

The Vancouver Sun *Appellant*

v.

Attorney General of Canada, Attorney General of British Columbia, “The Named Person”, Ajaib Singh Bagri and Ripudaman Singh Malik *Respondents*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: VANCOUVER SUN (RE)

Neutral citation: 2004 SCC 43.

File No.: 29878.

2003: December 10; 2004: June 23.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Terrorism — Investigative hearings — Open court principle — Level of secrecy applicable to judicial investigative hearing proceedings — Whether Crown’s application for order for investigative hearing properly heard in camera — Whether existence of order for investigative hearing ought to have been secret — Whether hearing for determining constitutional validity of investigative hearing provision and validity of order for investigative hearing should have been conducted in camera — Whether investigative hearing must be held in camera — Applicability of Dagenais/Mentuck test — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.28.

B and M were jointly charged with several offences in relation to the explosion of Air India Flight 182 and the intended explosion of Air India Flight 301. Shortly after the beginning of their trial, the Crown brought an *ex parte* application seeking an order that a Named Person, a potential Crown witness at the Air India trial, attend a judicial investigative hearing for examination pursuant to s. 83.28 of the *Criminal Code*. The application judge granted the order and set a number of terms and

The Vancouver Sun *Appellant*

c.

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

et

Procureur général de l’Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : VANCOUVER SUN (RE)

Référence neutre : 2004 CSC 43.

N° du greffe : 29878.

2003 : 10 décembre; 2004 : 23 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

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

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

conditions to govern the conduct of the investigative hearing, among others, the hearing was to be conducted *in camera* and notice of the hearing was not to be given to the accused in the Air India trial, to the press or to the public. Counsel for the accused became aware of the proceedings and the application judge held that they could make submissions on the validity of the initial order to the judge presiding over the s. 83.28 hearing. The presiding judge began to hear the accused's submissions and a challenge to the constitutional validity of s. 83.28 by the Named Person *in camera*. A reporter of the Vancouver Sun, who had recognized lawyers from the Air India trial entering a closed courtroom, was denied access to the proceedings. The Vancouver Sun filed a notice of motion before the hearing judge seeking an order that the court proceedings be open to the public and that its counsel and a member of its editorial board, upon filing an undertaking of confidentiality, be provided with access to the pleadings and all materials from the proceedings to date. Prior to hearing the motion, the hearing judge concluded, *in camera*, that the initial s. 83.28 order had been validly issued and that s. 83.28 was constitutionally sound. She varied the initial order to permit counsel for the accused to attend the investigative hearing and examine the Named Person under certain conditions. She ordered that her judgment was to be sealed until the conclusion of the hearing or the making of any contrary order of the court. When the courtroom was finally opened to the public, the hearing judge delivered, in open court, a synopsis of her reasons for judgment. The Vancouver Sun then made its motion, which was dismissed. The Vancouver Sun was granted leave to appeal to this Court from the order dismissing its motion.

Held (Bastarache and Deschamps JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part and the order made by the hearing judge varied.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and Fish JJ.: Section 83.28 of the *Criminal Code* must be interpreted consistently with the Preamble to the *Anti-terrorism Act* and the fundamental characteristics of a judicial process, including the open court principle. This principle, a hallmark of democracy and a cornerstone of the common law, guarantees the integrity of the judiciary and is inextricably linked to the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The open court principle, which should not be presumptively displaced in favour of an *in camera* process, extends to all judicial proceedings, and the *Dagenais/Mentuck* test should be applied to all

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

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

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

discretionary judicial decisions that limit freedom of expression by the press.

In the context of s. 83.28, one must distinguish between an application for an investigative hearing and the holding of that hearing. The application for an order that such a hearing be held to gather information is procedurally similar to the application for a search warrant or for a wiretap authorization. Section 83.28(2) provides that applications are *ex parte*, and by their nature, they must be *in camera*. There is no express provision, however, for any part of the investigative hearing to be *in camera*. This hearing requires full judicial participation in the conduct of the hearing itself, and the proper balance between investigative imperatives and openness will best be achieved through the discretion granted to judges to impose terms and conditions on the conduct of a hearing under s. 83.28(5)(e). In exercising that discretion, judges should reject the presumption of secret hearings. Parliament chose hearings of a judicial nature and they must contain as many of the guarantees and indicia that come from judicial involvement as is compatible with the task at hand. The presumption of openness should thus be displaced only upon proper consideration of the competing interests at every stage of the process. The existence of an order, and as much of its subject-matter as possible, should be made public unless, under the balancing exercise of the *Dagenais/Mentuck* test, secrecy becomes necessary.

In this case, the level of secrecy was unnecessary. While the s. 83.28(2) application was properly heard *ex parte* and *in camera*, there was no reason to keep secret the existence of the order or its subject-matter. The identity of the Named Person was properly kept confidential in light of the position taken by the Named Person at that stage, but that should have been subject to revision by the hearing judge. Since a potential Crown witness in the Air India trial was the subject of the investigative order, third party interests ought to have been considered and notice should have been given promptly to counsel for the accused in the Air India trial. As much information about the Named Person's constitutional challenge as could be revealed without jeopardizing the investigation should have been made public, subject, if need be, to a total or partial publication ban. The constitutional challenge should not have been conducted *in camera* since much of it could have been properly argued without the details of

procédures judiciaires. Le critère de *Dagenais/Mentuck* doit s'appliquer à tout exercice judiciaire de pouvoir discrétionnaire tendant à restreindre la liberté de la presse.

Dans le contexte de l'art. 83.28, il faut distinguer entre une demande d'investigation judiciaire et la tenue de l'investigation. La demande visant à obtenir une ordonnance d'investigation judiciaire autorisant la recherche de renseignements est similaire, sur le plan de la procédure, à la demande de mandat de perquisition ou d'autorisation d'écoute électronique. Selon le par. 83.28(2), la demande est présentée en l'absence de toute autre partie et sa nature même commande le huis clos. Toutefois, aucune disposition ne prévoit expressément le huis clos pour quelque partie que ce soit de l'investigation. En revanche, l'investigation exige que le tribunal participe pleinement à son déroulement. L'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet aux juges d'imposer des modalités quant au déroulement de l'investigation prévue à l'al. 83.28(5)e) constitue le meilleur moyen d'établir un juste équilibre entre les impératifs de l'enquête et le principe de la publicité des procédures judiciaires. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les juges devraient rejeter la présomption que les investigations doivent se tenir dans le secret. Le Parlement a choisi de donner aux investigations une nature judiciaire; celles-ci doivent donc comporter autant de garanties et d'indices découlant de l'intervention judiciaire que le permet le dossier. La présomption de publicité des procédures ne devrait donc être écartée qu'après un examen judiciaire des intérêts opposés à chaque étape du processus. L'existence d'une ordonnance et, autant que possible, l'objet du dossier devraient être rendus publics, à moins que la pondération selon le critère de *Dagenais/Mentuck* n'exige le secret.

Le niveau de secret était trop élevé en l'espèce. Même si la demande fondée sur le par. 83.28(2) a été, à juste titre, entendue en l'absence de toute autre partie et à huis clos, il n'y avait aucune raison de garder secrets l'existence de l'ordonnance ou son objet. Étant donné la position adoptée à ce stade par la personne désignée, c'est à juste titre qu'on avait préservé la confidentialité de son identité, mais cette décision aurait dû faire l'objet d'une révision par la juge de l'audience. Comme un éventuel témoin à charge dans le procès Air India faisait l'objet d'une ordonnance d'investigation, il aurait fallu prendre en considération les droits des tiers et aviser sans délai les avocats des accusés. Autant que possible, les renseignements concernant la contestation constitutionnelle par la personne désignée qui pouvaient être divulgués sans compromettre l'investigation auraient dû l'être, sous réserve, au besoin, d'une ordonnance de non-publication totale ou partielle. L'audition de la contestation

the information submitted to the application judge being revealed.

The Named Person now takes the position that the investigative hearing should be public, and the only factors now favouring secrecy relate to the protection of an ongoing investigation or other vital but unstated reasons. In a case in which so much of the information relating to the offence is already in the public domain, and in which recourse to an investigative hearing is sought in the midst of an ongoing non-jury trial, the case for extensive secrecy is a difficult one to make and was not made out here. Accordingly, the name of the Named Person should be made public and the order made by the hearing judge should be varied so that the investigative hearing is held in public, subject to any order of the hearing judge that the public be excluded and/or that a publication ban be put in place regarding aspects of the anticipated evidence to be given by the Named Person. At the end of the investigative hearing, the hearing judge should review the need for any secrecy and release publicly any gathered information that can be made public without unduly jeopardizing the interests of the Named Person, third parties or the investigation.

Per LeBel J.: Subject to the comments in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, there is agreement with the reasons of the majority and with their proposed disposition.

Per Bastarache and Deschamps JJ. (dissenting in part): Although openness of judicial proceedings is the rule and covertness the exception, where the rights of third parties would be unduly harmed and the administration of justice rendered unworkable by the presence of the public, a court may sit *in camera*. Such is normally the case for investigative proceedings under s. 83.28 of the *Criminal Code*. There is a legitimate law enforcement interest in maintaining the confidentiality of a witness's identity and testimony, since the premature disclosure of information about a terrorism offence would compromise and impede the very investigation of the information gathered at the hearing and would normally render the s. 83.28 proceedings ineffective as an investigative tool. The police cannot gather information and act upon it at the same time it is disseminated to the public and the media. With respect to third parties, the confidentiality of the investigative hearing will protect the innocent from unreliable and untruthful testimony, and confidentiality will encourage witnesses to come forward and be honest. Furthermore, the disclosure of a witness's identity may place that person at serious risk of harm from suspects or

constitutionnelle n'aurait pas dû se dérouler à huis clos, car il était possible de présenter convenablement une grande partie des arguments sans révéler les détails des renseignements présentés au juge saisi de la demande.

