la plus haute instance pouvant entendre l'affaire.

## Responsabilité et peines

Cette section traiterait de la responsabilité découlant du non-respect d'une ordonnance de non-publication. Dans le cadre de cette section ou de celle renfermant les définitions, les dispositions actuelles seraient modifiées de façon à interdire à quiconque de mettre à la disposition du public de quelque façon que ce soit des renseignements visés par une ordonnance de non-publication.

Quiconque, personne physique ou morale, qui aurait enfreint une interdiction de publication serait tenu d'établir qu'il a pris des mesures raisonnables pour s'assurer qu'il n'y avait pas interdiction de publication, compte tenu de la nature de l'affaire, pour se dégager de sa responsabilité.

Il existe, à l'heure actuelle, un grand écart entre les peines pouvant être infligées pour violation des ordonnances de non-publication. Il semblerait donc justifier, en l'occurrence, de créer une infraction d'application générale pour laquelle la Couronne pourrait tenter des poursuites soit par voie de mise en accusation soit par procédure sommaire. Il faudrait par ailleurs augmenter l'amende maximale pouvant être infligée aux entreprises pour violation d'une ordonnance de non-publication de façon que l'amende en question ne constitue pas pour elles une simple dépense d'affaires. Pour la même raison et pour aider à absorber les dépenses considérables que pourraient entraîner pour le système de justice les violations d'ordonnance de non-publication, le tribunal aurait le pouvoir d'adjuger les dépens.

## Appels

Cette section ne s'appliquerait qu'aux ordonnances de non-publication obligatoires et prévoirait la possibilité d'en appeler des ordonnances de non-publication à la Cour d'appel provinciale, avec autorisation d'appel, peu importe qu'elles aient été rendues dans le cadre de poursuites intentées par voie de mise en accusation ou par procédure sommaire.

## Proposition:

Il est recommandé de modifier le Code criminel de façon à y inclure une partie distincte traitant exclusivement des ordonnances de non-publication. Cette partie renfermerait tous les articles actuellement en vigueur ainsi que les nouvelles dispositions ajoutées au Code relatives aux ordonnances de non-publication et serait organisée suivant la structure susmentionnée. Elle inclurait les dispositions sur les ordonnances de non-publication obligatoires, les ordonnances de non-publication discrétionnaires expressément prévues, le pouvoir discrétionnaire général d'ordonner l'interdiction de publication ainsi que sur la procédure y afférente, notamment en matière d'appel.

## RÉSUMÉ DES PROPOSITIONS

1. Les paragraphes 486(3) et 486(4) du Code criminel doivent être préservés sous leur forme actuelle.
2. Le paragraphe 486(1) doit être préservé sous sa forme actuelle.
3. L'article 487.2 doit être préservé sous sa forme actuelle.
4. Les articles 517 et 539 doivent être modifiés par la suppression de l'interdiction impérative de publication lorsque la demande émane de l'accusé.
5. Le Code criminel doit être modifié pour permettre le dépôt d'une demande d'ordonnance de non-publication avant le procès. L'article devrait exiger que le juge de première instance entende la demande et que ce sera seulement dans l'éventualité où il n'a pas été désigné que la demande sera entendue par un juge de la cour supérieure de la province.
6. Le Code criminel doit être modifié pour inclure une disposition permettant à la partie qui demande une ordonnance de non-publication en matière criminelle de demander la délivrance d'une ordonnance d'instructions ex parte qui identifierait, le cas échéant, les médias du district judiciaire qui doivent être avisés. L'article en question pourrait également préciser, d'une part, que les avis

nécessaires auront été donnés si cette mesure est respectée, et d'autre part, que les autres médias qui désirent être entendus devront comparaître devant le juge présidant l'audience et demander l'autorisation de se faire entendre.

7. Aucune règle spéciale ne doit être prescrite quant à la qualité pour agir des tierces parties à l'égard de demandes d'ordonnance de non-publication. Si une partie qui n'a pas reçu directement avis d'une telle demande comparait à l'audience, sa capacité de participer et l'étendue de sa participation, le cas échéant, doivent être évaluées conformément aux règles de droit en vigueur concernant la qualité pour agir des tiers.

8. Le Code criminel doit être modifié pour faire en sorte que l'appel d'une ordonnance de non-publication puisse être interjeté à la cour d'appel de la province sur autorisation, peu importe que le litige soit un acte criminel ou une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

9. Que les dispositions actuelles soient modifiées de façon à interdire à quiconque de rendre accessibles au public par quelque moyen les renseignements faisant l'objet d'une ordonnance de non-publication.

