

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**Les ordonnances de non-publication à l'enquête sur mise
en liberté provisoire et à l'enquête préliminaire :
quand inefficacité rime avec inconstitutionnalité**

par
Richard Biron

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maître en droit (L.L.M.)
Maîtrise en droit – option recherche

Août 2008



© Richard Biron, 2008

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé
**Les ordonnances de non-publication à l'enquête sur mise
en liberté provisoire et à l'enquête préliminaire :
quand inefficacité rime avec inconstitutionnalité**

présenté par
Richard Biron

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Karim Benyekhlef

président-rapporteur

Pierre Trudel

directeur de recherche

Anne-Marie Boisvert

membre du jury

RÉSUMÉ

Le présent mémoire se penche sur la constitutionnalité des articles 517 et 539 *C.cr.*, qui prévoient des ordonnances de non-publication à l'enquête sur mise en liberté provisoire ainsi qu'à l'enquête préliminaire. L'auteur présente d'abord les modalités d'application de chacune de ces ordonnances. Suit ensuite un portrait de la jurisprudence sur la constitutionnalité de ces deux dispositions.

L'auteur applique par la suite aux dispositions le test élaboré dans l'arrêt *Oakes*. Il conclut que l'objectif des dispositions, qui consiste à assurer un procès équitable à l'accusé, est urgent et réel. L'auteur constate ensuite que le critère du lien rationnel n'est pas satisfait puisque, ordonnance ou pas, les informations préjudiciables pour un accusé seront de toute façon dispersées dans le public, notamment grâce aux nouvelles technologies de l'information. À défaut de profiter d'informations fiables retransmises par les médias, le public devra se concentrer sur les rumeurs non vérifiables propagées par le Web. Le critère de l'atteinte minimale est également examiné. L'auteur estime que ni les récusations motivées, ni le changement de venue, ni les directives aux jurés ne sont en mesure de remplacer des ordonnances de non-publication. Enfin, l'auteur estime que les articles 517 et 539 *C.cr.* échouent le critère de proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques.

En conclusion, comme alternative aux interdictions de publication, l'auteur propose une réforme du processus de récusations motivées.

Mots-clés

Ordonnances de non-publication – procès équitable – liberté d'expression – liberté de presse – droit des médias – droit criminel – jurys

ABSTRACT

This thesis examines the constitutionality of sections 517 et 539 of the *Criminal Code*, which permits the judge presiding over a bail hearing or a preliminary inquiry to impose a publication ban. The author explains the way these bans are applied. He then reviews the existing case law regarding the constitutionality of these sections of the *Criminal Code*.

In the second part of his thesis, the author applies the *Oakes* test to both sections. He first deals with the contextual factors to be considered in the analysis. He then examines the objective of the sections, which is to protect the right of the accused to a fair trial. He concludes that this objective is pressing and substantial. On the other hand, the rational connection test is not satisfied, because even with a ban, the prejudicial information will still be transmitted to the public through new technologies such as the Internet. If no information is allowed to be published by the journalists, the public will have to rely solely on rumours and possibly false news circulating on the Web. The minimal impairment test is also examined. Neither challenge for cause, nor change of venue or judicial instructions can replace effectively publication bans. Applying the last part of the *Oakes* test, the author fails to find that the deleterious effects of publication bans are proportionate to their salutary effects.

In conclusion, the author briefly proposes a reform of the challenge for cause process.

Keywords

Publication bans – fair trial – freedom of expression – freedom of press – media law – criminal law – juries

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	i
ABSTRACT	ii
LISTE DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES	vi
INTRODUCTION	1
I. L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT	6
1.1. Les articles 517 et 539 <i>C.cr.</i> : leur mécanisme et leur champ d'application	6
1.1.1. Qui peut solliciter l'ordonnance de non-publication	8
1.1.1.1. La demande de la Couronne	8
a) L'affaire <i>Dagenais</i>	8
b) L'affaire <i>Mentuck</i>	12
c) L'application des arrêts <i>Dagenais</i> et <i>Mentuck</i>	16
1.1.1.2. La demande par la défense	26
1.1.2. Le moment de la demande de l'ordonnance	27
1.1.2.1. À l'enquête sur mise en liberté provisoire	27
1.1.2.2. À l'enquête préliminaire	31
1.1.3. La condamnation en vertu des articles 517(2) et 539(3) <i>C.cr.</i>	33
1.1.4. Les informations couvertes par l'ordonnance	34
1.1.4.1. Les sources extrajudiciaires	36
1.1.4.2. Les informations déjà dans le domaine public	41
1.2. État de la jurisprudence sur la constitutionnalité des articles	46
1.2.1. La jurisprudence pré- <i>Dagenais</i>	48
1.2.1.1. L'affaire <i>Banville</i>	48
a) Le jugement de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick	48
b) Le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick	52
1.2.1.2. L'affaire <i>Global Communications</i>	53
a) Le jugement de la Haute Cour de Justice de l'Ontario	53
b) Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario	57
1.2.2. La jurisprudence post- <i>Dagenais</i>	61
1.2.2.1. L'affaire <i>Toronto Star Newspapers Ltd.</i>	61
1.2.2.2. L'affaire <i>White</i>	62
II. LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 517 ET 539 <i>C.cr.</i>	66
2.1. Les droits constitutionnels heurtés par les articles 517 et 539 <i>C.cr.</i>	66
2.1.1. La liberté d'expression	66
2.1.2. Le droit à un procès public	67

2.2. La clause limitative : article 1 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	72
2.2.1 L'objectif poursuivi par le législateur	73
2.2.1.1 La détermination de l'objectif	73
2.2.1.1.1 L'historique législatif des articles 517 et 539 <i>C.cr.</i>	73
a) L'article 517 <i>C.cr.</i>	73
b) L'article 539 <i>C.cr.</i>	76
2.2.1.1.2 Le droit à un procès équitable	78
a) La preuve présentée à l'enquête sur mise en liberté provisoire	79
b) La preuve présentée à l'enquête préliminaire	80
2.2.1.1.3 Les autres objectifs	83
2.2.2 Les facteurs contextuels	85
2.2.2.1 La nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur	86
2.2.2.2 La vulnérabilité du groupe protégé	91
2.2.2.3 Les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice	94
2.2.2.4 La nature de l'activité protégée	95
2.2.2.5 Conclusion quant aux facteurs contextuels	96
2.2.3 L'application du critère de l'objectif urgent et réel	98
2.2.4 Le critère de proportionnalité	99
2.2.4.1 Le lien rationnel entre l'objectif et la règle de droit	99
2.2.4.1.1 L'impact des informations sur les candidats jurés	100
2.2.4.1.2 L'efficacité des ordonnances de non-publication pour empêcher l'information de parvenir aux candidats jurés	106
a) La commission Gomery	108
b) L'affaire Bernardo-Homolka	113
c) La question internationale	121
d) Conclusion quant à l'efficacité des ordonnances de non-publication pour empêcher l'information de parvenir aux candidats jurés	126
2.2.4.2 L'atteinte minimale	130
2.2.4.2.1 Le caractère temporaire des ordonnances	131
2.2.4.2.2 Les alternatives à l'ordonnance de non-publication	132
a) Les récusations motivées	133
b) Le changement de venue	139
c) Les directives aux jurés	144
2.2.2.3 La proportionnalité globale	146

CONCLUSION 149
SOURCES DOCUMENTAIRES 152

LISTE DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES

A.C.Q.B.	Alberta Court of Queen's Bench
A.J.	Alberta Judgments (Quicklaw)
B.C.J.	British Columbia Judgments (Quicklaw)
B.C.P.C.	British Columbia Provincial Court
B.C.S.C.	British Columbia Supreme Court
C.A.C.-B.	Cour d'appel de la Colombie-Britannique
C.A.M.	Cour d'appel du Manitoba
C.A.N.-B.	Cour d'appel du Nouveau-Brunswick
C.A.O.	Cour d'appel de l'Ontario
C.A.Q.	Cour d'appel du Québec
C.A.S.	Cour d'appel de la Saskatchewan
C.cr.	Code criminel
C.S.	Cour supérieure du Québec
C.S.P.	Cour des sessions de la paix
C.S.T.-N. – C.A.	Cour suprême de Terre-Neuve – Cour d'appel
C.S.Y.	Cour suprême du Yukon
J.Q.	Jugements du Québec (Quicklaw)
M.J.	Manitoba Judgments (Quicklaw)
N.B.J.	New Brunswick Judgments
N.B.P.C.	New Brunswick Provincial Court
N.B.Q.B.	New Brunswick Court of Queen's Bench
N.B.S.C. – Q.B.D.	New Brunswick Supreme Court – Queen's Bench Division
N.J.	Newfoundland Judgments (Quicklaw)
N.S.J.	Nova Scotia Judgments (Quicklaw)
N.S.S.C.A.D.	Nova Scotia Supreme Court Appeal Division
N.W.T.J.	Northwest Territories Judgments (Quicklaw)
O.C.J.	Ontario Court of Justice
O.H.C.J.	Ontario High Court of Justice
O.J.	Ontario Judgments (Quicklaw)
O.P.C.	Ontario Provincial Court
O.S.C. – H.C.J.	Ontario Supreme Court – High Court of Justice
R.C.S.	Recueils des arrêts de la Cour suprême du Canada
S.C.C.A.	Supreme Court of Canada (Quicklaw)
S.C.Q.B.	Saskatchewan Court of Queen's Bench
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.J.	Saskatchewan Judgments (Quicklaw)
T.C.N.T.	Territorial Court of the Northwest Territories
U.S.S.C.	United States Supreme Court

UNSW Law Journal
Y.J.