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

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

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

their allies. The same can be said for third parties identified by the witness as having information to provide. Without knowing what information will be revealed at the investigative hearing, it is not possible to evaluate the risk to third parties' rights and to the proper administration of justice. Consequently, the *Dagenais/Mentuck* test cannot guide a judge's discretion under s. 83.28 to order an *in camera* investigative hearing. Under that test, a convincing evidentiary basis for denial of access is generally necessary to rebut the presumption of open courts. This framework is not appropriate because it is only after the information and evidence has been gathered by the Crown at the investigative hearing that the presiding judge will be able to balance the competing interests at stake and release non-prejudicial information. Since openness is the presumption, the person who wishes to deny the right of public access after the investigative hearing has the burden of proof and must satisfy the *Dagenais/Mentuck* test.

The fact that the investigative hearing was about the constitutional validity of s. 83.28 did not make the open court principle more compelling, because the constitutional challenge could not realistically be separated from the actual investigative hearing. Nor would advance notice to the media have served any useful purpose.

Cases Cited

By Iacobucci and Arbour JJ.

Referred to: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, aff'g [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75.

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

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

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Arbour

Arrêts mentionnés : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, conf. [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75.

By LeBel J.

Referred to: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42.

By Bastarache J. (dissenting in part)

Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre, [1982] 1 S.C.R. 175; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Southam Inc. v. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267; *R. v. A*, [1990] 1 S.C.R. 992; *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3; *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, Preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2, 83.28 [ad. 2001, c. 41, s. 4], 83.31, 83.32(1), 486(1).

Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Supreme Court, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330, dismissing an application for access to the proceedings and for a declaration that proceedings should not be *in camera*. Appeal allowed in part, Bastarache and Deschamps JJ. dissenting in part.

Robert S. Anderson and Ludmila B. Herbst, for the appellant.

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

Dianne Wiedemann and Mary T. Ainslie, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

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

Citée par le juge LeBel

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

Citée par le juge Bastarache (dissent en partie)

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

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2, 83.28 [aj. 2001, ch. 41, art. 4], 83.31, 83.32(1), 486(1).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, préambule.

Doctrine citée

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

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

Robert S. Anderson et Ludmila B. Herbst, pour l’appellant.

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

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

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

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

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

Michael Bernstein and Sandy Tse, for the intervener.

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

IACOBUCCI AND ARBOUR JJ. —

I. Introduction

¹ This appeal is a companion to *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 (the “constitutional appeal”), released concurrently. For a comprehensive review of all of the issues on the constitutionality and application of s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (as amended by the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41), the constitutional appeal should be read first.

² The judicial investigative hearing provided for in s. 83.28 of the *Code* is a procedure with no comparable history in Canadian law. It provides essentially that a peace officer, with the prior approval of the Attorney General, may apply *ex parte* to a judge for an order for “the gathering of information”. The gathering of information is in relation to a terrorism offence, which is described in s. 2 of the *Code*. The information to be gathered relates both to the circumstances of the offence and the whereabouts of possible suspects. If satisfied that proper grounds have been established, the court may order the attendance of a person for examination under oath before a judge, and the person must remain in attendance and answer questions put to him or her by the Attorney General or his agent. Although the person who is the subject of the order cannot refuse to answer a question on the ground that it may incriminate him or her or subject him or her to any proceeding or penalty, his or her answers receive full direct and derivative use immunity. The person has the right to retain and instruct counsel, and the judge has a wide discretion

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

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

Michael Bernstein et Sandy Tse, pour l’intervenant.

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

LES JUGES IACOBUCCI ET ARBOUR —

I. Introduction

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

L’investigation judiciaire prévue à l’art. 83.28 du *Code* est une procédure sans précédent dans l’histoire du droit canadien. Elle prévoit essentiellement qu’un agent de la paix, avec le consentement préalable du procureur général, peut demander à un juge, en l’absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance autorisant « la recherche de renseignements ». La recherche de renseignements se rapporte à une infraction de terrorisme, définie à l’art. 2 du *Code*. Les renseignements recherchés se rapportent tant aux circonstances de l’infraction qu’au lieu où se trouvent les suspects. Si le tribunal est convaincu que des motifs légitimes sont établis, il peut ordonner à une personne de se présenter devant un juge pour l’interrogatoire sous serment, et cette personne doit demeurer présente pour répondre aux questions du procureur général ou de son représentant. La personne visée par l’ordonnance ne peut refuser de répondre aux questions pour la raison que la réponse peut l’incriminer ou l’exposer à quelque procédure ou pénalité, mais ses réponses bénéficient d’une immunité totale contre l’utilisation de la

to impose terms and conditions to protect the person named in the order, third parties, as well as the integrity of ongoing investigations.

In our view, this unique judicial procedure must be interpreted and applied in light of the two following principles:

1. The interpretation of s. 83.28 must be guided by the Preamble to the *Anti-terrorism Act*, which amended the *Criminal Code* to include s. 83.28. The Preamble stresses the imperatives of an effective response to terrorism as well as a continued commitment to the values and constraints of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
2. Section 83.28 should be interpreted in a manner consistent with the fundamental characteristics of a judicial process insofar as the section contemplates a judicial proceeding.

The issue in this appeal deals with the level of secrecy with which the judicial investigative hearing was conducted. We have concluded that the open court principle is a fundamental characteristic of judicial proceedings, and that it should not be presumptively displaced in favour of an *in camera* process. The need to close the courtroom doors for the whole or parts of the judicial investigative hearing is governed by the principles expressed in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76.

II. The Facts

The judicial investigative hearing relates to two alleged acts of terrorism that occurred on June 23, 1985. An explosion caused the deaths of two baggage handlers and injured four others at the Narita Airport in Japan. A second explosion caused Air India Flight 182 to crash off the west coast of Ireland, causing the death of all 329 passengers and crew.

preuve et de la preuve dérivée. Elle a le droit d'engager un avocat et de lui donner des instructions, et le juge jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour imposer des modalités quant à la protection de la personne visée ou des tiers et quant à l'intégrité des enquêtes en cours.

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

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

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

II. Les faits

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

3

4

5

6 On February 4, 1988, the first accused, Inderjit Singh Reyat, was arrested in England where he was living with his family. Mr. Reyat was extradited to Canada on December 13, 1989, to face a number of charges relating to the explosion at Narita Airport. On May 10, 1991, he was convicted on seven counts: *R. v. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (S.C.).

Le 4 février 1988, le premier accusé, Inderjit Singh Reyat, a été arrêté en Angleterre, où il vivait avec sa famille. M. Reyat a été extradé au Canada le 13 décembre 1989 afin de répondre à de nombreuses accusations se rapportant à l'explosion survenue à l'aéroport de Narita. Le 10 mai 1991, il a été déclaré coupable relativement à sept chefs d'accusation : *R. c. Reyat*, [1991] B.C.J. No. 2006 (QL) (C.S.).

7 On October 27, 2000, Ripudaman Singh Malik and Ajaib Singh Bagri were jointly charged with respect to both explosions and the intended explosion of Air India Flight 301. A few months later, on March 8, 2001, a direct indictment was filed against the accused, Mr. Malik and Mr. Bagri, and on June 5, 2001, a new indictment was filed, adding a third accused, Mr. Reyat. Mr. Reyat plead guilty on February 10, 2003, to a new indictment that charged him with aiding or abetting the construction of the explosive device that was placed on Air India Flight 182. He was sentenced to five years imprisonment in addition to the time already spent in custody.

Le 27 octobre 2000, Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri ont été inculpés conjointement relativement aux deux explosions et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Quelques mois plus tard, le 8 mars 2001, une mise en accusation directe a été portée contre les accusés, MM. Malik et Bagri, et le 5 juin 2001, un nouvel acte d'accusation a été déposé, ajoutant un troisième accusé, M. Reyat. Ce dernier a plaidé coupable le 10 février 2003 à la suite du dépôt d'un nouvel acte d'accusation l'inculpant d'avoir aidé ou encouragé à fabriquer la bombe placée à bord du vol 182 d'Air India. Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, en plus du temps de détention avant condamnation.

8 Following Mr. Reyat's guilty plea to a charge of manslaughter in February 2003, Mr. Malik and Mr. Bagri re-elected, before Josephson J. of the Supreme Court of British Columbia, to be tried by a judge alone. The trial of Mr. Malik and Mr. Bagri (the "Air India Trial") commenced on April 28, 2003 and continues to this date.

À la suite du plaidoyer de culpabilité de M. Reyat à l'accusation d'homicide involontaire coupable en février 2003, MM. Malik et Bagri ont fait savoir au juge Josephson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qu'ils choisissaient maintenant d'être jugés devant un juge seul. Le procès de MM. Malik et Bagri (le « procès Air India ») a commencé le 28 avril 2003 et se poursuit toujours.

9 On May 6, 2003, the Crown applied to a judge *ex parte* for a s. 83.28 order to gather information regarding the Air India offences from the Named Person. Dohm A.C.J. of the British Columbia Supreme Court issued the s. 83.28 order for a judicial investigative hearing on the strength of an affidavit by a member of the RCMP's Air India Task Force. He directed the hearing to be held *in camera* and no notice was given to the accused in the Air India Trial, to the press, or to the public. He also prohibited the Named Person from disclosing

Le 6 mai 2003, le ministère public a demandé à un juge, en l'absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance fondée sur l'art. 83.28 autorisant la recherche, auprès de la personne désignée, de renseignements sur les infractions se rapportant à l'affaire Air India. Le juge en chef adjoint Dohm de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a prononcé l'ordonnance fondée sur l'art. 83.28 autorisant la tenue d'une investigation judiciaire sur la foi de l'affidavit d'un membre du Groupe de travail de la GRC sur l'écrasement de l'avion d'Air India. Il a

any information or evidence obtained at the hearing.

Sometime prior to May 20, 2003, when the hearing was to be held, counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri fortuitously became aware of the order and advised Dohm A.C.J. that they wished to make submissions. The Named Person retained counsel, and on June 16, 2003, Dohm A.C.J. was advised that the Named Person wished to challenge the constitutional validity of s. 83.28. Dohm A.C.J. directed that, seven days later, all submissions be heard by Holmes J. The constitutional challenge to s. 83.28 and the application to have the hearing order of Dohm A.C.J. set aside commenced on June 23, 2003. Neither the public nor the press was informed.