10. Qu'il ne soit pas permis à une personne accusée d'avoir contrevenu à une ordonnance de non-publication d'invoquer une excuse légitime.

11. Qu'il soit interdit à toute entreprise de presse ou de télécommunications de diffuser une information qu'elle sait ou aurait dû savoir être frappé d'une ordonnance de non-publication.

12. Que la personne qui contrevient à une ordonnance de non-publication redue en vertu d'un pouvoir conféré par le Code criminel ou par la common law soit passible d'une infraction punissable d'un emprisonnement de deux ans moins un jour par acte d'accusation et de six mois par procédure sommaire. Que soit haussée l'amende pouvant être imposée aux corporations.

13. Que le tribunal qui trouve une personne coupable d'avoir contrevenu à une ordonnance d'interdiction ait le pouvoir de l'obliger à rembourser aux parties les frais reliés aux procédures criminelles qu'un tel manquement leur a causé et qu'à cette fin le tribunal permettent aux parties de lui faire les représentation appropriées.

14. Le Code criminel doit être modifié pour inclure une partie traitant exclusivement des ordonnances de non-publication.

<hrdata-mce-alt="Jurisprudence" class="system-pagebreak" title="Jurisprudence" />

## JURISPRUDENCE

1. Procureur général (Nouvelle-Écosse) c. McIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175

2. B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 214

3. Blackman v. British Columbia Review Board, [1995] B.C.J. No. 95 (C.A.), le 24 janvier 1995, no du greffe de Vancouver CA017480

4. C.B.C. v. Dagenais (1993), 12 O.R. (3d) 239 (C.A.)

5. Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), C.S.C., le 29 mars 1996, no 24305, bulletin de la Cour suprême du Canada, 1996, à la p. 583
6. Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General) et. al. (1994), 32 C.R. (4th) 334 (C.A.N.-B.).
7. Canadian Newspapers Co. Ltd. v. Attorney General of Canada (1986), 28 C.C.C. (3d) 379 (C.B.R. Man.)
8. Canadian Newspapers Co. Ltd. v. Attorney General of Canada et deux autres actions (1986), 29 C.C.C. (3d) H.C.J. Ont.)
9. Canadian Newspapers Co. Ltd. c. Canada (Procureur général), [1988], 2 R.C.S. 122
10. Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835
11. Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326
12. L.L.A. v. A.B. (1995), 44 C.R. (4th) 91 (C.S.C.)
13. MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson (1995), 44 C.R. (4th) 277 (C.S.C.)
14. New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative) [1993] 1 R.C.S. 319
15. Québec (Procureur général) c. Publications Photo-Police Inc., [1990] 1 R.C.S. 851
16. Re Church of Scientology of Toronto and the Queen (No. 6) (1986) 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.)
17. Re Global Communications Ltd. and A.G. Can (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.)
18. R. c. Adams, [1995] 4 R.C.S. 707
19. R. v. Banville (1983), 3 C.C.C. (3d) 312 (C.B.R.N.-B.)
20. R. c. Beare, R. c. Higgins, [1988] 2 R.C.S. 387
21. R. c. Corbett, [1988], 1 R.C.S. 670
22. R. v. Clement (1821), 106 E.R. 918
23. R. c. Faid, [1983] 1 R.C.S. 265.
24. R. c. Keegstra, [1995], 2 R.C.S. 381
25. R. c. Laba, [1994] 3 R.C.S. 965
26. R. c. Laporte (1993), 84 C.C.C. (3d) 343 (C.A.Sask.)