University of New South Wales Law Journal
Yukon Judgements (Quicklaw)

INTRODUCTION

Karla Homolka, la complice du meurtrier et violeur en série Paul Bernardo, fait désormais partie du paysage médiatique canadien. Journalistes, éditorialistes et commentateurs ont rappelé à satiété les conséquences de la négociation de plaidoyer qui a mené en 1993 à la condamnation de la célèbre criminelle pour homicide involontaire. Or, la réduction des chefs d'accusation n'a pas été le seul générateur de controverse dans cette affaire. Davantage oubliée du grand public, l'ordonnance de non-publication dont était frappée l'audience au cours de laquelle la jeune femme a plaidé coupable n'en a pas moins donné naissance aux scènes les plus surréalistes dans la jeune histoire de la liberté d'expression au Canada. L'interdit de publication du juge Kovacs¹ devait à l'origine mettre un frein au « sensationnalisme »² des médias qui risquaient de priver Paul Bernardo de son droit à un procès équitable. Toutefois, loin d'apaiser l'opinion publique, la mesure a vraiment tourné au burlesque. Les médias américains, qui ne s'estimaient pas visés par l'ordonnance, ont quand même publié les faits litigieux. On a alors assisté à des actes dignes des régimes totalitaires³. Devant la disette d'information, la demande pour les journaux américains est devenue si grande que certains se sont mis à faire la « contrebande »⁴ du *Buffalo Evening News*. La police a entrepris d'arrêter à la frontière ceux qui transportaient plus d'un exemplaire du quotidien. Les copies excédentaires étaient confisquées. D'autres publications, dont *The New York Times*, étaient carrément interdites d'entrée au Canada. Quant aux câblodistributeurs canadiens, ils censuraient les bulletins de nouvelles en provenance du pays de l'Oncle Sam. Lorsque arrivait l'heure des informations

¹ *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047 (O.C.J.).

² *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047, par. 9 (O.C.J.).

³ Pour une description des événements, voir Daniel HENRY, « Free Expression and Publication Bans : Towards a More Open Criminal Justice System », (2006) 19 *Nat'l J. Const. L.* 337, 345. Voir également Clyde H. FARNSWORTH, « Murder Trial in Canada stirs Press Freedom Fight », *The New York Times*, vendredi 10 décembre 1993, section A, page 3.

⁴ *The New York Times* parle de « boothlegging » dans Clyde H. FARNSWORTH, « Murder Trial in Canada stirs Press Freedom Fight », *The New York Times*, vendredi 10 décembre 1993, section A, page 3.

télévisées, un message indiquait aux téléspectateurs que l'émission ne pouvait être retransmise étant donné un ordre de la Cour. Un policier à la retraite a écopé d'une amende de 4000 \$ pour avoir, dans un esprit de contestation, violé publiquement et sciemment l'ordonnance. Son crime : avoir posté à quelque 200 Canadiens un exemplaire du journal anglais *Sunday Mirror* dévoilant les détails interdits de l'affaire Homolka!⁵

Inutile de rappeler qu'au moment de ces événements, Internet, champion de la libre circulation de l'information, n'avait pas encore investi en masse les foyers canadiens. À l'heure du Web, le contrôle du respect des ordonnances de non-publication s'annonce ardu, sinon futile. À preuve, le cas du meurtrier en série Robert Pickton, dont les faits relatés à l'enquête préliminaire avait fait l'objet d'une ordonnance de non-publication. Malgré l'engagement des médias américains de faire en sorte que les informations frappées de l'interdit soient inaccessibles au Canada, une chaîne américaine les a diffusées sur son site Internet. Certes, elle faisait précéder la page Web du message suivant : « If you're from Canada, Don't Read This »!⁶ On peut toutefois douter du succès d'un tel avertissement.

Dans ce cas, le public qui s'était abreuvé à des sources extraterritoriales avait eu de la chance : les informations divulguées l'avaient été par une entreprise de presse reconnue, soumise à certains standards de neutralité et de rigueur. Que dire si elles avaient été transmises par quelque quidam exploitant un blogue outre-frontière? La Commission Gomery, chargée d'enquêter sur le programme des commandites, a donné lieu à une telle scène. L'Américain Edward Morrissey a publié sur son blogue du Minnesota le contenu du témoignage de Jean Brault frappé d'une ordonnance de non-publication. Une lecture des coupures de presse nous permet d'apprendre que « quelqu'un » lui a suggéré de publier les informations litigieuses et que les informations étaient

⁵ PRESSE CANADIENNE, « Un ex-policier arrêté », *Le Soleil*, dimanche 21 novembre 1993, p. B8. Voir également *R. v. Domm*, [1996] O.J. (Quicklaw), n° 4300 (C.A.O.), l'arrêt par lequel la Cour d'appel de l'Ontario a refusé de revenir sur le verdict de première instance condamnant le policier à la retraite.

⁶ Voir Daniel HENRY, « Free Expression and Publication Bans : Towards a More Open Criminal Justice System », (2006) 19 *Nat'l J. Const. L.* 337, 355.

recueillies par « un témoin » qui assistait aux audiences. C'est à peu près tout ce qu'on sait de la couverture de la commission par « Captain Ed ». Ah oui, on apprend aussi que son site a été visité un million et demi de fois en quatre jours!⁷ À l'époque, à moins d'assister aux audiences, il était impossible de savoir si les informations véhiculées à une si grande échelle étaient exactes. Et même si elles ne l'avaient pas été, personne n'aurait pu le souligner publiquement.

Le présent mémoire s'attardera aux ordonnances de non-publication prononcées dans le cadre de l'enquête sur cautionnement et de l'enquête préliminaire, deux importantes étapes précédant un procès criminel au fond. Prévus aux articles 517 et 539 du *Code criminel*, ces interdits de publication sont souvent présentés comme un rempart contre la contamination des jurés potentiels. En limitant les détails dévoilés par les médias avant la sélection des jurés, plusieurs estiment que ceux-ci se concentreront uniquement sur les preuves présentées lors d'un procès et non sur les détails révélés par les reporters lors des étapes préliminaires.

Toutefois, les situations décrites ci-dessus l'ont montré avec éloquence, cette ligne de pensée tient de moins en moins la route. Certes, ces exemples, loin d'être représentatifs des interdits de publication prononcés à la grandeur du pays, sont extrêmes puisqu'ils se rapportent aux plus médiatisés de tous les procès, notamment ceux qui ont suscité un intérêt à l'échelle internationale⁸. C'est donc dans les cas où la couverture médiatique est la plus intense que le processus semble déraiser. Or, il est permis de postuler que c'est également lorsque la couverture médiatique est la plus grande que les jurés risquent le plus de retenir les reportages répétés des médias et d'être influencés par ceux-ci. Avec le développement des nouveaux médias, le problème ne peut que s'accroître.

⁷ Jonathan TRUDEL, « Au blogue, citoyens! », *L'actualité*, vol. 30, n°19, le 1^{er} décembre 2005, p. 35.

⁸ Il ne faut pas perdre de vue que des centaines, voire des milliers d'ordonnances de non-publication sont prononcées quotidiennement au Canada. Voir Daniel HENRY, « Free Expression and Publication Bans : Towards a More Open Criminal Justice System », (2006) 19 *Nat'l J. Const. L.* 337, 362.

Dans les pages qui suivent, nous nous demanderons si les ordonnances rendues à l'enquête sur cautionnement et à l'enquête préliminaire – qui sont analogues à quelques détails près – sont toujours constitutionnelles au regard de la réalité actuelle. Les tribunaux se sont déjà penchés directement sur la question au début des années 80⁹. Au cours des deux dernières décennies, leurs décisions confirmant la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* ont fait autorité. Pendant ce temps, le paysage médiatique a connu une métamorphose radicale avec le développement d'Internet. Même à l'extérieur de la sphère très publique de la Toile, l'information s'est mise à voyager plus rapidement que jamais. Les courriels sont devenus légion, Blackberry et cellulaires ont commencé à proliférer. Sur une note strictement juridique, la Cour suprême a opéré en 1994 un virage majeur dans l'arbitrage du conflit entre la liberté d'expression et le droit à un procès juste et équitable¹⁰, modifiant de beaucoup le courant jurisprudentiel établi en matière d'ordonnances de non-publication basées sur un pouvoir discrétionnaire de *common law*. Ce n'est toutefois que récemment que la constitutionnalité des articles 517 et 539 du *Code criminel* a été contestée à la lumière de cette évolution. En mai 2007, dans l'affaire *White*¹¹, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a estimé que l'article 517 était inconstitutionnel dans sa forme actuelle et l'a reformulé pour le rendre conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'affaire s'est retrouvée en Cour d'appel de l'Alberta. Au moment d'écrire ces lignes, elle avait été plaidée et le jugement était imminent. Signe que la question est encore loin de faire l'unanimité, en Ontario, le même débat, tenu presque simultanément, a été tranché différemment, la Cour supérieure de Justice de l'Ontario s'estimant liée par une décision datant de 1984.¹²

⁹ Sur la constitutionnalité de l'ordonnance de non publication à l'enquête préliminaire, voir *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.); en appel, *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B). Sur la constitutionnalité à l'enquête sur cautionnement, voir *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, (1983) 42 O.R. (2^d) 13 (O.H.C.J.) et, en appel, *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.).

¹⁰ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

¹¹ *R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608 (A.C.Q.B.).

¹² *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] O.J. (Quicklaw) n° 752 (O.S.C.J.).

Dans le présent mémoire, nous présenterons d'abord les ordonnances prévues aux articles 517 et 539 *C.cr.* Nous nous livrerons ensuite à notre tour à l'analyse que devraient, à notre avis, entreprendre les tribunaux pour juger de la constitutionnalité des articles 517 et 539 du *Code criminel*. Plus exhaustif que celui de l'affaire *White*, notre examen nous amènera à conclure que ces deux articles, tels que rédigés, ne peuvent résister au schème d'analyse développé par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*.¹³ Forts de ce constat, nous terminerons ce mémoire en suggérant au législateur une solution qui pourrait fort bien remplacer les ordonnances de non-publication systématiques, à savoir une réforme de la procédure entourant les récusations motivées de candidats jurés.

¹³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT

1.1 Les articles 517 et 539 du *Code criminel* : leur mécanisme et leur champ d'application

Tous les criminalistes plaidant des causes médiatisées connaissent les articles 517 et 539 du *Code criminel*. Les ordonnances de non-publication qui y sont prévues sont probablement les plus usitées dans notre système de droit¹⁴. L'article 517 traite de l'ordonnance de non-publication à l'enquête sur mise en liberté provisoire. Il se lit comme suit :

Ordonnance de non-publication

517. (1) Si le poursuivant ou le prévenu déclare son intention de faire valoir des motifs justificatifs aux termes de l'article 515 au juge de paix, celui-ci peut et doit, sur demande du prévenu, avant le début des procédures engagées en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient ni publiés ni diffusés de quelque façon que ce soit :

- a) si une enquête préliminaire est tenue, tant que le prévenu auquel se rapportent les procédures n'aura pas été libéré;
- b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

Omission de se conformer

(2) Quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, omet de se conformer à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) [Abrogé, 2005, ch. 32, art. 17]

¹⁴ L'ordonnance de non-publication de l'identité des plaignants d'infractions à caractère sexuel, prévue à l'article 486.4 du *Code criminel*, est également largement utilisée.