On June 27, 2003, the Air India Trial adjourned for the summer. That same day, Ms. Bolan from the Vancouver Sun recognized lawyers from the Air India trial and attempted to follow them into a closed courtroom where *in camera* proceedings were taking place. The trial list disclosed that “R v. I.*(conference)” was taking place before Holmes J. in courtroom 33. Ms. Bolan contacted counsel for the Vancouver Sun who knocked on the door of courtroom 33. Counsel was informed by a sheriff that the judge would not entertain a motion at that time for the proceedings to be opened to the public.

The Vancouver Sun then filed a Notice of Motion and a letter setting out the background with the Supreme Court of British Columbia and asked for an early date for its motion to be heard. The motion sought an order that counsel for the appellant and a member of the Vancouver Sun’s editorial board, upon filing an undertaking of confidentiality, be provided with access to the pleadings and all materials from the proceedings to date and for an order that

ordonné le huis clos, sans que les personnes inculpées dans le procès Air India, la presse ou le public en soient avisés. Il a également interdit à la personne désignée de communiquer les renseignements ou éléments de preuve obtenus lors de l’investigation judiciaire.

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

Le 27 juin 2003, le procès Air India a été ajourné pour l’été. Le même jour, M^{me} Bolan, du journal Vancouver Sun, a reconnu les avocats du procès Air India et a tenté de les suivre dans une salle d’audience fermée au public en raison de l’audience qui s’y tenait à huis clos. Le rôle d’audience indiquait que l’affaire [TRADUCTION] « R c. I.*(conférence) » avait lieu devant la juge Holmes dans la salle 33. M^{me} Bolan a communiqué avec l’avocat du Vancouver Sun, lequel a frappé à la porte de la salle 33. Un shérif a informé l’avocat que la juge n’était pas à ce moment-là disposée à entendre une requête visant à autoriser que les débats se déroulent en public.

Le Vancouver Sun a alors déposé auprès de la Cour suprême de la Colombie-Britannique un avis de requête et une lettre expliquant les faits et a demandé que sa requête soit entendue le plus tôt possible. La requête visait à obtenir une ordonnance autorisant l’avocat de l’appelant et un membre du comité de rédaction du Vancouver Sun, dès le dépôt de leur engagement de confidentialité, à avoir accès aux actes de procédure et à tout autre document

10

11

12

the court proceedings be open to the public. The Vancouver Sun was informed, on July 3, 2003, that Holmes J. would hear its application on July 23, 2003.

13 The hearing before Holmes J. continued *in camera*, and on July 21, 2003, she issued her reasons dismissing the application to set aside the s. 83.28 judicial investigative hearing. She did, however, vary the order of Dohm A.C.J. to allow counsel for Malik and Bagri to attend the investigative hearing with the right to cross-examine the Named Person, subject to the restriction that any information received was to be kept confidential by counsel and was not to be shared with the two accused. The Named Person immediately applied to Holmes J., who, on July 22, 2003, stayed the investigative hearing to September 2, 2003, so that the Named Person could seek leave to appeal to this Court. None of this was known to the public or press.

14 On July 22, 2003, the Vancouver Sun received a call from the registry of the British Columbia Supreme Court indicating that the hearing of its application had been delayed to 10 a.m. the following day, apparently to allow the s. 83.28 proceedings to continue *in camera* earlier in the morning. When the courtroom was finally opened to the public, the Vancouver Sun made its application to be allowed further access to pleadings and proceedings on the filing of an undertaking of confidentiality and for a declaration that s. 83.28 proceedings should not be *in camera*. The application was dismissed by Holmes J. on July 24, 2003: [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330.

15 Immediately prior to Vancouver Sun's application, Holmes J. delivered, in open court, a synopsis of her reasons for judgment dated July 21, 2003 in which she set out that the hearing before her had involved the constitutional validity of s. 83.28 and the validity of a s. 83.28 order for a judicial

relatif aux procédures qui étaient déjà au dossier, ainsi qu'une ordonnance autorisant que les procédures judiciaires soient ouvertes au public. Le 3 juillet 2003, le Vancouver Sun a été informé que la juge Holmes entendrait sa demande le 23 juillet 2003.

L'audience devant la juge Holmes s'est poursuivie à huis clos et, le 21 juillet 2003, elle a fait connaître les motifs de son jugement par lequel elle rejetait la demande visant l'annulation de l'investigation judiciaire ordonnée en vertu de l'art. 83.28. Elle a toutefois modifié l'ordonnance du juge en chef adjoint Dohm pour permettre aux avocats de MM. Malik et Bagri d'assister à l'investigation, avec droit de contre-interroger la personne désignée, à la condition qu'ils tiennent confidentiels les renseignements reçus et ne les communiquent pas aux deux accusés. La personne désignée a aussitôt présenté à la juge Holmes une requête visant la suspension des procédures; le 22 juillet 2003, la juge a suspendu l'investigation jusqu'au 2 septembre 2003 pour permettre à la personne désignée de présenter une demande d'autorisation d'appel à la Cour. Le public et la presse n'étaient au courant de rien.

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

Juste avant la demande du Vancouver Sun, la juge Holmes a prononcé, en audience publique, un résumé de ses motifs en date du 21 juillet 2003, dans lequel elle indiquait que l'investigation qu'elle avait présidée portait sur la constitutionnalité de l'art. 83.28 et sur la validité de

investigative hearing. Holmes J. gave a synopsis because the reasons for judgment were sealed. She also revealed that the questioning of the Named Person had not yet commenced. It was at this point that the appellant learned that the British Columbia Supreme Court had been involved in the first-ever application by the Crown under s. 83.28 of the *Criminal Code* for an order requiring a witness to attend a judicial investigative hearing. The appellant contends that but for serendipity and their persistence, no “synopsis” would have been released and the existence of proceedings under s. 83.28 would not have been made public.

The synopsis of reasons for judgment dated July 21, 2003, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172, set out that “[t]he proceedings concerned the interpretation, application, and constitutionality of the new s. 83.28 of the *Criminal Code*, which provides for investigative hearings in relation to terrorism offences, as now defined in s. 2 of the *Code*” (para. 1). Holmes J. then explained that an order had been issued under s. 83.28 for a judicial investigative hearing as part of the ongoing Air India Investigation but that the Named Person who was required to attend was neither a suspect nor an accused. She summarized her findings that the order was validly issued and constitutionally sound; that counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri would participate in the investigative hearing because of the unusual circumstance that the Air India Trial was underway; the hearing might have an incidental effect on the Air India Trial but the predominant purpose of the hearing is to further the ongoing investigation; the hearing is subject to restrictions protecting the privacy and other rights and interests of the Named Person and the integrity of the investigation.

After delivering her synopsis, Holmes J. stated that the s. 83.28 proceeding had been adjourned so that the Named Person could seek leave to appeal to this Court. On July 25, 2003, LeBel J. ordered that the Supreme Court of Canada file be sealed and that the application for leave be expedited. Leave was

l’ordonnance fondée sur l’art. 83.28 autorisant l’investigation judiciaire. La juge a donné un résumé parce que les motifs du jugement avait été mis sous scellés. Elle a également fait savoir que l’interrogatoire de la personne désignée n’avait pas encore commencé. C’est alors que l’appellant a appris que c’était la première fois que la Cour suprême de la Colombie-Britannique était saisie d’une demande du ministère public visant à obtenir, en vertu de l’art. 83.28 du *Code criminel*, une ordonnance enjoignant à un témoin de se présenter à une investigation judiciaire. Selon l’appellant, n’eût été le concours de circonstances et son insistance, aucun « résumé » n’aurait été communiqué et l’existence des procédures fondées sur l’art. 83.28 n’aurait pas été rendue publique.

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

Après avoir prononcé son résumé, la juge Holmes a indiqué qu’elle avait ajourné la procédure fondée sur l’art. 83.28 afin de permettre à la personne désignée de présenter une demande d’autorisation d’appel à la Cour. Le 25 juillet 2003, le juge LeBel a ordonné que le dossier de la Cour suprême

granted on August 11, 2003, to appeal the order of Holmes J. of July 21, 2003.

18 On October 6, 2003, the Vancouver Sun was granted leave to appeal the July 24, 2003 order of Holmes J. dismissing its application for access to the materials in the courts below: [2003] 2 S.C.R. xi. The Vancouver Sun, the National Post, and Global Television Network Inc. were also given intervenor standing in the constitutional appeal, limited to issues of media access. Submissions were also made at the October 6 hearing on whether all or part of the constitutional appeal could be opened to the public and the media.

19 At the October 6, 2003 leave hearing, the Named Person indicated the constitutional appeal could be conducted in public. The Attorney General of British Columbia took the position that parts of the appeal, constituting stand-alone issues, could be held in public: the constitutionality of s. 83.28 of the *Criminal Code*, the role of the judge, and retrospective application of the provision. Mr. Bagri submitted that grounds of appeal relating to self-incrimination and privacy under s. 7 of the *Charter*, judicial independence, and retrospectivity could be heard in public.

20 This Court heard the constitutional appeal on December 10 and 11, 2003, in its entirety in open court subject to a number of restrictions specified at the start of the oral hearing by the Chief Justice. During the oral arguments, counsel refrained from mentioning the name and gender of the Named Person, any facts that could identify this person, and any material supporting the order for an investigative hearing. In addition, the hearing was not broadcast, contrary to the usual practice of the Court.

du Canada soit mis sous scellés et qu'on accélère l'examen de la demande d'autorisation d'appel. L'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance du 21 juillet 2003 de la juge Holmes a été accordée le 11 août 2003.

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

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

Les 10 et 11 décembre 2003, la Cour a entendu en audience publique la totalité du pourvoi constitutionnel, sous réserve de certaines restrictions précisées par la Juge en chef au début de l'audience. Au cours des plaidoiries, les avocats se sont abstenus de mentionner le nom et le sexe de la personne désignée, les faits qui pouvaient permettre de l'identifier et les documents à l'appui de l'ordonnance d'investigation. Par ailleurs, contrairement à la pratique habituelle de la Cour, l'audience n'a pas été télédiffusée.

III. Analysis

The issue on appeal is the level of secrecy that should apply to the application for and conduct of a judicial investigative hearing under s. 83.28 of the *Criminal Code*.