27. R. c. L. (D.O.), [1993] 4 R.C.S. 419
28. R. v. O'Connor (1995), 103 C.C.C. (3d) (C.S.C.)
29. R. c. Primeau, [1995] 2 R.C.S. 60
30. R. v. Rodrigue (1995), 91 C.C.C. (3d) 129 (C.A.T.Y.)
31. R. v. Ryan (1991), 69 C.C.C. 93d) 226 (C.A.N.-É.)
32. R. v. Shafer, et al., [1994] 7 W.W.R 670 (C.A.Sask.); autorisation du pourvoi refusée [1994] 3 R.C.S. xi.
33. R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577
34. R. v. S.(R.J.), (1995), 36 C.R. (4th) 1 (C.S.C.).
35. R. v. Thomson Newspaper Ltd. et al. (sous la désignation R. v. Homolka), C.A. Ont., le 22 décembre 1994; autorisation du pourvoi refusé e C.S.C. no 24579, le 4 mai 1995, bulletin de la Cour suprême, à la p. 773.
36. R. v. T.S. (1993), 109 Sask. R. 96, 82 C.C.C. (3d) 352 (C.A.).
37. R. c. S.(T.), [1994] 3 R.C.S. 952
38. R. v. Warren, [1995] 3 W.W.R. 379 (C.S.T.N.-O.)
39. Saskatchewan (Attorney General) v. McConachie (1993), 109 Sask. R. 161 (C.A.).
40. Scott v. Scott, [1913] A.C. 417 (H.L.)
41. The Estate of Kirsten French et al. v. Attorney General of Ontario, [1996] O.J. No. 1300 (div. gén.), également désignée R. v. Bernardo re: French Estate v. Ontario (A.G.). <hrdata-mce-alt="Annexe I - Résumé des Dispositions du Code Criminel" class="system-pagebreak" title="Annexe I - Résumé des Dispositions du Code Criminel" />

#### ANNEXE I - DISPOSITIONS DU CODE CRIMINEL RELATIVES AUX ORDONNANCES DE NON-PUBLICATION

1. art. 185 - demande ex parte d'écoute électronique.
2. art. 187 - façon d'assurer le secret d'une demande d'écoute électronique.
3. art. 193 - divulgation de renseignements interceptés sans consentement - infraction - acte criminel - maximum de deux années d'incarcération.
4. art. 276.2 - agression sexuelle - demande visant à admettre des preuves relatives aux antécédents sexuels d'un plaignant - voir-dire à huis clos.

5. art. 276.3 - restriction sur la publication des antécédents sexuels d'un plaignant - infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.
6. par. 486(1) - procès à huis clos «dans l'intérêt de la moralité publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice».
7. par. 486(2) - infractions sexuelles - pouvoir discrétionnaire d'exclure le public.
8. par. 486(3) et (4) - ordonnance limitant la publication de l'identité de la victime d'une infraction sexuelle ou d'extorsion - infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.
9. art. 487.2 - ordonnance limitant la publication des détails d'une perquisition - infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité (jugée inconstitutionnelle par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba et par la Haute Cour de l'Ontario).
10. art. 488.1 - privilège des communications entre client et avocat relatif aux documents qui se trouvent en la possession de l'avocat.
11. art. 517 - interdiction de publier certaines choses pendant une audience de justification à moins que l'accusé ne soit libéré à la conclusion de l'enquête préliminaire ou à la fin du procès - infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.
12. al. 537(1)h - le juge peut exclure le public d'une enquête lorsqu'il lui paraît que «les fins de la justice seront ainsi mieux servies».
13. art. 539 - interdiction de publication de la preuve recueillie lors d'une enquête préliminaire - infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité
14. art. 542 - interdiction de publication de l'aveu ou des confessions de l'accusé lors de l'enquête préliminaire jusqu'à la libération ou la fin du procès - infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.
15. art. 648 - procès devant jury - interdiction de publication des procédures de première instance jusqu'à ce que le jury se retire pour délibérer - infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.
16. par. 520(9) - application de l'art. 517 dans le cadre de la révision d'une décision d'un juge visant le maintien en détention d'un accusé jusqu'au procès.
17. par. 521(10) - application de l'art. 517 à l'égard d'une demande présentée par la Couronne afin d'obtenir la révision d'une ordonnance de mise en liberté rendue par un juge.

## ANNEXE II - DISPOSITIONS PERTINENTES DU CODE CRIMINEL

---

Footnote: 1 Partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982, édictée comme l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, (R.-U.), 1982, ch. 11 (la «Charte»), art. 7 et al. 11d).

---

Footnote: 2 Par exemple, l'al. 11d) de la Charte prévoit que tout inculpé a le droit d'être jugé «par un tribunal indépendant et impartial et le droit à un procès public et équitable».

---

Footnote: 3 Pour un examen du droit à la protection de la vie privée inscrit à l'art. 7, voir : R. c. Beare; R. c. Higgins, [1988] 2 R.C.S. 387, aux p. 412 et 413, le juge La Forest. Le par. 486(4) du Code criminel du Canada reconnaît expressément l'intérêt de certains témoins, notamment les plaignants dans les affaires d'agression sexuelle et les enfants âgés de moins de 18 ans.