L.R. (1985), ch. C-46, art. 517; L.R. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 101(A); 2005, ch. 32, art. 17.

Quant à l'article 539 C.cr., il encadre les demandes d'ordonnances de non-publication au stade de l'enquête préliminaire. La disposition est formulée ainsi :

Ordonnances restreignant la publication de la preuve recueillie lors d'une enquête préliminaire

539. (1) Avant qu'il ne commence à recueillir la preuve lors d'une enquête préliminaire, le juge de paix qui préside l'enquête peut, à la demande du poursuivant ou doit, à la demande d'un prévenu, rendre une ordonnance portant que la preuve recueillie lors de l'enquête ne peut être publiée ou diffusée de quelque façon que ce soit avant que chacun des prévenus ne soit libéré ou, s'il y a renvoi aux fins de procès, avant que le procès de chacun d'eux n'ait pris fin.

Le prévenu doit être averti qu'il a le droit de faire une demande d'ordonnance

(2) Lorsqu'un prévenu n'est pas représenté par avocat lors de l'enquête préliminaire, le juge de paix qui tient l'enquête doit, avant qu'il ne commence à recueillir la preuve à l'enquête, faire part à l'accusé de son droit de faire une demande en vertu du paragraphe (1).

Défaut de se conformer à l'ordonnance

(3) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque fait défaut de se conformer à une ordonnance rendue en conformité avec le paragraphe (1).

(4) [Abrogé, 2005, ch. 32, art. 18]

L.R. (1985), ch. C-46, art. 539; L.R. (1985), ch. 27 (1er suppl.), art. 97; 2005, ch. 32, art. 18.

1.1.1. Qui peut solliciter l'ordonnance de non-publication?

Comme le prévoit le libellé des articles 517 et 539 *C.cr.*, le juge *peut* prononcer une ordonnance de non-publication lorsque la Couronne lui en fait la demande. Il jouit donc d'une discrétion à cet égard. Il en est tout autrement lorsqu'un prévenu requiert un interdit de publication. Le magistrat n'a alors aucune latitude : il *doit* accorder la mesure demandée. Nous examinerons plus en détail les deux situations dans les sections qui suivent.

1.1.1.1. La demande par la Couronne

Lors d'une demande faite par la Couronne, le juge doit exercer sa discrétion « de façon judiciaire et non pas capricieuse »¹⁵. En fait, cette « discrétion », si elle est ainsi appelée en jurisprudence, semble tellement encadrée qu'elle n'en est plus vraiment une. Dans l'arrêt *Dagenais*¹⁶, la Cour suprême a en effet conçu un critère si strict qu'il laisse peu de place au bon vouloir du juge. Véritable révolution en matière d'arbitrage du conflit entre la liberté d'expression et le droit à un procès équitable, l'affaire a pris une telle importance en droit des médias qu'elle mérite d'être examinée en profondeur.

a) L'affaire *Dagenais*

Au début des années 90, des accusations ont été portées contre quatre membres ou anciens membres d'une congrégation religieuse. On leur reprochait d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons dont les soins leur étaient confiés. Au début du mois de novembre 1992, la Société Radio-Canada a annoncé qu'elle diffuserait une série intitulée *The Boys of St. Vincent*, un récit d'abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique. L'histoire était fictive, mais plusieurs faits ressemblaient à

¹⁵ *R. c. Parasiris*, C.S. Longueuil, n° 505-01-068171-079, 20 avril 2007, j. Boilard, par. 3.

¹⁶ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

ceux des procès à venir. Le premier épisode de la série devait être diffusé le 6 décembre 1992 en soirée et le second, le lendemain soir.

Le 4 décembre, alors que le procès d'un des accusés était en cours et que ceux des autres devaient débiter entre huit semaines et sept mois plus tard, leurs avocats ont obtenu une injonction interlocutoire interdisant la diffusion de la série partout au pays. Le juge Gotlib de la Cour de justice de l'Ontario a accordé la mesure en vertu d'un pouvoir discrétionnaire de common law permettant à un juge d'agir pour assurer à un accusé un procès équitable. La Cour a également prononcé une ordonnance interdisant aux médias de rendre publics la demande de l'interdit de publication ainsi que tout document s'y rapportant. Ces ordonnances devaient valoir jusqu'à la fin des quatre procès, sans toutefois s'étendre aux procédures relatives à un appel éventuel.¹⁷ Le juge a également ordonné que l'affaire soit entendue sans délai sur le fond.

Saisie de l'affaire, la Cour d'appel de l'Ontario noté qu'en cas de conflit entre la liberté de presse et le droit à un procès équitable, la jurisprudence canadienne donnait préséance à ce second droit¹⁸. Elle a ainsi confirmé l'injonction se rapportant à la diffusion, mais en a limité la portée à l'Ontario et à la station CBMT-TV à Montréal. La Cour a par ailleurs infirmé l'ordonnance interdisant toute publicité sur la diffusion et sur l'existence même de la procédure ayant entraîné l'interdit de publication.

La Cour suprême du Canada a ensuite entendu l'affaire. Après s'être prononcée sur une question de compétence, la majorité, sous la plume du juge Lamer, a estimé que le pouvoir discrétionnaire conféré par la règle de common law qui donne au juge le pouvoir de rendre une ordonnance de non-publication pour protéger le droit à un procès équitable d'un accusé doit être exercé dans les limites prescrites par la *Charte*¹⁹. Jusque là, la règle avait toujours été

¹⁷ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 852.

¹⁸ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 855. Sur la question de la préséance du droit à un procès équitable sur la liberté de presse avant l'arrêt *Dagenais*, voir également *Steiner c. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14 (O.H.C.J.) et *R. c. Begley*, [1982] O.J. (Quicklaw) n° 3455 (O.H.C.J.).

¹⁹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 875.

interprétée comme obligeant ceux qui demandaient une ordonnance à démontrer un risque réel et important qu'il y ait entrave au droit à un procès équitable. Cette fois, les juges ont estimé qu'avec l'entrée en vigueur de la *Charte*, ce test devenait inconstitutionnel. C'est qu'en procédant de la sorte, on accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable, garanti par les articles 7 et 11*d*) de la *Charte*, qu'à la liberté d'expression, prévue par l'article 2*b*). Le juge Lamer s'est exprimé ainsi :

À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2*b*) et 11*d*). Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'al. 11*d*) par rapport à ceux que garantit l'al. 2*b*). Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.²⁰

Le juge en chef a alors élaboré un nouveau test destiné à guider les juges appelés à accorder une ordonnance de non-publication en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Ainsi, une telle ordonnance ne sera rendue que si :

- a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance.²¹

Le juge Lamer a indiqué qu'afin de déterminer si la première portion du test est satisfaite, le magistrat doit examiner toutes les options autres que l'interdiction et doit conclure qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et

²⁰ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 877.

²¹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 878.

efficace. En outre, le juge devra considérer tous les moyens possibles de circonscrire l'interdiction et la restreindre autant que possible.²² La Cour suprême a également statué que la preuve incombait à la partie demandant l'ordonnance.

Le juge en chef a donc appliqué ce test au cas de la télésérie *The Boys of St. Vincent*. Procédant à la première étape de l'analyse, il a d'abord estimé que l'interdit de publication visait nettement à écarter le risque réel et important que le procès des quatre accusés soit inéquitable.²³ Il a toutefois considéré qu'il existait d'autres mesures raisonnables qui auraient pu contrer le risque d'iniquité du procès sans pour autant restreindre la liberté d'expression des tiers.

D'abord, de l'avis de la Cour, l'ordonnance initiale était beaucoup trop générale en ce qu'elle interdisait la diffusion de la série d'un océan à l'autre et qu'elle prohibait même les commentaires sur l'ordonnance elle-même. Quant aux mesures de rechange disponibles pour sauvegarder l'équité du procès, le juge en a évoqué plusieurs, sans toutefois se prononcer directement sur le cas qui lui était soumis :

L'ordonnance de non-publication rendue par le juge Gotlib a, en fait, pris fin, ce qui annule la nécessité d'examiner en détail les autres mesures qui étaient disponibles en l'espèce. Parmi les possibilités qui viennent d'emblée à l'esprit, il y a l'ajournement des procès, le changement de lieu, l'isolement du jury, les récusations motivées et les voir-dire au cours de la sélection des jurés, ainsi que des directives fermes au jury. Dans le cas du procès de Dagenais, le juge pouvait isoler le jury et lui donner des directives. Quant aux trois autres accusés, on aurait pu, à part l'isolement, recourir à ces autres solutions.²⁴

Comme l'ordonnance en cause a échoué la première étape du test, la Cour n'a pas jugé bon de procéder à l'analyse suivant la seconde étape.

²² *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 891.

²³ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 880.

²⁴ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 881.

b) L'affaire *Mentuck*

Le test développé dans l'arrêt *Dagenais* s'appliquait au cas où la liberté d'expression entrerait en conflit avec le droit à un procès équitable. Or, les demandes d'interdits de publication peuvent être à l'origine de situations où une autre valeur fondamentale s'oppose à la liberté d'expression. Dans l'affaire *Mentuck*²⁵, par exemple, la Couronne souhaitait obtenir une ordonnance obligeant les médias à taire l'identité d'un informateur de police ainsi que les méthodes employées pour enquêter sur un suspect. Dans ce cas, un volet de la bonne administration de la justice entrerait en conflit avec la liberté d'expression.