A. *The Parameters of the Open Court Principle*

Section 83.28 of the *Criminal Code*, which provides for the judicial investigative hearing, will cease to apply at the end of the fifteenth sitting day of Parliament after December 31, 2006, unless its application is extended by resolution passed by both Houses of Parliament: *Criminal Code*, s. 83.32(1). Until that time, the Attorney General must make accessible to the public an annual report on its use: *Criminal Code*, s. 83.31. The sunset clause and annual reporting requirements underscore the unusual and serious nature of the judicial investigative hearing. It is therefore important to allow the public to scrutinize and discuss the reasoning and deliberations of a Court when it deals with a challenge to the constitutionality of that proceeding. It is also important to allow the legal profession and the public at large to observe how such a procedure is actually used, as long as this can be done, in full or in part, without undue injury to the administration of justice or without frustrating the purpose of s. 83.28.

This Court has emphasized on many occasions that the “open court principle” is a hallmark of a democratic society and applies to all judicial proceedings: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 187; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at paras. 21-22; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. “Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly

III. Analyse

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

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

L’article 83.28 du *Code criminel*, qui prévoit l’investigation judiciaire, cessera de s’appliquer à la fin du quinzième jour de séance postérieur au 31 décembre 2006, sauf s’il y a prorogation par résolution adoptée par les deux chambres du Parlement : *Code criminel*, par. 83.32(1). Jusque-là, le procureur général doit chaque année mettre à la disposition du public un rapport concernant son application : *Code criminel*, art. 83.31. La disposition de temporisation et l’exigence de produire un rapport annuel témoignent du caractère inusité et de la gravité de l’investigation judiciaire. Il est donc important que le public ait l’occasion d’examiner attentivement et d’analyser le raisonnement et les délibérations du tribunal qui doit se prononcer sur la constitutionnalité de cette procédure. Il est également important de permettre aux avocats et au grand public d’observer de quelle manière cette procédure est utilisée dans les faits, dans la mesure où une observation totale ou partielle est possible sans indûment entraver l’administration de la justice et sans contrecarrer l’objet de l’art. 83.28.

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

21

22

23

democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized”: *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1336.

24 The open court principle has long been recognized as a cornerstone of the common law: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 21. The right of public access to the courts is “one of principle . . . turning, not on convenience, but on necessity”: *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), *per* Viscount Haldane L.C., at p. 438. “Justice is not a cloistered virtue”: *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (P.C.), *per* Lord Atkin, at p. 335. “Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity”: J. H. Burton, ed., *Benthamiana: Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115.

25 Public access to the courts guarantees the integrity of judicial processes by demonstrating “that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law”: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 22. Openness is necessary to maintain the independence and impartiality of courts. It is integral to public confidence in the justice system and the public’s understanding of the administration of justice. Moreover, openness is a principal component of the legitimacy of the judicial process and why the parties and the public at large abide by the decisions of courts.

26 The open court principle is inextricably linked to the freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* and advances the core values therein: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 17. The freedom of the press to report on judicial proceedings is a core value. Equally, the right of the public to receive information is also protected by the constitutional guarantee of freedom of expression: *Ford*

et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l’importance primordiale de cette notion » : *Edmonton Journal*, précité, p. 1336.

Le principe de la publicité des débats en justice est depuis longtemps reconnu comme une pierre angulaire de la common law : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 21. Le droit du public d’avoir accès aux tribunaux est [TRADUCTION] « une question de principe [. . .] fondée sur la nécessité et non sur des considérations d’ordre pratique » : *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), vicomte Haldane, lord chancelier, p. 438. [TRADUCTION] « La justice ne se rend pas derrière des portes closes » : *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (C.P.), lord Atkin, p. 335. [TRADUCTION] « La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l’effort et la meilleure des protections contre l’improbité » : J. H. Burton, dir., *Benthamiana : Or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115.

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

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* et sert à promouvoir les valeurs fondamentales qu’elle véhicule : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 17. La liberté de la presse de faire rapport sur les instances judiciaires constitue une valeur fondamentale. De même, le droit du public d’être informé est également

v. Quebec (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 712; *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1339-40. The press plays a vital role in being the conduit through which the public receives that information regarding the operation of public institutions: *Edmonton Journal*, at pp. 1339-40. Consequently, the open court principle, to put it mildly, is not to be lightly interfered with.

Furthermore, the principle of openness of judicial proceedings extends to the pretrial stage of judicial proceedings because the policy considerations upon which openness is predicated are the same as in the trial stage: *MacIntyre*, *supra*, at p. 183. Dickson J. found “it difficult to accept the view that a judicial act performed during a trial is open to public scrutiny but a judicial act performed at the pretrial stage remains shrouded in secrecy”: *MacIntyre*, at p. 186.

This Court has developed the adaptable *Dagenais/Mentuck* test to balance freedom of expression and other important rights and interests, thereby incorporating the essence of the balancing of the *Oakes* test: *Dagenais*, *supra*; *Mentuck*, *supra*; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The rights and interests considered are broader than simply the administration of justice and include a right to a fair trial: *Mentuck*, *supra*, at para. 33, and may include privacy and security interests.

From *Dagenais* and *Mentuck*, this Court has stated that a publication ban should be ordered only when:

(a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice.

(*Mentuck*, *supra*, at para. 32)

protégé par la garantie constitutionnelle de la liberté d’expression : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Edmonton Journal*, précité, p. 1339-1340. Étant donné que c’est elle qui véhicule au public l’information concernant le fonctionnement des institutions publiques, la presse joue un rôle vital : *Edmonton Journal*, p. 1339-1340. Par conséquent, le moins qu’on puisse dire est qu’il ne faut pas modifier à la légère le principe de la publicité des débats en justice.

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

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

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

a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

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

(*Mentuck*, précité, par. 32)

27

28

29

30 The first part of the *Dagenais/Mentuck* test reflects the minimal impairment requirement of the *Oakes* test, and the second part of the *Dagenais/Mentuck* test reflects the proportionality requirement. The judge is required to consider not only “whether reasonable alternatives are available, but also to restrict the order as far as possible without sacrificing the prevention of the risk”: *Mentuck, supra*, at para. 36.

31 While the test was developed in the context of publication bans, it is equally applicable to all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings. Discretion must be exercised in accordance with the *Charter*, whether it arises under the common law, as is the case with a publication ban (*Dagenais, supra; Mentuck, supra*); is authorized by statute, for example under s. 486(1) of the *Criminal Code* which allows the exclusion of the public from judicial proceedings in certain circumstances (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General), supra*, at para. 69); or under rules of court, for example, a confidentiality order (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41). The burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, at para. 71.

B. *The Nature of the Judicial Investigative Hearing Under Section 83.28*

32 We have reproduced the relevant statutory provisions of the *Criminal Code* in the appendix to these reasons. From the perspective of the open court principle, the proceedings under s. 83.28 can be usefully broken down into three steps:

- (a) the *ex parte* application under s. 83.28(2) for an order for the gathering of information;

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

Même si le critère a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, il s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec la *Charte*, peu importe qu'il soit issu de la common law, comme c'est le cas pour l'interdiction de publication (*Dagenais* et *Mentuck*, précités); d'origine législative, par exemple sous le régime du par. 486(1) du *Code criminel*, lequel permet d'exclure le public des procédures judiciaires dans certains cas (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 69); ou prévu dans des règles de pratique, par exemple, dans le cas d'une ordonnance de confidentialité (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41). C'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, par. 71.

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

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

- a) la demande, en l'absence de toute autre partie, que soit rendue une ordonnance autorisant la recherche de renseignements en vertu du par. 83.28(2);

(b) the hearing itself, under the terms and conditions contemplated in s. 83.28(5)(e); and

(c) the post-hearing stage, at which non-public information may be released publicly, again subject to the terms and conditions in s. 83.28(5)(e).

Section 83.28 does not expressly provide for any part of the judicial investigative hearing to be held *in camera*.

Competing views about the proper interpretation of the provision as a whole are as follows: on the one hand, the appellant argues that the open court principle applies to the entire process and should only be displaced in accordance with the *Dagenais/Mentuck* test. The respondents, on the other hand, submit that when Parliament enacted the section, it was entitled to rely on this Court's jurisprudence to the effect that investigative processes, even if they involve a judicial officer, are presumptively held *in camera* (referring, for example to an application for a search warrant: *MacIntyre, supra*).

The validity of the respondents' submission rests on the assumption that the s. 83.28 hearing is an investigative measure akin to the issuance of a search warrant. This assumption is only partly accurate because one must distinguish between an application for a s. 83.28 judicial investigative hearing and the holding of the judicial investigative hearing. The application for an order that a judicial investigative hearing be held is procedurally similar to the application for a search warrant or for a wiretap authorization. Section 83.28(2) provides that the application, made by a peace officer with prior consent of the Attorney General (83.28(3)), is *ex parte*. By its very nature, this application must be presented to a judge *in camera*.

In that *in camera* procedure, the judge is directed to determine, for a past offence under

b) l'investigation à proprement parler, à laquelle on applique les modalités visées à l'al. 83.28(5)e);

c) l'étape subséquente à l'investigation, à laquelle les renseignements non publics peuvent être divulgués au public, là encore sous réserve des modalités de l'al. 83.28(5)e).

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

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

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

Dans le cadre du huis clos, le juge est tenu de déterminer si, dans le cas d'une infraction passée

33

34

35

s. 83.28(4)(a), whether (1) there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence has been committed; and (2) information about the offence, or about a suspect, is likely to be obtained by the holding of a judicial investigative hearing. The judge may also determine, for a future offence under s. 83.28(4)(b), whether (1) there are reasonable grounds to believe that a terrorism offence will be committed; (2) that the person has information about the offence or a third party who may commit that offence; and (3) reasonable attempts have already been made to obtain that information from the person.

36

This first step of the process is akin to the application for the issuance of a search warrant. Although that application is heard by a judge, the imperatives of the investigation require that it not be made public: *MacIntyre, supra*, at pp. 177-78. The same is true of a wiretap application, and, in most cases, of an application for a DNA warrant (although, in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60, we left open the discretion of a judge to hold a contested hearing on the appropriateness of issuing a DNA warrant). In any event, since that process must be held *ex parte*, it follows that in that context it could not be held in open court: see *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75.