---

Footnote: 4 Dans l'affaire Canadian Broadcasting Corporation v. Dagenais (1993), 12 O.R., (3d) 239 (C.A.), le juge en chef Dubin signalait, à la p. 245, que «ce sont les tribunaux de common law qui ont tout d'abord reconnu, à titre de droit légal fondamental, le droit d'un accusé à un procès juste et équitable... vu l'absence de toute mesure législative à cet égard adoptée par le Parlement ou les assemblées législatives».

---

Footnote: 5 (1995), 1 R.C.S. 451.

---

Footnote: 6 [1982] 1 R.C.S. 175.

---

Footnote: 7 Id., à la p. 183.

---

Footnote: 8 Précité, note 4, à la p. 244.

---

Footnote: 9 L.C. 1960, ch. 44. On a qualifié cette loi d'instrument quasi constitutionnel; voir : Hogan c. La Reine, [1975], 2 R.C.S. 574. Le juge Laskin déclarait que «[L]a Déclaration canadienne des droits est à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la common Law et un système constitutionnel; on peut à juste titre la déclarer comme document quasi constitutionnel», (à la p. 597). Selon le par. 5(2), la Déclaration canadienne des droits ne s'applique qu'aux lois et institutions fédérales. Voir : Hogg, Constitutional Law of Canada, (3e éd. feuilles mobiles), tome II, aux p. 32 et 33.

---

Footnote: 10 [1988] 2 R.C.S. 122.

---

Footnote: 11 Id., à la p. 129.

---

Footnote: 12 [1989] 2 R.C.S. 1326.

---

Footnote: 13 R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 30.

---

Footnote: 14 Id., à la p. 1336.

---

Footnote: 15 Id., à la p. 1339.

---

Footnote: 16 Id., à la p. 1340.

---

Footnote: 17 [1993] 1 R.C.S. 319.

---

Footnote: 18 Id., à la p. 406.

---

Footnote: 19 [1995] B.C.J. no 95 (C.A.), le 24 janvier 1995, no du greffe de Vancouver CA017480.

---

Footnote: 20 Id., au par. 38.

---

Footnote: 21 Anderson, «The Open Court and a Free Press: A View from the Bench» (1994), 24 L.S.U.C., Gazette 64, à la p. 66.

---

Footnote: 22 [1994] 3 R.C.S. 835.

---

Footnote: 23 [1994] 3 R.C.S. 952.

---

Footnote: 24 Précité, note 4.

---

Footnote: 25 Voir : R. v. T.S. (1993), 109 Sask. R. 96, 82 C.C.C. (3d) 352 (C.A.).

---

Footnote: 26 [1993] 3 R.C.S. v.

---

Footnote: 27 Précité, note 22, à la p. 894.

---

Footnote: 28 Id., à la p. 881.

---

Footnote: 29 Id., à la p. 877.

---

Footnote: 30 Id., à la p. 878.

---

Footnote: 31 Précité, note 10.

---

Footnote: 32 Précité, note 11.

---

Footnote: 33 Précité, note 22, à la p. 891.

---

Footnote: 34 Id.

---

Footnote: 35 Id., à la p. 891.

---

Footnote: 36 Id., aux p. 884 à 887.

---

Footnote: 37 Id., à la p. 886. Des problèmes particuliers se posent en ce qui a trait aux publications trans-frontières et les juges de première instance apportent leurs propres solutions. Par exemple, il est intéressant de signaler que le juge en chef adjoint LeSage, le juge de première instance dans l'affaire R. c. Paul Bernardo, a averti les médias américains qu'ils leur refuserait l'entrée dans la salle d'audience pour la durée du procès s'ils décidaient de publier les détails des questions traitées en l'absence du jury : The Globe and Mail, «Phone call followed missed curfew, trial told», 24 mai 1995, p. A-3.

---

Footnote: 38 R. v. Thomson Newspapers Ltd., et al. (sous la désignation R. v. Homolka), C.A. Ont., 22 décembre 1994, autorisation du pourvoi refusée, no du greffe de la Cour suprême 24579, le 4 mai 1995, Bulletin de la C.S.C. p. 773. Dans cette décision, la Cour d'appel a rejeté l'appel des médias par suite de l'ordonnance du juge Kovac restreignant la publication des procédures dans R. v. Homolka, jusqu'à l'issue du procès pour meurtre de l'époux co-accusé, Paul Bernardo.