Dans cette affaire, le suspect a été inculpé une première fois du meurtre au second degré d'une adolescente de 14 ans, dont le corps avait été retrouvé dans un buisson. Lors d'un premier procès, le juge a ordonné l'arrêt des procédures après avoir jugé inadmissibles certains éléments de preuve cruciaux. Par la suite, le suspect a fait l'objet d'une opération secrète de la Gendarmerie royale du Canada, conduite selon un modèle couramment utilisé par la police canadienne. Des policiers banalisés ont invité le suspect à se joindre à un gang fictif. Ils lui ont demandé d'effectuer certaines tâches, qui lui étaient présentées comme étant de plus en plus importantes. Le travail à faire consistait notamment à livrer un colis, à monter la garde pendant qu'un agent assistait à une réunion et à compter de grosses sommes d'argent. Le suspect était bien rémunéré en échange de ses services.

Les agents ont aussi demandé au suspect d'être franc au sujet du meurtre de la jeune femme. Questionné, il a d'abord nié y avoir été impliqué. Les policiers banalisés lui ont alors fait savoir que le patron du gang était en colère contre celui qui l'avait recruté parce qu'il était un menteur. Derechef, ils ont demandé à leur suspect d'être franc au sujet du meurtre, lui faisant miroiter un stratagème pour le sortir d'affaires. Le gang s'arrangerait pour qu'une personne cancéreuse à l'article de la mort avoue le crime. Ensuite, le gang l'aiderait à poursuivre le

²⁵ R. c. *Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.

gouvernement pour emprisonnement illégal.²⁶ Selon les termes de l'entente proposée, le suspect pourrait alors garder au moins le plus élevé des montants entre 85 000 \$ ou 10 % du règlement.

Grâce à la preuve recueillie lors de cette opération, la Couronne a été en mesure d'accuser à nouveau le suspect. Au milieu du procès, le procureur du ministère public a requis l'ordonnance de non-publication sur l'identité des agents et les méthodes d'enquête, même s'il avait déjà fait mention des renseignements litigieux lors de son exposé préliminaire déjà diffusé par les médias. L'accusé s'est opposé à cette demande, considérant la médiatisation des détails comme essentielle au respect de son droit à un procès équitable.²⁷

Évidemment, si le critère dégagé de l'arrêt Dagenais avait été appliqué strictement à l'affaire, toute ordonnance aurait été refusée, autant la liberté d'expression que le droit à un procès équitable penchant en faveur de ce refus. Dans les circonstances, le juge Iacobucci, au nom d'une Cour suprême unanime, a reformulé le critère à appliquer lorsqu'une partie invoque non pas le droit à un procès équitable, mais la protection d'« autres aspects cruciaux de l'administration de la justice »²⁸. Selon ce nouveau critère, une ordonnance de non-publication ne doit alors 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.²⁹

Le juge Iacobucci a souligné qu'en plus de l'équité du procès et de la bonne administration de la justice, d'autres droits, libertés ou principes pourraient fonder

²⁶ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 4.

²⁷ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 28.

²⁸ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 32.

²⁹ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 32.

une demande d'interdit de publication. Il serait alors possible de recourir à une méthode analogue à celle développée dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*.³⁰

Pour l'application de la première étape du critère développé dans ces arrêts, il vaut de noter qu'une ordonnance de non publication ne sera prononcée que lorsqu'il faudra éviter un danger grave. Une telle ordonnance ne saurait être rendue uniquement pour chercher à obtenir un important bénéfice ou un avantage pour l'administration de la justice.³¹ De même, un juge appelé à prononcer une ordonnance doit se garder d'interpréter trop largement le concept d'« administration de la justice ». Il ne faut pas qu'il serve à garder secrets un grand nombre de renseignements relatifs à l'application de la loi, dont la communication serait compatible avec l'intérêt public.³²

Relativement aux faits précis de l'affaire *Mentuck*, la Cour a refusé de souscrire à la prétention de la Couronne selon laquelle la publication des renseignements relatifs aux techniques policières puisse compromettre sérieusement l'efficacité de ce genre d'opération. Selon le juge Iacobucci, les criminels pouvant conclure qu'ils ont été piégés par la police à partir d'un article de journal sont vraisemblablement capables de le faire « en se fiant à leur jugement ou à des situations semblables décrites dans des films et des livres populaires »³³. De toute façon, les détails d'opérations du type de celle qui était en cause avaient déjà été diffusés par les médias. Par ailleurs, il n'a été possible aux policiers que de citer avec certitude un seul cas où une opération avait été compromise du fait de sa couverture médiatique. Le « risque sérieux » nécessaire pour satisfaire la première étape du critère étant absent, la Cour a rejeté l'appel du ministère public et, comme le premier juge, elle a refusé de prononcer une ordonnance de non-publication sur ce point.

Le juge Iacobucci aurait pu limiter à la première étape son analyse de l'interdit de publication des méthodes policières. Il a tout de même procédé à l'analyse en vertu de la deuxième étape du critère, celui qui traite de la

³⁰ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 33.

³¹ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 34.

³² *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 35.

³³ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 43.

proportionnalité de la mesure. Pour lui, les effets bénéfiques – déjà examinés lors de la première étape du test – ne sont pas importants et convaincants. Par contre, les effets préjudiciables d'un interdit de publication seraient considérables :

Notre système politique et juridique est imprégné du principe fondamental selon lequel la police doit demeurer sous le contrôle et la surveillance des autorités civiles, que représentent nos mandataires démocratiquement élus; notre pays n'est pas un État policier. Les tactiques utilisées par la police et les autres aspects de ses opérations sont présumés être des questions d'intérêt public. Limiter la liberté de la presse en l'empêchant de rapporter les détails des opérations secrètes qui ont recours à la supercherie et qui incitent les suspects à avouer des crimes précis en contrepartie d'avantages financiers et autres empêche le public de porter un jugement critique éclairé sur ce qui peut constituer des actions policières controversées.³⁴

Par ailleurs, le fait que l'affaire ait été entendue par la Cour suprême postérieurement à la conclusion du procès de l'accusé a permis aux juges de considérer les faits avec un intéressant recul. Le deuxième procès de l'accusé s'est soldé par un avortement en raison d'un désaccord du jury. Lors de son troisième procès, l'accusé a été acquitté. La population savait qu'un aveu avait été produit en preuve, mais une ordonnance de non-publication l'aurait empêché juger des circonstances ayant mené au verdict³⁵. On pouvait ainsi s'attendre à ce qu'elle soit déconcertée, voire en colère devant l'acquittement. La Cour suprême a jugé que, dans les circonstances, il devenait d'autant plus important que le public connaisse les méthodes policières employées pour exercer un jugement éclairé sur le système judiciaire.

La conclusion de la Cour a été différente quant à la publication de l'identité des agents banalisés impliqués. Aussi surprenant que cela puisse paraître, ceux-ci semblent avoir utilisé leur véritable nom dans le cadre de l'opération

³⁴ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 50.

³⁵ Il vaut de noter que, même si l'ordonnance de non-publication avait été refusée dès le départ, la Couronne avait obtenu la suspension de l'exécution du juge du procès et, en attendant l'audition du pourvoi, la Cour suprême avait rendu une ordonnance de non-publication totale : *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 7.

policière.³⁶ Ainsi, la publication de ces noms aurait pu mettre la puce à l'oreille aux personnes ciblées par d'autres opérations semblables. Les opérations en question ayant déjà débuté, il aurait par ailleurs été impossible aux policiers de commencer soudainement à utiliser des pseudonymes. C'est pourquoi, la Cour a conclu à l'existence d'un risque sérieux pour l'efficacité des opérations policières.

Les effets bénéfiques de l'interdiction de publier l'identité étaient par ailleurs notables. Celle-ci allait empêcher les personnes visées par une opération en cours de reconnaître dans les médias les policiers banalisés les ayant approchés dans le cadre des opérations secrètes. L'efficacité de celles-ci s'en trouverait donc augmentée. Quant aux effets préjudiciables de l'interdiction, ils ne sont pas aussi substantiels que dans le cas où on déciderait de taire les méthodes d'enquête. Le juge Iacobucci a estimé qu'il est possible de tenir un débat public libre et éclairé sur le bien-fondé des tactiques policières sans qu'il soit nécessaire de connaître l'identité précise des agents en cause. De plus, les effets préjudiciables de l'interdit étaient atténués par son caractère temporaire.

En première instance, le juge avait en effet prohibé la publication de l'identité des policiers pour une période d'un an seulement. Le juge Iacobucci s'est dit en accord avec cette décision, qui allait laisser le temps aux policiers de commencer à utiliser un pseudonyme et allait leur donner une latitude pour leur permettre d'avoir recours à des policiers et à des scénarios différents.

c) L'application des arrêts *Dagenais* et *Mentuck*

Dans l'arrêt *Dagenais*, l'ordonnance de non-publication initiale avait été prononcée en vertu d'une règle de common law³⁷ accordant un pouvoir discrétionnaire au juge. Dans l'affaire *Mentuck*, la demande s'appuyait sur la juridiction inhérente dont dispose une cour supérieure, en vertu de la common law, pour prononcer des ordonnances ponctuelles et discrétionnaires en vue

³⁶ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 43.

³⁷ Voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 852 et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 28.

d'assurer la bonne marche des tribunaux³⁸. Or, le présent mémoire étudie non pas les ordonnances rendues en vertu de la common law, mais bien celles s'appuyant sur les pouvoirs statutaires prévus aux articles 517 et 539 du *Code Criminel*. Les critères développés pour guider les juges dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la common law doivent-ils également être utilisés pour baliser les pouvoirs discrétionnaires statutaires comme les ordonnances demandées par la Couronne lors des enquêtes sur cautionnement ou lors des enquêtes préliminaires?

Dans les motifs mêmes de l'affaire *Dagenais*, le juge Lamer semble avoir répondu à la question en indiquant que son analyse porterait sur « les ordonnances de non-publication rendues en vertu d'un pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative »³⁹ Plusieurs années plus tard, les arrêts *Re : Vancouver Sun*⁴⁰ et *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*⁴¹ ont été on ne peut plus limpides : Le test *Dagenais/Mentuck* s'applique chaque fois qu'un juge est appelé à utiliser son pouvoir discrétionnaire pour limiter la liberté d'expression et la liberté de presse relativement à des procédures judiciaires.

Nous n'avons recensé que deux décisions – non rapportées – où un juge a référé au test *Dagenais/Mentuck* pour examiner une demande faite par la Couronne en vertu des articles 517 ou 539 *C.cr.* Il faut dire que de telles demandes, contrairement à celles formulées par la défense, sont très rares.⁴²

³⁸ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, par. 28. Pour une description générale de ce pouvoir, voir Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité de preuve et de procédure pénales*, 13^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2006, par. 103 et suivants.