37

The real issue is whether, because of the investigative nature of the judicial hearing, it too must, by necessity, be presumptively held in secret. In that respect, the analogy to the execution of search warrants, as opposed to their issuance, is not particularly helpful. It is true that search warrants are not only issued, but executed in secret. On the other hand, they are not executed by judges. The judicial role consists of ensuring that there are reasonable grounds to authorize a particular police action. In contrast, the judicial investigative hearing requires full judicial participation in the conduct of the hearing itself.

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

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

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

The proper balance between the investigative imperatives and the judicial assumption of openness is best achieved by a proper exercise of the discretion granted to judges to impose terms and conditions on the conduct of the hearing under s. 83.28(5)(e). In exercising that discretion, judicial officers should reject the notion of presumptively secret hearings. This conclusion is supported by the choice of Parliament to have investigative hearings of a judicial nature; these hearings must contain as many of the guarantees and indicia that come from judicial involvement as is compatible with the task at hand.

One such guarantee is a presumption of openness, which should only be displaced upon proper consideration of the competing interests at every stage of the process. In that spirit, the existence of an order made under s. 83.28, and as much of its subject-matter as possible should be made public unless, under the balancing exercise of the *Dagenais/Mentuck* test, secrecy becomes necessary. Similarly, once a search warrant has been executed and something has been found, the necessity for secrecy has abated and continued limits on public accessibility should only be “undertaken with the greatest reluctance”: *MacIntyre, supra*, at p. 189.

If the existence of the order is made public, the issuing judge, acting under s. 83.28(5)(e), would determine, still under the guidance of the *Dagenais/Mentuck* test, whether any information ought to be withheld from the public. For example, even though there may be no reason to hide an order for a judicial investigative hearing in relation to an identified alleged terrorist act, it may not be appropriate to reveal the reasonable grounds upon which the police relied to obtain the order. Whether the name of the person who will be heard at the hearing needs to be kept confidential may largely dictate whether the time and place of the hearing will also be the subject of a non-disclosure order. Of course, should the hearing proceed in a public forum, the Crown would be expected to request that parts of the hearing

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

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

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

38

39

40

proceed *in camera* in light of the sensitive nature of the information sought.

41 It may very well be that by necessity large parts of judicial investigative hearings will be held in secret. It may also very well be that the very existence of these hearings will at times have to be kept secret. It is too early to determine, in reality, how many hearings will be resorted to and what form they will take. This is an entirely novel procedure, and this is the first case — to our knowledge — in which it has been used.

42 The parties on the present appeal seem to agree that this is a “unique” case, in the sense that this is not a “typical” set of circumstances in which such a hearing will be sought. This may be so. We cannot speculate as to what will be more “typical”. Resort to “reasonable hypotheticals” is fraught with difficulties in an environment as unprecedented as this one. Applying this novel legislation to the fact situation before us, it becomes apparent that at least in this case, the level of secrecy imposed from the outset was unnecessary. It is therefore prudent to proceed with as little departure as possible from the basic tenets of judicial proceedings, all the while developing a discretionary framework that will reflect the unique investigative role of the judge acting under s. 83.28.

43 In applying the *Dagenais/Mentuck* approach to the decision to hold the investigative judicial hearing *in camera*, judges should expect to be presented with evidence credible on its face of the anticipated risks that an open inquiry would present, including evidence of the information expected to be revealed by the witness. Even though the evidence may reveal little more than reasonable expectations, this is often all that can be expected at that stage of the process and the presiding judge, applying the *Dagenais/Mentuck* test in a contextual manner, would be entitled to proceed on the basis of evidence that satisfies

l’investigation feront également l’objet d’une ordonnance de non-divulgateion. Il est évident que, si l’investigation se déroulait en public, on s’attendrait à ce que le ministère public demande le huis clos pour certaines parties vu le caractère délicat des renseignements recherchés.

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

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

En appliquant le principe énoncé dans *Dagenais/Mentuck* à la décision de tenir à huis clos l’investigation judiciaire, les juges devraient recevoir des éléments de preuve crédibles à première vue établissant les risques que pourrait présenter une enquête publique, y compris la preuve des renseignements qu’on peut attendre du témoin. Il est possible que la preuve ne révèle pas beaucoup plus qu’on pourrait raisonnablement exiger, mais c’est souvent tout ce à quoi on peut s’attendre à cette étape de la procédure, et le juge qui préside, en appliquant le critère de *Dagenais/Mentuck* en fonction du contexte, aurait le

him or her that publicity would unduly impair the proper administration of justice.

C. *Application to This Case*

At the outset, we must state that this judicial investigative hearing is the first to our knowledge, and our comments are not to be taken as critical of the judges below who dealt with these novel matters under great pressure and time constraints. Properly adapted to the circumstances of this case, the *Dagenais/Mentuck* test in our view leads to the following conclusions.

The application for the order for the judicial investigative hearing under s. 83.28(2) before Dohm A.C.J. on May 6, 2003, was properly heard *ex parte* and *in camera*.

On the other hand, there was no reason for keeping the existence of the order secret, nor the fact that the investigative hearing ordered by Dohm A.C.J. was in relation to the explosion that caused the crash of Air India Flight 182 in June 1985.

In light of the position taken by the Named Person at that stage, the identity of the person was properly kept confidential. That direction should have been made subject to revision by the judge presiding at the judicial investigative hearing.

It is apparent on the facts that notice of the hearing should have been given to counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri promptly. In the circumstances of this case where a potential Crown witness in an ongoing trial becomes the subject of the investigative order, it is obvious that third party interests have to be considered. Section 83.28(5)(e) specifically contemplates the imposition of terms and conditions that are “desirable . . . for the protection of the interests of . . . third parties”. The subsequent participation of counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri in the hearings before Holmes J. merely emphasizes that they should have received notice in the first instance. Instead,

droit de se fonder sur la preuve qui le convainc que la publicité des débats ne nuirait pas indûment à la bonne administration de la justice.

C. *Application aux faits de l’espèce*

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

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

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

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

Les faits indiquent qu’un avis d’audience aurait dû être transmis sans délai aux avocats de MM. Malik et Bagri. Eu égard aux circonstances de l’espèce, où un témoin à charge éventuel dans un procès en cours fait l’objet d’une ordonnance d’investigation, les droits des tiers doivent manifestement être pris en considération. L’alinéa 83.28(5)e vise précisément à imposer les modalités « indiquées [. . .] quant à la protection des droits [. . .] des tiers ». La participation subséquente des avocats de MM. Malik et Bagri aux investigations devant la juge Holmes met bien en évidence qu’ils auraient dû recevoir un avis dès le départ. Au lieu de cela, l’existence même de l’investigation

44

45

46

47

48

in light of the secrecy surrounding the very existence of the judicial investigative hearing ordered by Dohm A.C.J., counsel found out only accidentally of its existence. They then persuaded Holmes J. that the interests of their clients required their participation in the hearing. A proper application of the principles in the *Dagenais/Mentuck* test reveals that there was no justification for the order that counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri not be given notice of the hearing at the outset. It is particularly incumbent on the presiding judge to turn his or her mind to the *Dagenais/Mentuck* test in *ex parte* applications because the media is not present to represent its own rights and interests: *Mentuck, supra*.

49

It is not necessary in this appeal, given our conclusion that the hearing should have been held in open court, to decide whether an appropriate condition under s. 83.28(5)(e) could include an order that counsel be present but be prohibited from disclosing to their clients the content of the information revealed in the hearing. It is difficult to anticipate all the difficulties that such an order may pose. In the same way, we would not endorse the suggestion made by the Vancouver Sun that some members of its Editorial Board be allowed to attend the hearings and have access to the materials but be subject to an undertaking of confidentiality. It is difficult again to understand how the public good is better served by the qualified participation of professionals who cannot discharge fully their publicly entrusted mandate. In any event, these issues can be left for another day, and should be debated amongst the professional bodies involved so that court-imposed conditions can properly consider ethical standards and best practices in the professions involved.

50

Keeping in mind our statements about the novelty of this case, the present facts clearly illustrate the mischief that flows from a presumption of secrecy. Secrecy then becomes the norm, is applied across the board, and sealing orders follow as a matter of course.

ordonnée par le juge en chef adjoint Dohm ayant été tenue secrète, les avocats ne l'ont apprise que par hasard. Ils ont ensuite persuadé la juge Holmes que les droits de leurs clients commandaient qu'ils participent à l'audience. L'application juste des principes établis dans le critère de *Dagenais/Mentuck* révèle que rien ne justifie l'ordonnance initiale interdisant d'aviser les avocats de MM. Malik et Bagri de la tenue de l'investigation. Le juge qui préside a particulièrement l'obligation de tenir compte du critère de *Dagenais/Mentuck* dans le cas des demandes entendues en l'absence de toute autre partie parce que les médias ne sont pas là pour faire valoir leurs droits et intérêts: *Mentuck, supra*.

Vu notre conclusion que l'investigation aurait dû être publique, il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si les modalités indiquées que prévoit l'al. 83.28(5)e) pourraient comprendre une ordonnance enjoignant aux avocats d'être présents mais de ne pas divulguer à leurs clients le contenu des renseignements révélés à l'investigation. Il est difficile de prévoir tous les problèmes que peut poser une telle ordonnance. De même, nous ne souscrivons pas à la proposition du Vancouver Sun de permettre à des membres du comité de rédaction d'assister aux audiences et d'avoir accès aux documents sous réserve d'un engagement de confidentialité. Il est difficile, là encore, de comprendre comment le bien public est mieux servi par la participation limitée de professionnels qui ne peuvent pleinement remplir le mandat qui leur est confié par le public. Quoi qu'il en soit, l'examen de ces questions peut être reporté à plus tard et les ordres professionnels visés devraient en débattre afin que les modalités imposées par les tribunaux soient fondées comme il se doit sur les normes de déontologie et les pratiques exemplaires des professions en cause.