---

Footnote: 39 Id., à la p. 881. Un commentateur a proposé, par la suite, une autre option, savoir la suspension des procédures. W. Ian C. Binnie, c.r., procureur de la Société Radio-Canada dans l'affaire Dagenais, propose que dans certaines circonstances exceptionnelles «il pourrait être plus important de publier la nouvelle que de tenir un procès». Il a expliqué que «dans une situation où les médias publient généralement des nouvelles au sujet d'allégations de corruption du gouvernement, de récompenses et de pot-de-vin, la cour pourrait décider de suspendre le procès d'un individu en cause, et donner la préférence à l'information du public» : «S.C.C. lays down law on publication bans», The Lawyers Weekly, 6 janvier 1995, p. 16. Il faut se demander si une telle solution servirait vraiment l'intérêt public.

---

Footnote: 40 Précité, note 22, à la p. 891.

---

Footnote: 41 Voir, plus particulièrement : R. v. Clement, (1821) 106 E.R. 918; Scott v. Scott, [1913] A.C. 417 (C.L.) et Re Church of Scientology of Toronto and the Queen (No. 6), (1986) 27 C.C.C.

(3d) 193 (H.C. Ont.), aux p. 206 à 208.

---

Footnote: 42 Précité, note 23.

---

Footnote: 43 Précité, note 38.

---

Footnote: 44 Au moins une cour de première instance a rendu une ordonnance de ce type après l'affaire Dagenais. Dans l'affaire R. v. Warren, [1995] 3 W.W.R. 379 (C.S. T.N.-O.), le juge en chef de Weerdt a imposé certaines conditions à l'égard de la publication des pièces présentées lors du procès pour meurtre de Roger Warren jusqu'à l'issue des procédures intentées contre l'accusé et des appels.

---

Footnote: 45 Précité, note 22, à la p. 881.

---

Footnote: 46 Voir par exemple : R. c. Faid, [1983] 1 R.C.S. 265 et R. c. L.(D.O.), [1993] 4 R.C.S. 419.

---

Footnote: 47 Voir par exemple : B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. et MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson (1955), 44 C.R. (4th) 277 (C.S.C.).

---

Footnote: 48 Dans l'affaire R. c. Adams, [1995] 4 R.C.S. 707, la Cour a statué qu'une ordonnance de non-publication délivrée en vertu du paragraphe 486(4) ne pouvait pas être annulée sans le consentement de la Couronne et du plaignant, aux p. 723 et 724. La Cour s'est dit d'avis qu'une interdiction révocable ne pouvait procurer la certitude nécessaire pour encourager les victimes d'infractions sexuelles à dénoncer les auteurs des infractions à la police, ce qui était le but du Parlement lorsqu'il a adopté cet article.

---

Footnote: 49 Précité, note 10.

---

Footnote: 50 Id., à la p. 134.

---

Footnote: 51 (1995), 103, C.C.C.(3d) 1 (C.S.C.) à la p. 24, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka citant (en y souscrivant) l'arrêt R. v. Ryan (1991), 69 C.C.C. (3d) 226 (C.A. N.-É.), à la p. 230.

---

Footnote: 52 C.S.C., le 29 mars 1996, no du greffe 24305, Bulletins de la Cour suprême du Canada, 1996, à la p. 583.

---

Footnote: 53 Id., à la p. 584.

---

Footnote: 54 C.B.C. v. New Brunswick (Attorney General) et. al. (1994), 32 C.R. (4th) 344 (C.A. N.-B.), à la p. 338, le juge Hoyt (le juge Turnbull y souscrivant) approuvant (1993), 143 N.B.R. (2d) 174 (C.B.R.), le juge Landry. Le troisième juge d'appel, le juge Anger, a également confirmé la constitutionnalité du paragraphe 486(1) au motif qu'il ne portait aucunement atteinte à l'al. 2b). À son avis, il n'était pas nécessaire de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier de la Charte.

---

Footnote: 55 Beare, précité, à la note 3.

---

Footnote: 56 Voir par exemple : Bearegard c. Canada [1986] 2 R.C.S. et P.(J), précité.

---

Footnote: 57 (1993), 109 Sask. R. 161 (C.A.).

---

Footnote: 58 Id., à la p. 163.