³⁹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 856-857.

⁴⁰ *Re : Vancouver Sun*, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 31.

⁴¹ *Toronto Star Newspapers Ltd c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, par. 7.

⁴² Dans l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty The Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n^o 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale), l'ancien procureur de la Couronne Paul Culver a été contre-interrogé sur un affidavit qu'il avait signé. Nouvellement retraité, cet ancien procureur chef (« Senior Crown Attorney ») a dirigé pendant près de 20 ans le bureau des procureurs de la Couronne de Toronto, ayant sous sa supervision 94 procureurs. Il a indiqué qu'au cours de sa longue carrière, seuls quatre cas d'ordonnance de non-publication demandées uniquement par la Couronne à l'enquête préliminaire ont été portés à son attention. Tous étaient antérieurs à l'arrêt *Dagenais*. Voir à cet égard les notes sténographiques du contre interrogatoire de Paul Culver déposées en preuve, p. 12, q. 43 et p. 14, q. 51, repris dans le *Reply factum of the applicant Canadian Broadcasting Corporation*, par 8. Voir également *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2006] O.J. (Quicklaw) n^o 3062 (O.C.J.), par. 20.

Dans la seconde décision, l'application du test était contestée avec force par la Couronne.

Dans l'affaire *Parasiris*⁴³, le prévenu faisait face à des accusations de meurtre au premier degré d'un policier ayant participé à une perquisition chez lui tôt le matin. Selon la défense, l'accusé, croyant à un braquage à domicile, avait fait feu sur le policier pour se protéger. Cette explication avait abondamment été diffusée dans les médias, le procureur de la défense ayant donné une entrevue à cet égard.⁴⁴ À l'ouverture de l'enquête sur cautionnement, la Couronne avait demandé une ordonnance de non-publication, visiblement pour éviter que la thèse de la défense ne se répande encore davantage dans l'opinion publique. Le juge Boilard a cité les critères de l'arrêt *Mentuck*. Il en est vite venu à la conclusion que comme « le temps efface rapidement le souvenir »⁴⁵ et étant donné les mécanismes prévus au Code criminel, il restera possible, malgré la médiatisation de l'affaire, de trouver des jurés impartiaux. Le magistrat a donc refusé de faire droit à la demande de la Couronne.

Au départ, l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*⁴⁶ ne devait être qu'une simple demande de bref de certiorari. La CBC souhaitait faire casser une décision d'un juge de la Cour de Justice de l'Ontario, qui avait rendu une ordonnance de non-publication lors d'une enquête préliminaire. La mesure avait été prononcée à la demande de la Couronne malgré l'opposition de l'accusé. Il n'y avait en fait rien d'étonnant à ce que l'accusé souhaite que son enquête préliminaire soit suivie par les médias : ses crimes avaient pour but avoué d'attirer l'attention. Le 20 avril 2007, près de Kingston en Ontario, le Mohawk Shawn Brant avait bloqué avec un groupe d'autochtones une importante voie ferroviaire. Par ce geste d'éclat, le groupe visait à faire valoir certaines revendications territoriales des premières nations. Le 29 juin 2007, M. Brant avait également organisé un blocus des autoroutes 401 et 2, en plus d'entraver une nouvelle fois le passage des trains sur une ligne

⁴³ R. c. *Parasiris*, C.S. Longueuil, n° 505-01-068171-079, 20 avril 2007, j. Boilard.

⁴⁴ R. c. *Parasiris*, C.S. Longueuil, n° 505-01-068171-079, 20 avril 2007, j. Boilard, par. 23.

⁴⁵ R. c. *Parasiris*, C.S. Longueuil, n° 505-01-068171-079, 20 avril 2007, j. Boilard, par. 21.

⁴⁶ *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (decision orale).

ferroviaire. Ses actions, en plus de perturber le quotidien de centaines de milliers de personnes, ont semble-t-il causé des millions de dollars de pertes. Le manifestant a donné de nombreuses entrevues en lien avec ces manifestations. Il fait toujours face à des accusations de méfait et de bris de conditions.

Son enquête préliminaire s'est ouverte le 27 août 2007. D'entrée de jeu, le procureur de la Couronne a demandé une ordonnance de non-publication en vertu de l'article 539 *C.cr.*, alléguant qu'il souhaitait protéger le droit à un procès équitable de l'accusé. Indiquant qu'il s'agissait d'une affaire émotive (« emotional type of case »), il a estimé qu'il pourrait être difficile de choisir des jurés impartiaux. La défense s'y est opposée. En quelques phrases, le juge a sommairement accordé la mesure afin de protéger l'intégrité des procédures judiciaires (« integrity of the process »). Avare de justifications, le juge n'a pas fait mention du test *Dagenais/Mentuck*⁴⁷, pas plus qu'il n'a mentionné en quoi l'ordonnance était nécessaire pour protéger le droit à un procès équitable ou l'intégrité des procédures. Tout au plus s'est-il borné à sous-entendre que l'effet temporaire de la mesure atténuait ses effets préjudiciables, mentionnant que les reporters étaient libres de prendre des notes et de les utiliser au moment opportun, c'est-à-dire lorsque serait levée l'ordonnance.⁴⁸

Les détails dévoilés lors de l'enquête préliminaire ont choqué la CBC. Celle-ci a appris que lors des événements, un agent de la Police provinciale de l'Ontario (PPO) s'est fait passer pour un caméraman des médias afin de surveiller l'accusé. La société d'État s'est dite inquiète que les criminels voient désormais derrière chaque caméraman un policier potentiel⁴⁹. La sécurité de ses employés s'en trouverait alors sérieusement compromise. Pour cette raison, elle voulait que le public soit à même de juger de la conduite des policiers.

⁴⁷ Dans ce cas-ci, compte tenu des droits en cause, nous ne ferons référence qu'au test de l'arrêt *Dagenais*.

⁴⁸ Voir les notes sténographiques de l'enquête préliminaire du 27 août 2007, déposées en preuve dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁴⁹ *Factum of the applicant Canadian Broadcasting Corporation*, par. 5, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

La CBC souhaitait surtout que la population puisse juger de la conduite des policiers lors des blocus. La preuve présentée à l'enquête préliminaire avait notamment montré que le grand patron de la PPO, le commissaire Julian Fantino, avait été à deux occasions sur le point de déployer une escouade anti-émeute et des tireurs d'élite afin d'arrêter les protestataires. Il avait également été établi que le commissaire Fantino, agissant lui-même comme négociateur, avait refusé que M. Brant consulte les autres membres de son groupe en cours de pourparlers, considérant qu'il s'agissait d'une tactique dilatoire. La CBC s'est exprimée ainsi dans son mémoire :

Depending on one's perspective, this was either a dismissal of the First Nation's "collective decision making" process, demonstrating a lack of understanding of native affairs, or a shrewd assessment of Mr. Brant's position within his community at the time. Either way, this view is worthy of timely public consideration.⁵⁰

Il faut dire que toute cette saga avait pour toile de fond l'affaire Ipperwash, qui avait défrayé la manchette en Ontario. Le manifestant Dudley George avait été tué en 1995 par un tireur d'élite de la PPO a cours de l'occupation du Parc provincial Ipperwash par des protestataires autochtones. Une enquête publique avait été tenue à la suite de cette affaire. Les recommandations de l'enquête ont été rendues publiques le 31 mai 2007, soit entre les deux dates des blocus. Parmi elles, on retrouvait un appel à une plus grande sensibilité des autorités policières aux réalités des premières nations.⁵¹

À première vue, on pouvait croire, à la lumière de la jurisprudence, que le bref de certiorari allait être accordé assez facilement. Mais le débat, qui a duré trois journées complètes, s'est embrouillé dans des considérations constitutionnelles qui, si elles sont intéressantes pour le présent mémoire,

⁵⁰ *Factum of the Applicant Canadian Broadcasting Corporation*, par. 5, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁵¹ *Factum of the Applicant Canadian Broadcasting Corporation*, par. 5, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

n'étaient pas pertinentes au regard de la question principale à trancher. En fait, pour tout dire, la position de la Couronne était plutôt alambiquée.

Pour bien comprendre le déroulement de l'affaire, il importe de mentionner qu'en plus de vouloir faire casser la décision du juge Fournier, la CBC a demandé à la Cour de prononcer un jugement déclaratoire dont la conclusion se serait lue ainsi :

[A] discretionary publication ban at a preliminary inquiry should only be made pursuant to the principles established in *Dagenais v CBC*, that in the exercise of such discretion consideration must be given to whether to notify the media, and notice of consideration of such a ban should be given to media organizations to permit them to attend and make submissions;

L'avocat de la CBC a fait cette demande parce qu'il a constaté qu'il existait une absence de jurisprudence sur la manière de procéder dans le cas d'une demande de la Couronne en vertu de l'article 539 *C.cr.*⁵² Avant que ne soit prononcée l'ordonnance, aucun avis n'avait été donné aux médias et le procureur de la société d'État estimait un tel avis nécessaire. Le débat était enclenché : la Couronne a vu dans cette demande de jugement déclaratoire une contestation constitutionnelle de l'article 539 *C.cr.* Elle s'est alors lancée dans une longue justification de la disposition en vertu de l'article 1 de la Charte, appliquant étape par étape le test dégagé dans l'arrêt *Oakes*⁵³.

Le ministère public a ainsi fait dévier le débat du test de l'arrêt *Dagenais* au test de l'arrêt *Oakes*. En fait, malgré une jurisprudence du plus haut tribunal du pays qui semblait sans équivoque, la Couronne a refusé d'admettre que le test qui s'appliquait aux ordonnances de non-publication en vertu de l'article 530 *C.cr.* était celui de *Dagenais*.

⁵² *Factum of the Applicant Canadian Broadcasting Corporation*, par. 54, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁵³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. La deuxième partie de ce mémoire aborde de façon exhaustive ce test, l'appliquant – avec des résultats bien différents que ceux auxquels en arrive la Couronne – à l'article 539 *C.cr.*, ainsi qu'à l'article 517 *C.cr.* Dans cette deuxième partie, nous exposerons les arguments de la Couronne dans cette affaire.