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

When the Named Person indicated an intention to challenge the constitutionality of the order, the imperatives of the open court principle became even more compelling. The constitutional challenge, and as much of the information about the case as could be revealed without jeopardizing the investigation, should have been made public, subject, if need be, to a total or partial publication ban. When that matter resumed before Holmes J., it became apparent that the existence of a judicial investigative hearing related to the Air India case was already known to counsel for Mr. Malik and Mr. Bagri and later to the Vancouver Sun.

The unfolding of events in this case also illustrates how antithetical to judicial process secret court hearings are. Courthouses are public places. In the course of a public hearing a judge may order that part of the proceedings be held *in camera*, thus excluding the public from that part of the hearing. But, of course, in such a case, the fact that an *in camera* hearing is taking place, as well as the overall context in which it was ordered, are in the public domain, subject to challenge, *inter alia* by the press and to comments by interested parties and by the public. Whether better notice should be given to the press, or to other possibly interested parties, of proceedings that are held *in camera* or that are subject to a publication ban is beyond the scope of the issues raised on this appeal but we again suggest serious consideration should be given to this matter by the legal profession, the media, and the courts.

In retrospect, the hearing of the constitutional challenge that was held in open court before us could and should have been held in the same manner before Holmes J. Although she may have felt bound by the secrecy order issued by Dohm A.C.J., it is clear under s. 83.28(5)(e) that the terms and conditions attached to the judicial investigative hearing must be varied and adjusted to achieve the proper balance between confidentiality and publicity as the matter progresses.

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

Le déroulement des événements en l'espèce montre également à quel point le huis clos est l'antithèse du processus judiciaire. Les palais de justice sont des endroits publics. Dans une audience publique, le juge peut ordonner qu'une partie des procédures se déroule à huis clos, excluant ainsi le public de cette partie de l'investigation. Mais naturellement, dans ce genre d'affaire, le fait qu'une audience se déroule à huis clos, de même que le contexte global de l'ordonnance, sont du domaine public, susceptibles d'être contestés, notamment par la presse, et d'être critiqués par les intéressés et le public. La question de l'opportunité de mieux renseigner la presse ou d'autres parties intéressées sur les procédures qui se tiennent à huis clos ou qui font l'objet d'une ordonnance de non-publication n'entre pas dans le cadre des questions soulevées en l'espèce, mais nous répétons qu'à notre avis la question devrait être sérieusement examinée par les avocats, les médias et les tribunaux.

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

51

52

53

54 Here, for instance, the Named Person now takes the position that the proceedings should be held in public and no longer wishes that his or her identity be protected. Although this is only one factor to consider and certainly not dispositive of the issue, it removes in part the concerns that the investigative judge may have had regarding the privacy interests of the Named Person. The only factors militating in favour of a degree of secrecy in this case are the factors related to the protection of an ongoing investigation or for other vital but unstated reasons. In a case in which so much of the information relating to the offence is already in the public domain, and in which recourse to a judicial investigative hearing is sought in the midst of an ongoing non-jury trial, the case for extensive secrecy is a difficult one to make and was not made out here.

55 We again emphasize that in the difficult circumstances of this unusual application of a novel criminal procedure, Holmes J. did excellent work in fleshing out the issues and addressing them as best she could. Any shortcomings in her decision become much easier to identify with hindsight, particularly since much of the ordered secrecy in this case has been lifted causing no apparent damage to the investigation. Furthermore, shortcomings in the original decision also become apparent when a hearing is truly adversarial, with all affected interests represented.

56 It is therefore clear that the constitutional challenge here should not have been conducted *in camera*. We would add that there would have been no need to give the Vancouver Sun (through some members of its editorial board or otherwise) preferential and confidential access to secret information in this case if much of the constitutional challenge had been conducted in open court, along the lines of the process followed in this court, with the helpful cooperation of all parties. Much of the constitutional case can be properly argued without the

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

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

Il est donc clair qu'en l'espèce, l'audition de la contestation constitutionnelle n'aurait pas dû se dérouler à huis clos. Nous tenons à ajouter qu'il n'aurait pas été nécessaire, en l'espèce, de permettre au Vancouver Sun (par l'entremise de certains membres de son comité de rédaction ou d'une autre manière) d'avoir un accès préférentiel ou de nature confidentielle aux renseignements secrets si une bonne partie de la contestation constitutionnelle s'était déroulée en audience publique, d'une manière semblable à la méthode adoptée par la

details of the information submitted to the application judge being revealed.

IV. Disposition

We would therefore order that:

The appeal be allowed in part and that the order made by Holmes J. be varied.

That the name of the Named Person be made public.

That the proposed judicial investigative hearing be held in public, subject to any order of the presiding judge that the public be excluded and/or that a publication ban be put in place regarding aspects of the anticipated evidence to be given by the Named Person.

In any event, we would also order that the investigative judge review the continuing need for any secrecy at the end of the investigative hearing and release publicly any part of the information gathered at the hearing that can be made public without unduly jeopardizing the interests of the Named Person, of third parties, or of the investigation: *Criminal Code*, s. 83.28(5)(e). Even in cases where the very existence of an investigative hearing would have been the subject of a sealing order, the investigative judge should put in place, at the end of the hearing, a mechanism whereby its existence, and as much as possible of its content, should be publicly released.

The reasons of Bastarache and Deschamps JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting in part) —

I. Introduction

I agree with Iacobucci and Arbour JJ.'s discussion on the importance of openness of judicial proceedings, both as a principle of common law and as an aspect of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guaranteeing freedom of the press

Cour, avec la précieuse collaboration de toutes les parties. Il est possible de présenter convenablement une grande partie des arguments en matière constitutionnelle sans révéler les éléments du dossier présentés au juge saisi de la demande.

IV. Dispositif

Par conséquent, nous sommes d'avis :

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

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

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

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

Version française des motifs des juges Bastarache et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissent en partie) —

I. Introduction

Je souscris à l'examen que font les juges Iacobucci et Arbour de l'importance de la publicité des procédures judiciaires en tant que principe de common law et aussi en tant qu'aspect de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et*

57

58

59

(paras. 23-36). However, I respectfully cannot agree with their analysis or disposition in this appeal.

60 While I do recognize that openness of judicial proceedings is the rule and covertness the exception, this Court has held that public access to judicial proceedings can be curtailed “where there is present the need to protect social values of superordinate importance”: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at pp. 186-87. In my view, several considerations of superordinate importance, such as the proper administration of justice as well as the protection of the interests, rights and safety of third parties, warrant the curtailment of public access to investigative proceedings under s. 83.28 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in most instances. As discussed below, I believe that public access to investigative hearings would normally defeat the purpose of the proceedings by rendering them ineffective as an investigative tool.

II. Inapplicability of the *Dagenais/Mentuck* Framework

61 This Court developed, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76, a framework to guide the exercise of judicial discretion in restricting access to judicial proceedings. Nevertheless, with respect, I do not believe that the *Dagenais/Mentuck* test can guide a judge’s discretion in ordering that the investigative proceedings under s. 83.28 should be held *in camera*.

62 The first requirement of the *Dagenais/Mentuck* test is that a public ban should only be ordered when “such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice” (*Mentuck*, *supra*, at para. 32). This requirement was explained by our Court in *Mentuck*, at para. 34:

One required element is that the risk in question be a serious one, or, as Lamer C.J. put it at p. 878 in *Dagenais*, a “real and substantial” risk. That is, it must be a risk the reality of which is well-grounded in the evidence. It must also be a risk that poses a serious threat to the proper

libertés qui garantit la liberté de la presse (par. 23-36). Toutefois, je ne partage pas leur opinion quant à leur analyse et la décision à rendre en l’espèce.

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

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

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

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

L’un des éléments requis veut que le risque en question soit sérieux ou, pour reprendre l’expression du juge en chef Lamer dans *Dagenais*, p. 878, « réel et important ». Il doit donc s’agir d’un risque dont l’existence est bien appuyée par la preuve. Il doit également s’agir d’un risque

administration of justice. In other words, it is a serious danger sought to be avoided that is required, not a substantial benefit or advantage to the administration of justice sought to be obtained. [Emphasis added.]

Thus, in order to deny access to judicial proceedings, this test requires, at the outset, the existence of a serious risk that is well grounded in the evidence. But where the purpose of the investigative proceeding under review is to gather information and possibly evidence, it would be quite difficult if not impossible to present an application for denial of access that is well grounded in the evidence. The presumption of openness cannot operate in circumstances where it cannot in fact be rebutted. This is the case because there is no evidence before the hearing actually takes place. The very object of the hearing is to gather information and evidence.

In my opinion, the only evidence on which a judge presiding over an investigative hearing could assess the risk under the *Dagenais/Mentuck* test would be the information, if any, supporting the reasonable grounds presented by the peace officer to satisfy the judge hearing the application (s. 83.28(3) and (4)). However, I do not think that reasonable grounds to believe that a person has direct and material information that relates to a past or future terrorist offence, or that relates to the whereabouts of an individual suspected of having committed a terrorism offence, is sufficient evidence upon which a judge can assess the application and upon which he or she may exercise his or her judicial discretion. It is imperative to bear in mind that the information sought has not yet been obtained, and that neither the investigators, the Crown nor the presiding judge is able to predict what the witness will say during the hearing. Consequently, if the presumption of openness applies to investigative hearings, an applicant seeking a denial of public access for the s. 83.28 proceedings could never satisfy the *Dagenais/Mentuck* test. It is not possible for the presiding judge to assess, in an evidentiary vacuum, the degree of risk that would be created if the hearing were open to the public.

qui constitue une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice. En d'autres termes, il faut que ce soit un danger grave que l'on cherche à éviter, et non un important bénéfice ou avantage pour l'administration de la justice que l'on cherche à obtenir. [Je souligne.]