---

Footnote: 59 [1996] O.J. No. 1300 (div. gén.) aussi désigné R. Bernardo re: French Estate v. Ontario (A.G.).

---

Footnote: 60 Id., annexe B, tableau 2.

---



Footnote: 61 Id.

---

Footnote: 62 Id., aux par. 42 et 46.

---

Footnote: 63 Voir : Canadian Newspapers Co. Ltd. v. Attorney General of Canada (1986), 28 C.C.C. (3d) 379 (C.B.R. Man.) et Canadian Newspapers C. Ltd. v. Attorney General of Canada and two other actions (1986), 29 C.C.C. (3d) 203 (H.C.J. Ont.).

---

Footnote: 64 R. v. Schafer, et al., [1994] 7 W.W.R. 670 (C.A. Sask.); autorisation du pourvoi refusée [1994] 3 R.C.S. xi.

---

Footnote: 65 Voir le par. 517 du Code criminel.

---

Footnote: 66 Al. 517(1)a) et b).

---

Footnote: 67 (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.).

---

Footnote: 68 (1983), 3 C.C.C. 93d) 312 (C.B.R. N.-B.).

---

Footnote: 69 Voir particulièrement : R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603, et R. c. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745, le juge LaForest étant dissident quant à l'issue.

---

Footnote: 70 Précité, note 22, à la p. 870.

---

Footnote: 71 Id.. La Cour d'appel de la Saskatchewan avait suggéré aussi cette approche pour le choix de l'instance appropriée dans l'affaire McConachie, précité, note 57, à la p. 163, le juge Tallis.

---

Footnote: 72 Voir par exemple : R. v. Laporte (1993), 84 C.C.C. (3d), 343 (C.A. Sask.) et R. v. Rodrigue (1995), 91 C.C.C. (3d) 129 (C.A. T.Y).

---

Footnote: 73 Précité, note 22, à la p. 868.

---

Footnote: 74 Id., à la p. 869.

---

Footnote: 75 Id., à la p. 869.

---

Footnote: 76 Id., à la p. 872.

---

Footnote: 77 Id., à la p. 868.

---

Footnote: 78 Voir particulièrement : R. c. Primeau, [1995] 2 R.C.S. 60; R. c. Laba, [1994] 3 R.C.S. 965; R. c. Keegstra, [1995] 2 R.C.S. 381; Adams, précité, note 48, et L.L.A. v. A.R. (1995), 44 C.R. (4th) 91 (C.S.C.).

---

Footnote: 79 Primeau, id., à la p. 68.

---

Footnote: 80 Id., à la p. 69.

---

Footnote: 81 S.(T.), précité note 23, à la p. 961.

---

Footnote: 82 Précité, note 22, à la p. 861.

---

Footnote: 83 Id., à la p. 861.

---

Footnote: 84 Id., à la p. 858.

---

Footnote: 85 Id., la juge McLachlin, dans son opinion distincte, où elle souscrit aux motifs du juge en chef, exprime le même souhait de réforme législative que ce dernier aux p. 947 et 948 :

Comme lui, je fais appel au législateur pour qu'il prévoie des réparations claires et compatibles fondées sur la Charte et établisse un juste équilibre entre, d'une part, les droits de ceux qui allèguent que les droits que leur garantit la Charte ont été violés et, d'autre part, le droit du particulier et du public à ce que les procès criminels se déroulent rapidement et sans interruption.

---

Footnote: 86 L.L.A. c. A.B., précité, note 78, aux p. 105 et 106, la juge L'Heureux-Dubé.

---

Footnote: 87 Voir par exemple : L.L.A., id., p. 97, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, et, aux p. 104-106, la juge L'Heureux-Dubé.

---

Footnote: 88 Il s'agit clairement de l'option privilégiée par le juge LaForest dans l'affaire Dagenais, précité, note 22, à la p. 894. Comparons la situation avec celle de l'Angleterre, où le par. 4(2) de la Contempt of Court Act, 1981 (U.K.), ch. 49, permet à une cour de délivrer une ordonnance de non-publication lorsque celle-ci semble être nécessaire pour éviter un risque grave de déconsidérer l'administration de la justice dans ces procédures ou toute autre procédure en instance ou imminente. Un appel d'office à la Cour d'appel sur autorisation est prévu à l'al. 159(1)a) de la Criminal Justice Act 1988, 1988 (U.K.), ch. 33, qui énonce également que la décision de la Cour d'appel est finale.

---

Novembre 1996