Dans le cadre de son argumentaire quant à la constitutionnalité de la disposition, le procureur de la Couronne Peter Napier⁵⁴ s'est entre autres efforcé de démontrer qu'aviser les médias chaque fois que la Couronne demande une ordonnance de non-publication serait incompatible avec une bonne administration de la justice. Mais, de façon assez surprenante, il ne s'est pas limité à la demande de jugement déclaratoire de la CBC : il a aussi attaqué de front l'application du test de *Dagenais* aux enquêtes préliminaires, le disant tout aussi incompatible avec une bonne administration de la justice.

Cette attaque a été subtilement présentée comme une analyse des mesures de rechange à l'article 539 C.cr., dans le cadre du volet de l'atteinte minimale du test de *Oakes*. En d'autres termes, le ministère public voulait démontrer que la disposition était constitutionnelle sans l'application du test *Dagenais* et qu'en conséquence, celui-ci ne devait pas s'appliquer. Ce qui devait, aux yeux de la Couronne, guider le juge dans l'exercice de sa discrétion n'était pas clair. Malgré les demandes de l'avocat de la CBC, Me Napier ne l'a jamais précisé.

La Couronne a fait valoir que si chaque fois qu'elle demandait une ordonnance de non-publication au début d'une enquête préliminaire, elle devait donner un avis aux médias et présenter une preuve complète pour satisfaire le critère de *Dagenais*, d'importants délais seraient à prévoir, ce qui aurait pour effet, dans le cas d'un accusé détenu, de compromettre les principes de justice fondamentale prévus à l'article 7⁵⁵.

En fait, pour la Couronne, une bonne partie du problème résidait dans l'impossibilité de prédire à quel moment elle devrait demander elle-même une ordonnance de non-publication. C'est que le ministère public ne le fait que spontanément, lorsqu'il est évident que l'ordonnance est nécessaire et, surtout, lorsque la défense omet de le faire. (Comme nous l'avons déjà vu, lorsque

⁵⁴ Les arguments de Me Napier avaient en fait été élaborés par son collègue David Lepofsky, procureur de la Couronne et auteur d'un livre de référence – quoique désormais vieillot – en matière de publicité des audiences : David LEPOFSKY, *Open Justice – The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 71.

⁵⁵ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 33, par. 55, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

l'accusé exige une ordonnance de non-publication, le juge doit la lui accorder.) Comme les avocats de la défense ne communiquent pas leurs intentions à l'avance à leurs adversaires, il est impossible pour la Couronne de prévoir si elle devra solliciter elle-même l'interdit de publication.⁵⁶ Cette incertitude nuirait à l'administration de la justice si, chaque fois, la Couronne devait présenter une preuve selon le critère *Dagenais*.

En effet, une telle preuve nécessite le témoignage d'experts en psychologie capables de déterminer le caractère préjudiciable de la preuve présentée aux yeux de jurés potentiels. De tels experts devraient ainsi toujours être sur le qui-vive, prêts à être appelés à témoigner à tout moment.⁵⁷ Comme il est impossible, sauf pour certains cas évidents, de savoir à quelles causes s'intéressent les médias, la Couronne a fait valoir qu'il serait difficile pour elle de savoir à quel moment elle devrait se préparer pour une audition sur le critère de *Dagenais*.⁵⁸

Au soutien de sa position, Me Napier a également fait valoir que la preuve présentée à l'enquête préliminaire, généralement inculpatrice et négative, ne sera pas nécessairement déclarée admissible au procès. Il n'est pas possible d'examiner un à un les éléments de preuve, d'isoler à l'avance ceux qui sont potentiellement préjudiciables et de les frapper d'un interdit de publication qui respecterait le test de *Dagenais*.⁵⁹ Il n'est pas non plus possible de prévoir quels éléments de preuve seront contestés et déclarés inadmissibles au procès

⁵⁶ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 40, par. 67b), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁵⁷ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 43, par. 68f), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁵⁸ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 43, par. 68i), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁵⁹ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 42, par. 68c), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

puisque le ministère public ne connaît pas à l'avance la stratégie de la défense.⁶⁰

Me Napier a aussi plaidé qu'un débat complexe sur le critère *Dagenais* détournerait le débat et drainerait les énergies sur une question périphérique (« side-issue »), plutôt que de permettre aux acteurs du système judiciaire de se concentrer sur le vrai enjeu, soit de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.⁶¹

La Couronne a prétendu que si le test de *Dagenais* était appliqué aux ordonnances de non-publication à l'enquête préliminaire, elle se retrouverait devant un choix dont elle ne pourrait sortir gagnante, un « Catch-22 » pour reprendre les termes du procureur Napier. D'une part, elle pourrait choisir de s'abstenir, au nom de l'équité du procès, de présenter des pans de preuve préjudiciable. Elle risquerait alors de compromettre la citation à procès de l'accusé. D'autre part, elle pourrait décider d'utiliser toute la preuve à sa disposition, même la plus négative envers l'accusé. Dans ce cas, elle risquerait toutefois de compromettre son droit à un procès juste.⁶²

La Couronne a aussi fait valoir que l'absence d'ordonnance de non-publication à l'enquête préliminaire pouvait avoir comme conséquence de permettre une publication à la veille du procès, laquelle pourrait sérieusement influencer les jurés. Elle a en outre souligné que les articles publiés étaient disponibles sur Internet longtemps après leur publication.⁶³

Quelque intéressants qu'aient pu être ces arguments, ils n'avaient aucune pertinence dans le débat. En fait, sous des airs de justification de la constitutionnalité de l'article 539 C.cr., la Couronne semblait plutôt se livrer à

⁶⁰ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 42, par. 68d), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁶¹ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 43, par. 68e), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁶² *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 44, par. 68j), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

⁶³ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 43, par. 68g), déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

une analyse de la constitutionnalité du critère de *Dagenais*. Or, ce critère avait été développé à partir du critère de *Oakes*⁶⁴, lequel est utilisé pour évaluer la conformité d'une loi à l'article premier de la *Charte*.

Quoi qu'il en soit, le juge Maranger a bien cerné le débat⁶⁵. Il a eu tôt fait de statuer que le test qui s'appliquait en l'espèce était celui conçu dans l'arrêt *Dagenais*. Pour lui, le juge Fournier n'a pas du tout considéré cet arrêt de principe. L'eût-il fait, il aurait conclu que les faits présentés ne satisfaisaient pas le test qui y a été développé.

Le juge a estimé que, s'il est vrai que le droit à un procès équitable n'est pas exclusif à l'accusé et que la Couronne peut le soulever, il faut considérer sérieusement le fait que l'accusé lui-même, représenté par avocat, ne souhaite pas d'ordonnance. Par ailleurs, le juge Maranger a noté que la preuve présentée à l'enquête préliminaire consistait principalement en des extraits de reportages déjà diffusés où l'accusé faisait des aveux. Ainsi, l'ordonnance de non-publication a été levée.

En se prononçant sur le test approprié, le juge s'est livré à un audacieux *obiter dictum*. Il a affirmé qu'il était d'accord avec les prétentions de la Couronne selon lesquelles l'article 539 *C.cr.* satisfaisait les critères du test de *Oakes*. Ce commentaire a toutefois peu de poids, considérant que la CBC n'a pas cru bon de répondre sur le fond aux arguments concernant la constitutionnalité de l'article, estimant dès le départ qu'il ne s'agissait pas de l'essence du débat.

Enfin, le juge ne s'est pas vraiment prononcé sur la demande de jugement déclaratoire de la CBC. Tout au plus a-t-il déclaré que les arguments de la Couronne quant aux problèmes logistiques relatifs à nécessité d'un avis aux médias étaient en partie vrais (« There is truth in these arguments »).

⁶⁴ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 878.

⁶⁵ *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

1.1.1.2. La demande par la défense

Comme le prévoit le libellé des articles 517 et 539 C.cr., le juge ne jouit d'aucune discrétion lorsqu'un accusé demande que son enquête sur cautionnement ou son enquête préliminaire soit frappée d'un interdit de publication : il doit l'accorder. Il n'est donc pas question ici d'appliquer la règle dégagée par les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*⁶⁶, laquelle doit uniquement guider le juge lors d'une demande d'ordonnance de non-publication basée sur un pouvoir discrétionnaire⁶⁷. Il devient dès lors pratiquement impossible de s'opposer directement à une demande faite par la défense en vertu de ces articles. Selon l'arrêt *Dagenais*, le seul moyen de faire tomber une telle ordonnance de non-publication reste la contestation constitutionnelle fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.⁶⁸

La Cour supérieure de Justice de l'Ontario a statué que lorsque plusieurs personnes sont accusées en vertu d'une dénonciation conjointe, la demande faite par un seul accusé englobe, de façon obligatoire, les enquêtes sur cautionnement de tous les autres accusés.⁶⁹ On peut présumer qu'il en serait ainsi pour une enquête préliminaire conjointe. Ainsi, les débats tenus lors des enquêtes préliminaires ou des enquêtes pour mise en liberté provisoire ne pourront être publiés ou diffusés qu'une fois les procédures terminées pour tous les accusés. Prenons l'exemple d'un accusé qui, non libéré au terme de son enquête sur cautionnement, déciderait de plaider coupable quelques jours plus tard. Postulons que ses coaccusés décident de faire un procès. Même si l'article 517(1)b) C.cr. prévoit que l'ordonnance de non-publication expire au

⁶⁶ Voir la section précédente pour une discussion en détail du critère dégagé dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.

⁶⁷ Dans l'affaire *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] C.S.C. 43, la Cour suprême a réitéré le fait que les règles dégagées par les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* ne s'appliquaient qu'aux ordonnances discrétionnaires. Voir le paragraphe 36 : « Le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* est d'application très large, mais il faut veiller à ne pas en étendre la portée au-delà des limites voulues. Il n'a jamais été question de l'appliquer à toutes les mesures visant à restreindre la liberté d'expression devant les tribunaux. Le critère devait manifestement s'appliquer uniquement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et ce, dès son élaboration dans l'arrêt *Dagenais* [...]. »

⁶⁸ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 874.

⁶⁹ *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2006] O.J. (Quicklaw) n° 3062 (O.S.C.J.).

terme du procès d'un accusé, dans ce cas-ci avec son plaidoyer de culpabilité, l'ordonnance devra tout de même être prolongée jusqu'à la fin du procès des autres accusés.