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

À mon avis, les seuls éléments de preuve sur lesquels le juge qui préside l'investigation peut se fonder pour évaluer le risque conformément au critère de *Dagenais/Mentuck* seraient les éventuels renseignements qui justifient les motifs raisonnables présentés par l'agent de la paix pour convaincre le juge saisi de la demande (par. 83.28(3) et (4)). Toutefois, je ne crois pas que les motifs raisonnables de croire qu'une personne a des renseignements directs et pertinents relatifs à une infraction de terrorisme qui a été ou sera commise, ou de nature à révéler le lieu où se trouve l'individu soupçonné d'avoir commis une infraction de terrorisme, constituent une preuve suffisante qui permet au juge d'évaluer la demande ou d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Il est impératif d'avoir à l'esprit que les renseignements recherchés n'ont pas encore été obtenus et que ni les enquêteurs, ni le ministère public, ni le juge qui préside ne peuvent prédire les déclarations du témoin à l'investigation. Par conséquent, si la présomption de publicité s'applique aux investigations, le demandeur qui cherche à faire interdire l'accès du public aux procédures fondées sur l'art. 83.28 ne pourrait jamais satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*. En l'absence de

63

64

In light of this inherent uncertainty with which presiding judges are confronted, public access to all investigative hearings under s. 83.28 must be very limited.

65 In sum, a convincing evidentiary basis for denial of access to any judicial proceeding is generally necessary under the *Dagenais/Mentuck* test to rebut the presumption of open courts, a highly valued democratic principle of our society. However, because of the lack of information and evidence prior to an investigative hearing, this framework is not appropriate to determine denial of access. This situation is not unique.

66 In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, La Forest J. found that in situations where judges are confronted with an uncertain evidentiary record, the evidence should be received by way of a *voir dire*, from which the public is excluded (at para. 72):

There must be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he or she may exercise his or her discretion judicially. In some cases in which the facts are not in dispute the statement of counsel will suffice. If there is insufficient evidence placed before the trial judge, or there is a dispute as to the relevant facts, the applicant should seek to have the evidence heard *in camera*. This may be done by way of a *voir dire*, from which the public is excluded. . . . The decision to hold a *voir dire* will be a function of what is necessary in a given case to ensure that the trial judge has a sufficient evidentiary basis upon which to act judicially. [Emphasis added.]

67 Thus, it is only after the information and evidence has been gathered by the Crown that the presiding judge will be able to exercise his or her discretion judicially. To act otherwise would present great risks to the proper administration of justice and to the safety, interests and rights of third parties.

preuve, le juge qui préside ne peut apprécier le degré de risque que pourrait susciter une investigation où le public est admis. Compte tenu de l'incertitude inhérente avec laquelle doivent composer les juges qui président, l'accès du public aux investigations prévues à l'art. 83.28 doit être très limité.

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

Dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, le juge La Forest statue que, dans les cas où les juges composent avec un dossier dont la preuve est incertaine, celle-ci devrait être présentée dans le cadre d'un voir-dire, d'où est exclu le public (par. 72) :

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

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

III. Risk to the Safety, Interests and Rights of Witnesses and Third Parties

The importance of protecting the innocent was considered by Dickson J. in *MacIntyre*, *supra*, at p. 187:

Many search warrants are issued and executed, and nothing is found. In these circumstances, does the interest served by giving access to the public outweigh that served in protecting those persons whose premises have been searched and nothing has been found? Must they endure the stigmatization to name and reputation which would follow publication of the search? Protection of the innocent from unnecessary harm is a valid and important policy consideration. In my view that consideration overrides the public access interest in those cases where a search is made and nothing is found. The public right to know must yield to the protection of the innocent. If the warrant is executed and something is seized, other considerations come to bear. [Emphasis added.]

In s. 83.28 proceedings, which deal with acts of terrorism, the possibility that information may be disclosed which unfairly prejudices or tarnishes the reputation of innocent people clearly exists. Such proceedings run the risk that “unfounded, even outrageous, allegations of misconduct may be made against the absent target of the information”: *Southam Inc. v. Coulter* (1990), 60 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 275. This unreliable and possibly untruthful testimony could severely damage the reputation of innocent people, who may themselves lack adequate means to counter the effect of information they know to be erroneous or false. This consideration therefore warrants confidentiality in investigative proceedings.

With regard to safety, the disclosure of a witness's identity may place that person at serious risk of harm from suspects or their allies. The same can be said for third parties identified by the witness as having information to provide during the investigative hearing. This Court has acknowledged the potential jeopardy to the safety of the witness should it become known that he or she is about to be questioned: *R. v. A*, [1990] 1 S.C.R. 992.

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

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

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

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

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

68

69

70

71

As noted by the respondent Attorney General of Canada, for some witnesses, the likelihood that the persons against whom they can provide information will discover their identity or the content of their testimony may cause them to commit perjury or refuse to comply with the order. This would go against society's interest in encouraging the reporting of offences and the participation of witnesses in the investigative process. Given the nature of the threat posed by terrorism and terrorist organizations, confidentiality will likely encourage witnesses to come forward and be honest in their recollection of facts, because they would not fear for their safety.

IV. Risk to the Proper Administration of Justice

72

This Court has held that “the open court principle itself must yield to circumstances that would render the proper administration of justice unworkable”: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, at para. 29. This confirmed the findings of our Court in *MacIntyre, supra*, at pp. 187-88:

The point taken here is that the effective administration of justice would be frustrated if individuals were permitted to be present when the warrants were issued. Therefore, the proceeding must be conducted *in camera*, as an exception to the open court principle. I agree. The effective administration of justice does justify the exclusion of the public from the proceedings attending the actual issuance of the warrant. The Attorneys General have established, at least to my satisfaction, that if the application for the warrant were made in open court the search for the instrumentalities of crime would, at best, be severely hampered and, at worst, rendered entirely fruitless. In a process in which surprise and secrecy may play a decisive role the occupier of the premises to be searched would be alerted, before the execution of the warrant, with the probable consequence of destruction or removal of evidence. I agree with counsel for the Attorney General of Ontario that the presence in an open courtroom of members of the public, media personnel, and, potentially, contacts of suspected accused in respect of whom the search is to be made, would render the mechanism of a search warrant utterly useless. [Emphasis added.]

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

IV. Le risque pour la bonne administration de la justice

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

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

Although the investigative hearings under s. 83.28 are a new form of proceeding, the question of public access raises essentially the same issues that this Court has considered in the context of other investigative tools. The necessity of clandestine proceedings in relation to the application for and execution of investigative tools has been accepted by this Court in situations concerning search warrant applications and wiretap authorization proceedings.

For example, this Court recognized at para. 51 of *Michaud v. Québec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3, that “[t]he reality of modern law enforcement is that police authorities must frequently act under the cloak of secrecy to effectively counteract the activities of sophisticated criminal enterprises.” Speaking about electronic surveillance, Lamer C.J. went on to state at para. 52:

The effectiveness of such surveillance would be dramatically undermined if the state was routinely required to disclose the application and affidavits filed in support of a surveillance authorization to every non-accused surveillance target. The wiretap application will often provide a crucial insight into the *modus operandi* of electronic surveillance, and regular disclosure would permit criminal organizations to adjust their activities accordingly.

Secrecy has therefore been recognized as paramount in the context of wiretaps, and public access has been limited to ensure the effectiveness of electronic surveillance as an investigative device. The same could be said of terrorist groups or organizations: if the police cannot investigate and collect information in a confidential environment, their investigation or attempt to prevent the terrorist offence would be undermined because suspects could be “tipped off”.

The confidentiality of investigative tools was recently confirmed by this Court in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60. In her discussion of the constitutionality of DNA warrants, Arbour J. stated that “as with most investigative techniques, the *ex parte* nature of the proceedings is constitutionally acceptable as a norm because of the

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

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

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

On a ainsi reconnu l’importance primordiale du secret dans le contexte de l’écoute électronique et on a limité l’accès du public afin d’assurer l’efficacité de l’écoute électronique comme moyen d’enquête. La même observation vaut pour les groupes ou organisations terroristes : si la police ne peut faire enquête et recueillir les renseignements en toute confidentialité, son enquête ou sa tentative d’empêcher la perpétration d’une infraction de terrorisme serait compromise parce que les suspects pourraient être « mis au courant ».

La Cour a récemment confirmé la confidentialité des instruments d’enquête dans *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60. Dans son analyse sur la constitutionnalité des mandats ADN, la juge Arbour indique que « comme pour la plupart des techniques d’enquête, la nature *ex parte* des procédures est constitutionnellement acceptable comme norme vu

73

74

75

76

risk that the suspect would take steps to frustrate the proper execution of the warrant” (para. 56).

77

I agree with the respondent Attorney General of British Columbia that police cannot gather information and act upon it at the same time it is disseminated to the public and the media. Information gathered may lead to other avenues of investigation and other potential witnesses. Moreover, the information obtained at a s. 83.28 hearing could be used in connection with subsequent applications for search warrants, wiretaps and further s. 83.28 orders against other witnesses. The efficacy of these investigative tools would be seriously compromised if the details of the s. 83.28 proceedings were open to the public. Corruption of witnesses’ recollections, the potential fleeing of suspects and the risk of pressure being put on future witnesses to give false testimony are but a few examples.

78

Unlike other investigative proceedings, such as search warrants, where the evidence found and things seized are material, a witness’s version of events may vary substantially, especially in response to threats or intimidation. This person could also flee. Thus, there is a legitimate law enforcement interest in maintaining the confidentiality of a witness’s identity and testimony, because the premature disclosure of information about a terrorism offence would compromise and impede the very investigation of this gathered information. This would frustrate effective law enforcement, which is meant to benefit society as a whole: *S.A.B.*, *supra*, at para. 51.

79

The predominant purpose of the investigative hearing, like the execution of a search warrant, is to gather information. While the purposes of these investigative tools are similar, this should not be taken as saying that the role of the judge in investigatory proceedings is like that of an agent of the state charged with executing a search

le risque que le suspect agisse de manière à compromettre la bonne exécution du mandat » (par. 56).

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

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

Tout comme dans le cas de l’exécution d’un mandat de perquisition, l’investigation a essentiellement pour objet de rechercher des renseignements. Malgré la similarité des objets de ces instruments de recherche, le rôle du juge dans les procédures d’enquête diffère de celui du représentant de l’État chargé de l’exécution d’un mandat

warrant. Rather, the companion reasons clearly state that the judge's role in investigative proceedings under s. 83.28 is limited to ensuring that information is gathered in a proper manner and protecting the integrity of the investigation and interests of the witness (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, at paras. 86-87). However, the evidentiary uncertainty preceding both procedures is the same. Without knowing what information will be revealed, it is not possible, in my view, to evaluate the seriousness of the risk to third parties' rights and to the proper administration of justice. Judges simply do not have sufficient evidence on which to make an informed assessment. Thus, in the case of investigative hearings, the presumption of openness must yield to other serious considerations so as to preserve the rights of third parties and ensure the proper administration of justice.

In my opinion, the fact that an investigative hearing takes place during an ongoing investigation further supports the confidentiality of the proceedings. For example, the respondent Bagri argues that the premature disclosure of investigative information from a s. 83.28 hearing could compromise the integrity of the ongoing investigations, which could in turn hamper his ability to make full answer and defence in the Air India trial.

Likewise, the fact that the hearing was in part about the constitutional validity of s. 83.28 did not make the imperatives of the open court principle more compelling in this case. To the contrary, the public disclosure of this challenge to the provision would ignore the fact that the Named Person's identity and any information that person may disclose should be kept confidential until the completion of the proceeding. An examination of the record shows that the constitutional challenge could not realistically be separated from the actual investigative hearing — in fact, public disclosure of such a challenge would normally have the effect of publicizing the fact that an application has been made

de perquisition. Les motifs du pourvoi connexe indiquent plutôt clairement que le rôle du juge dans le cadre des procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 se limite à veiller à ce que les renseignements soient recueillis de manière légitime et à protéger l'intégrité de l'investigation et les droits du témoin (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42, par. 86-87). Toutefois, la preuve qui précède ces procédures présente la même incertitude. À mon avis, il est impossible, sans connaître les renseignements qui seront dévoilés, d'évaluer la gravité du risque auquel les droits des tiers et la bonne administration de la justice sont exposés. Les juges ne disposent simplement pas d'éléments de preuve suffisants sur lesquels se fonder pour porter un jugement éclairé. Par conséquent, dans le cas des investigations, la présomption de publicité doit céder le pas devant d'autres considérations sérieuses afin que soient préservés les droits des tiers et la bonne administration de la justice.

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

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

80

81

under s. 83.28 and that an investigative hearing may be taking place, though I would not rule out the possibility of isolating these proceedings and holding them in open court under the appropriate circumstances. In my view, the protection of the judicial system's integrity does not depend on the public's knowledge of potentially harmful information, especially in light of the fact that any information which is found to be non-prejudicial will be publicly disclosed after the end of the proceeding.

82

For the same reasons, like Holmes J. (*Vancouver Sun (Re)*, [2003] B.C.J. No. 1992 (QL), 2003 BCSC 1330), I see no merit in alerting the media to the fact that an *in camera* hearing is to take place. Advance notice of the s. 83.28 hearing would serve no useful purpose. The media's pursuit of a newsworthy event at that point would only undermine the proper administration of justice and could potentially damage third parties' rights and interests. The trouble is that until the witness testifies, is it inherently uncertain whether or not public access to the hearing will jeopardize the countervailing interests at stake.

V. Completion of the Investigative Hearing

83

I agree with Holmes J. that different considerations apply after the completion of investigative procedures (para. 27). Much like the execution of a search warrant, the evidentiary uncertainty surrounding investigative proceedings under s. 83.28 is dispelled upon completion of the hearing and "the purposes of the policy of secrecy are largely, if not entirely, accomplished": *MacIntyre, supra*, at p. 188. The information gathered by the Crown at the s. 83.28 proceeding will provide a basis upon which the presiding judge can balance the competing interests at stake and more accurately assess the risk presented by the disclosure of information to third parties and to the proper administration of justice. Consequently, all information which is deemed non-prejudicial can be released

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

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

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

Comme la juge Holmes, j'estime que différentes considérations s'appliquent une fois les procédures d'enquête terminées (par. 27). Tout comme pour l'exécution d'un mandat de perquisition, l'incertitude de la preuve quant aux procédures d'enquête prévues à l'art. 83.28 n'existe plus une fois l'investigation terminée et « les objectifs que vise le principe du secret sont en grande partie sinon complètement atteints » : *MacIntyre*, précité, p. 188. Le juge qui préside pourra se fonder sur les renseignements recueillis par le ministère public dans le cadre de la procédure prévue sur l'art. 83.28 pour pondérer les intérêts opposés qui sont en jeu et évaluer plus exactement le risque que la divulgation de renseignements présente pour des tiers et la bonne

shortly after the hearing. Because openness is the presumption, the person who wishes to deny the right of public access has the burden of proof and must satisfy the *Dagenais/Mentuck* test.

VI. Conclusion

Although the rule is that of openness, where the rights of third parties would be unduly harmed and the administration of justice rendered unworkable by the presence of the public, the court may sit *in camera*. Such is normally the case for investigative proceedings under s. 83.28.

Courts reviewing a trial judge's decision to deny public access must remember that a trial judge is usually in the best position to assess the demands of a given situation: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 77. A reviewing court may look at the facts of this case in hindsight and conclude that the level of secrecy imposed from the outset was unnecessary. Nonetheless, there is no way of knowing this prior to the investigative hearing, because until the witness has testified, judges cannot assess with any degree of accuracy the extent to which the proper administration of justice and third parties' rights could be jeopardized. Accordingly, I find that Holmes J. properly exercised her discretion and did not err by ordering that the s. 83.28 hearing be held *in camera*. For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LEBEL J. — Subject to my comments in the companion case of *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42, I agree with the reasons of Iacobucci and Arbour JJ. and with their proposed disposition in this appeal.

administration de la justice. Par conséquent, tout renseignement réputé non préjudiciable peut être communiqué peu après l'investigation. Vu la présomption de publicité, c'est à la partie qui demande au tribunal de refuser au public l'accès à ces renseignements qu'incombe la charge de la preuve et l'obligation de satisfaire au critère de *Dagenais/Mentuck*.

VI. Conclusion

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

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

Version française des motifs rendus par

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

84

85

86

APPENDIXStatutory Provisions

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

INVESTIGATIVE HEARING

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

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

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

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

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

ANNEXEDispositions législatives

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

INVESTIGATION

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

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

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

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

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

- (5) An order made under subsection (4) may
- (a) order the examination, on oath or not, of a person named in the order;
 - (b) order the person to attend at the place fixed by the judge, or by the judge designated under paragraph (d), as the case may be, for the examination and to remain in attendance until excused by the presiding judge;
 - (c) order the person to bring to the examination any thing in their possession or control, and produce it to the presiding judge;
 - (d) designate another judge as the judge before whom the examination is to take place; and
 - (e) include any other terms or conditions that the judge considers desirable, including terms or conditions for the protection of the interests of the person named in the order and of third parties or for the protection of any ongoing investigation.
- (6) An order made under subsection (4) may be executed anywhere in Canada.
- (7) The judge who made the order under subsection (4), or another judge of the same court, may vary its terms and conditions.
- (8) A person named in an order made under subsection (4) shall answer questions put to the person by the Attorney General or the Attorney General's agent, and shall produce to the presiding judge things that the person was ordered to bring, but may refuse if answering a question or producing a thing would disclose information that is protected by any law relating to non-disclosure of information or to privilege.
- (9) The presiding judge shall rule on any objection or other issue relating to a refusal to answer a question or to produce a thing.
- (10) No person shall be excused from answering a question or producing a thing under subsection (8) on the ground that the answer or thing may tend to incriminate the person or subject the person to any proceeding or penalty, but
- (a) no answer given or thing produced under subsection (8) shall be used or received against the person in any criminal proceedings against that person, other than a prosecution under section 132 or 136; and
 - (b) no evidence derived from the evidence obtained from the person shall be used or received against the person in any criminal proceedings against that
- (5) L'ordonnance peut contenir les dispositions suivantes :
- a) l'ordre de procéder à l'interrogatoire, sous serment ou non, d'une personne désignée;
 - b) l'ordre à cette personne de se présenter au lieu que le juge ou le juge désigné au titre de l'alinéa d) fixe pour l'interrogatoire et de demeurer présente jusqu'à ce qu'elle soit libérée par le juge qui préside;
 - c) l'ordre à cette personne d'apporter avec elle toute chose qu'elle a en sa possession ou à sa disposition afin de la remettre au juge qui préside;
 - d) la désignation d'un autre juge pour présider l'interrogatoire;
 - e) les modalités que le juge estime indiquées, notamment quant à la protection des droits de la personne que l'ordonnance vise ou de ceux des tiers, ou quant à la protection de toute investigation en cours.
- (6) L'ordonnance peut être exécutée en tout lieu au Canada.
- (7) Le juge qui a rendu l'ordonnance ou un autre juge du même tribunal peut modifier les conditions de celle-ci.
- (8) La personne visée par l'ordonnance répond aux questions qui lui sont posées par le procureur général ou son représentant, et remet au juge qui préside les choses exigées par l'ordonnance, mais peut refuser de le faire dans la mesure où la réponse aux questions ou la remise de choses révélerait des renseignements protégés par le droit applicable en matière de divulgation ou de privilèges.
- (9) Le juge qui préside statue sur toute objection ou question concernant le refus de répondre à une question ou de lui remettre une chose.
- (10) Nul n'est dispensé de répondre aux questions ou de produire une chose aux termes du paragraphe (8) pour la raison que la réponse ou la chose remise peut tendre à l'incriminer ou à l'exposer à quelque procédure ou pénalité, mais :
- a) la réponse donnée ou la chose remise aux termes du paragraphe (8) ne peut être utilisée ou admise contre lui dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136;
 - b) aucune preuve provenant de la preuve obtenue de la personne ne peut être utilisée ou admise contre elle dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui

person, other than a prosecution under section 132 or 136.

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

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

Appeal allowed in part, BASTARACHE and DESCHAMPS JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

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

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

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

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

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

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

concerne les poursuites prévues aux articles 132 ou 136.

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

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

Pourvoi accueilli en partie, les juges BASTARACHE et DESCHAMPS sont dissidents en partie.

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

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

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

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

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

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

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.