1.1.2. Le moment de la demande de l'ordonnance

Les articles 517 et 539 du Code criminel diffèrent quant au moment où doit être demandée une ordonnance de non-publication. Celui-ci importe peu lors de l'enquête sur mise en liberté provisoire, tandis qu'il est précisément circonscrit dans le cas d'une enquête préliminaire. L'article 517 *C.cr.* prévoit en effet qu'à l'enquête sur cautionnement, l'ordonnance peut être rendue « avant le début des procédures engagées en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci ». L'article 539 *C.cr.* édicte quant à lui que le juge de paix doit rendre l'ordonnance « [a]vant qu'il ne commence à recueillir la preuve lors d'une enquête préliminaire ».

1.1.2.1. À l'enquête sur mise en liberté provisoire

Si le moment où peut être demandée l'ordonnance de non-publication à l'enquête sur mise en liberté provisoire peut sembler limpide à la lecture du libellé de l'article 517 *C.cr.*, le sujet n'en suscite pas moins une importante interrogation. Un doute plane en effet quant à la portée d'une ordonnance accordée après le commencement d'une enquête. S'applique-t-elle à tous les renseignements recueillis depuis le début ou ne couvre-t-elle que ceux dévoilés depuis son émission? Le journaliste Rodolphe Morissette est d'avis que l'ordonnance rendue en cours d'enquête a un effet rétroactif⁷⁰. Le professeur Robert Martin, dans son livre de vulgarisation *Media Law*, abonde dans ce sens.⁷¹

⁷⁰ Rodolphe MORISSETTE, *La presse et les tribunaux – un mariage de raison*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 143.

⁷¹ Robert MARTIN, *Media Law*, 2nd édition, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2003, p. 117: « The application for a ban, in contrast to the rule about preliminary inquiries, can

Cette position n'est pas sans poser d'importants problèmes pratiques. D'abord, en d'importantes matières, on observe que les enquêtes policières sont de plus en plus complexes. Il est donc de moins en moins rare qu'une enquête sur mise en liberté provisoire dure plusieurs jours.

Parallèlement à cette réalité, on en observe une autre, incontestable : l'immédiateté de l'information. Le temps où le téléjournal du soir ou les journaux du lendemain constituaient la principale source d'information des foyers est révolu. Depuis le bureau, les gens glanent leur information sur Internet. À la maison, ils écoutent les chaînes d'information continue. Sur la rue ou dans l'autobus, ils reçoivent un courriel sur leur Blackberry ou un appel sur leur cellulaire les informant des derniers détails croustillants de l'enquête caution de telle personne connue, de tel accusé d'un crime célèbre.

Les journalistes alimentent donc en continu leur réseau, leur site Internet. Prononcer des ordonnances de non-publication rétroactives équivaut à tenter de sortir du domaine public une information qui y est déjà entrée. Avec égards pour l'opinion contraire, nous sommes d'avis qu'une telle manière de faire est problématique. L'affaire *R. c. Lafleur*⁷², qui impliquait le fils de l'ancienne vedette du Canadien de Montréal Guy Lafleur, l'a éloquemment démontré.

Dans cette affaire, l'accusé faisait face à de nombreux chefs d'accusation, notamment d'agression sexuelle, de voies de fait, de séquestration et de menaces. Le tribunal était saisi de deux requêtes. L'accusé sollicitait une modification de ses conditions de remise en liberté tandis que la Couronne demandait l'annulation d'une ordonnance de remise en liberté.⁷³ Selon sa propre analyse, la juge agissait alors en vertu de l'article 520 du *C.cr.*⁷⁴ Cette disposition, en plus de prévoir les modalités de la révision de l'ordonnance d'un juge quant à la mise en liberté, édicte expressément, à son alinéa 9, que l'article 517 *C.cr.* s'applique aux audiences relatives à cette révision.

be made at any time during the bail hearing. If the ban is made, there is a complete prohibition on publishing any information or any evidence presented at a bail hearing. »

⁷² *R. c. Lafleur*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 16278 (C.S.).

⁷³ Pour une description complète du contexte factuel de ces requêtes, voir *R. c. Lafleur*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 15629 (C.S.).

⁷⁴ *R. c. Lafleur*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 15629 (C.S.), par. 18.

La preuve a commencé à être présentée le matin du 15 octobre 2007. Plusieurs témoignages ont été entendus, notamment celui d'une enquêteuse au dossier, qui contenait du oui-dire de la plaignante. Dans la salle se trouvaient alors de nombreux reporters de la télévision, de la radio et de la presse écrite. Au cours de l'avant-midi, jamais la défense n'a requis d'interdit de publication malgré « la présence évidente de journalistes »⁷⁵. Pour clore la preuve de part et d'autre, il ne manquait que la transcription d'une audition antérieure, laquelle allait être complétée la semaine suivante. En après-midi, soit environ trois heures après la fin de l'audition des témoignages, la juge est revenue dans la salle pour fixer une date pour la suite de l'audition. C'est alors que l'avocat de l'accusé a formulé une demande d'ordonnance de non-publication. Après discussion, la défense a limité sa demande au témoignage de l'enquêteuse qui a rapporté les propos de la plaignante.

La demande a été contestée par les journalistes, qui ont fait valoir qu'ils avaient déjà relayé le contenu du témoignage de l'enquêteuse à leurs différents réseaux à travers le pays. L'information, a plaidé leur avocat Mark Bantey, avait déjà circulé sur Internet, à la radio et à la télévision depuis la matinée. Le procureur des médias a aussi brandi les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, plaidant qu'il existait d'autres moyens de s'assurer que la diffusion d'information ne causerait pas préjudice à l'accusé dans le cas d'un procès devant jury.

Citant le critère de l'arrêt *Mentuck*, la juge Carol Cohen a rejeté la demande d'ordonnance. L'essentiel de ses motifs tient dans les paragraphes suivants :

[13] Plusieurs facteurs militent contre une ordonnance de non-publication à ce stade-ci. Premièrement et surtout, il faut souligner la tardiveté de la demande : les journalistes étaient présents dans la salle durant tous ces témoignages, mais la défense n'a pas soulevé cette demande au moment opportun, soit lorsque la preuve de oui-dire a été dévoilée lors du témoignage de Mme Gagnon.

⁷⁵ *R. c. Lafleur*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 16278 (C.S.), par. 16.

[14] Deuxièmement, le raisonnement donné en défense, soit qu'il s'agirait d'une preuve par oui-dire, n'est pas suffisant pour appuyer une demande de non-publication. Le juge du fond, dans ses directives préliminaires et finales et même lors du choix du jury, pourra corriger et protéger contre une telle preuve. Ce n'est ni la première, ni la dernière cause où une telle preuve sera dévoilée publiquement avant le procès et il s'agit d'un procès éloigné dans le temps, environ un an de la date d'aujourd'hui.

[15] Par ailleurs, vu la tardiveté de la demande, une ordonnance de non-publication conduirait maintenant à la déconsidération de l'administration de la justice, étant donné la diffusion d'articles sur Internet et dans d'autres médias, même si j'émettais une ordonnance partielle ayant pour but de couper ou de limiter cette publicité pour l'avenir.⁷⁶

Avec égards, ce jugement est erroné en droit. D'abord, la juge s'est appuyée sur le critère de l'arrêt *Mentuck*. Or, comme nous l'avons indiqué plus haut, ce test ne trouve application que dans le cas où le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non l'ordonnance. Ce n'était pas le cas en l'espèce puisque la demande avait été faite par la défense.

La décision est également mal fondée puisque la juge a considéré que la demande était tardive, qu'elle n'avait pas été faite « au moment opportun ». Or, comme nous l'avons déjà noté, le libellé de l'article 517 *C.cr.* est sans équivoque : la demande peut être faite à tout moment au cours des procédures. Dans ces circonstances, l'audition n'étant pas terminée et devant se poursuivre à une autre date, la juge se devait d'accéder à la demande de la défense. Pour erronée qu'elle soit, la décision n'en est pas moins logique. Elle nous fait prendre connaissance de l'absurdité de la prétention selon laquelle l'ordonnance devrait avoir un effet rétroactif, une prétention qui a d'ailleurs servi de prémisse à la juge pour rendre son jugement.

Dans l'affaire *R. v. Romagnulo*⁷⁷, les faits étaient assez semblables à l'affaire *Lafleur*, à une différence notable près : la demande d'ordonnance était

⁷⁶ *R. c. Lafleur*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 16278 (C.S.), par. 13-15.

⁷⁷ *R. v. Romagnulo*, Ont. Gen. Div., 27 janvier 1999, j. Weekes, citée dans *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2006] O.J. (Quicklaw) n° 3062 (O.S.C.J.), par. 22.

faite par la Couronne alors que la défense s'y opposait. Dans ce cas de demande tardive, la Cour avait toute la discrétion de refuser la demande. C'est ce qu'elle fit au motif qu'une grande partie de la preuve était déjà du domaine public au moment de la demande.

Dans ces deux cas, il aurait été plutôt bizarre de bâillonner les journalistes alors qu'ils avaient déjà diffusé l'information. En les réduisant au silence, on aurait alors en quelque sorte confié la communication de la nouvelle à ceux qui l'avaient déjà apprise dans les médias. En d'autres termes, la population souhaitant être informée aurait dû se rabattre sur des connaissances plutôt que sur les reporters. Les messagers auraient donc été non pas des journalistes astreints à des standards professionnels, mais Monsieur et Madame Tout-le-Monde répétant l'information en ne se souciant pas vraiment de son exactitude.

Nous sommes donc d'avis, contrairement à l'opinion de certains auteurs, que l'ordonnance ne devrait s'appliquer qu'à partir du moment où elle est prononcée. Dans l'affaire *Lafleur*, la juge, liée par le droit en vigueur, aurait dû prononcer l'interdit de publication, mais faire en sorte qu'il n'ait d'effet que pour la preuve à venir.

1.1.2.2. À l'enquête préliminaire

Nous l'avons déjà dit, l'article 539 *C.cr.* prévoit que la demande d'ordonnance de non-publication doit être formulée avant que le juge de paix ne commence à recueillir la preuve. En appliquant cette disposition à la lettre, il serait impossible de tenter d'obtenir l'interdit de publication en cours d'enquête. Mais, dans les faits, il existe une pratique selon laquelle l'interdit peut être demandé une fois l'enquête commencée. Dans ce cas toutefois, il est bien établi que seule la preuve dévoilée après l'obtention de la mesure sera touchée par celle-ci.⁷⁸ Cette pratique a été consacrée en jurisprudence dans l'affaire *R. c. Harrison* :

⁷⁸ Rodolphe MORISSETTE, *La presse et les tribunaux – un mariage de raison*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 143.

After much discussion, the practice was established, at least throughout the Province of Quebec, to allow an accused to make his request at any time during the preliminary inquiry, but the ban would only be valid for the testimony that would come after he had made it, and the testimony heard before the request became, as it were, public property.

It was felt that to refuse him all recourse to a publication ban, should he have not made the request "prior to the commencement of the taking of evidence", was contrary to the spirit of the legislation because his failure to have done so may have been caused simply by forgetfulness on the part of his attorney [...] ⁷⁹ or, as in the case of subsection 2, by inadvertence on the part of the justice. In other words, a rigoristic interpretation of Section 467 [aujourd'hui l'article 539] was excluded. ⁸⁰

Dans cette affaire, la Cour des sessions de la paix a par ailleurs statué qu'en cours d'enquête, même si la demande est faite par la défense, l'ordonnance n'est pas obligatoire. La Cour a discrétion pour la refuser si ce refus ne ternit pas la bonne réputation de l'administration de la justice. ⁸¹ Le juge a également statué qu'il avait juridiction pour revenir lui-même sur sa décision en cours d'enquête, à condition qu'il n'en résulte pas une violation du droit à un procès équitable ou une injustice. ⁸² En l'instance, le juge a annulé l'ordonnance de non-publication qu'il avait prononcée puisque l'accusé avait tenu une conférence de presse pour discuter publiquement de l'aspect politique de son enquête préliminaire, alors que ce qui était dit au tribunal était caché au public. Pour le juge, cette manipulation de la Cour ou, à tout le moins, de l'opinion

⁷⁹ Tel que reproduit dans les recueils de la Cour des sessions de la paix, ce paragraphe comportait visiblement une erreur d'inattention, que nous avons corrigée par l'ajout des points de suspension. Le paragraphe original se lisait comme suit : « It was felt that to refuse him all recourse to a publication ban, should he have not made the request "prior to the commencement of the taking of evidence", was contrary to the spirit of the legislation because his failure to have done so may have been caused simply by forgetfulness on the part of his attorney or, as in the case of subsection 2, by inadvertence on the part of his attorney or, as in the case of subsection 2, by inadvertence on the part of the justice. In other words, a rigoristic interpretation of Section 467 was excluded. »

⁸⁰ *R. c. Harrison*, [1984] C.S.P. 1158, 1160.

⁸¹ *R. c. Harrison*, [1984] C.S.P. 1158, 1162.

⁸² *R. c. Harrison*, [1984] C.S.P. 1158, 1161.

publique était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si l'interdit de publication n'était pas levé.⁸³

1.1.3. La condamnation en vertu des articles 517(2) et 539 (3)

Selon les articles 517(2) et 539(3), quiconque fait défaut de se conformer à une ordonnance se rend coupable d'une infraction sur déclaration sommaire de culpabilité. Il est à noter que l'article 517(2) édicte spécifiquement qu'il est possible de faire valoir une « excuse légitime » pour se disculper, ce qui n'est pas le cas à l'article 539(3). Il a été décidé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que la mens *rea* requise pour être condamné en vertu de l'article 517(2) consiste en la publication intentionnelle des éléments couverts par l'ordonnance de non-publication, tout en connaissant cette ordonnance ou en faisant preuve d'imprudence (« recklessness ») ou d'aveuglement volontaire quant son existence⁸⁴. Quoiqu'il existe peu de décisions sur la question, on peut présumer que la *mens rea* sera la même pour l'infraction prévue à l'article 539(3).⁸⁵

L'*actus reus*, lui, consiste en la simple publication des faits, quelle que soit leur nature. Bien que les deux dispositions visent essentiellement à faire en sorte que les citoyens, des jurés potentiels, soient tenus dans l'ignorance d'une preuve qui, inadmissible au procès, pourrait nuire à l'accusé, l'effet de l'information publiée n'est pas pertinent au regard de la culpabilité du journaliste ou de l'entreprise de presse. Les tribunaux ont en effet déjà statué

⁸³ *R. c. Harrison*, [1984] C.S.P. 1158, 1162.

⁸⁴ *R. c. Daly*, [2005] B.C.J. (Quicklaw) n° 1697, par. 21 (C.A.C.-B.), citant avec approbation la décision de première instance : *R. c. Daly*, [2003] B.C.J. (Quicklaw) n° 1742 (B.C.S.C.).

⁸⁵ Dans l'affaire *R. v. CJCD Radio Ltd.*, [1986] N.W.T.J. (Quicklaw) n° 93 (T.C.N.T.), la Territorial Court of the Northwest Territories réitère le principe bien connu selon lequel l'ignorance de la loi ne peut servir de moyen de défense. Malheureusement, la décision ne permet pas de voir si le reporter ignorait l'existence de l'ordonnance ou s'il ignorait seulement qu'il lui était interdit de diffuser l'information compte tenu d'une ordonnance de non-publication dont il avait connaissance. Dans la première hypothèse, il n'aurait à notre avis pas dû être condamné s'il avait fait preuve de diligence raisonnable, un point qui n'est pas non plus abordé.

qu'un reporter ne peut se disculper en plaidant que l'information qu'il a diffusée ne nuit pas à l'accusé.⁸⁶

Les articles 517(2) et 539(3) visent à punir ceux qui ont « publié » ou « diffusé de quelque façon que ce soit » les informations litigieuses. Or, un reporter qui écrit une histoire n'est pas à proprement parler celui qui publie, pas plus que le journaliste télé ou radio ne diffuse lui-même l'information. Certains juges ont statué que la responsabilité criminelle incombait à ceux qui prennent la décision finale de publier ou de diffuser l'information⁸⁷. Étant donné que la responsabilité incombe au journaliste de faire les vérifications requises avant de rédiger une nouvelle, il est à notre avis préférable de d'adopter l'opinion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a tranché qu'on pouvait retenir la responsabilité criminelle d'un journaliste.⁸⁸

1.1.4. Les informations couvertes par l'ordonnance

Le libellé des articles 517 et 539 *C.cr.* diffère quant aux informations englobées par les ordonnances de non-publication qu'ils prévoient. L'article 517 *C.cr.* édicte qu'il est interdit de publier ou de diffuser « la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix ». Moins large, l'article 539 ne prohibe que la publication ou la diffusion de la « preuve recueillie ».

⁸⁶ *R. c. Daly*, [2003] B.C.J. (Quicklaw) n° 1742 (B.C.S.C.), confirmée sans se prononcer sur la question à *R. c. Daly*, [2005] B.C.J. (Quicklaw) n° 1697 (C.A.C.-B.). Dans l'affaire *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B), par. 21, la Cour reprend les propos du juge de première instance : « The degree of such breach is of no consequences in coming to a decision upon whether or not the defendant is guilty of the charge, nor is his notice of any import. Once the breach of the court order is established by the prosecution the probable or improbable results of the failure of the defendant to abide the order are of no significance only insofar as sentence is concerned. » Bien qu'elle ne porte pas directement sur les articles 517(2) et 539(3), l'affaire *R.v. The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 727 (C.A.S.) semble être à l'effet contraire. Voir la section 1.1.4.1 à cet égard.

⁸⁷ *R. v. Dawson*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 652, par. 23 (B.C.S.C.) et *R. v. Dimmock*, [1999] N.B.J. (Quicklaw) n° 184 (N.B.Q.B.).

⁸⁸ *R. v. Daly*, [2005] B.C.J. (Quicklaw) n° 1697 (C.A.B.-C.), par 25. Voir également *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.), par. 32, confirmée en appel quant au verdict à *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B). Nous traitons en détail de l'arrêt Banville à la section 1.2.1.1.

Dans les faits, la différence entre les deux articles est assez ténue. Même si les « renseignements fournis », les « observations faites » ou les « raisons données ou devant être données par le juge de paix » ne sont pas expressément nommés à l'article 539, il est pratiquement toujours impossible de rapporter ces éléments de l'enquête préliminaire de façon intelligible pour le public sans référer à la preuve recueillie qui, elle, est frappée de l'interdit de publication.

En comparant les articles, d'aucuns pourraient être portés à penser que davantage de détails transpirent des enquêtes préliminaires que des enquêtes sur mise en liberté provisoire. Ce n'est pas le cas. C'est que de façon générale, les journalistes couvrent moins les enquêtes préliminaires que les enquêtes pour mise en liberté provisoire.⁸⁹ Ils ne s'intéressent pas aux enquêtes préliminaires pour différentes raisons. D'abord, ils savent que les chances sont grandes qu'elles soient frappées d'une ordonnance de non-publication.

Certes, ils pourraient tout de même assister aux audiences, prendre des notes, et diffuser les renseignements une fois l'accusé libéré à l'enquête préliminaire ou une fois son procès terminé. Toutefois, l'exercice n'en vaut souvent pas la peine. La raison en est simple : dans bien des cas, le renvoi à procès n'est pas contesté par les avocats de la défense. L'enquête préliminaire ne leur sert qu'à tester la preuve de la Couronne. La citation à procès devenant une formalité, l'information ne pourra être divulguée dès la fin de l'enquête préliminaire. Il faudra attendre la fin du procès pour le faire. Or, quand surviendra le procès, l'essentiel de la preuve produite à l'enquête préliminaire sera à nouveau présentée par la Couronne. À ce moment, les médias seront libres de la rapporter. Bien des médias considèrent donc que de déléguer un reporter aux enquêtes préliminaires alors qu'il est fort probable qu'il ne puisse rien publier immédiatement constitue une mauvaise allocation des ressources journalistiques disponibles.

⁸⁹ Rodolphe MORISSETTE, *La presse et les tribunaux – un mariage de raison*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 144.

Le résultat de l'enquête sur cautionnement, lui, est plus intéressant. Il importe d'abord de préciser que même si l'article 517 *C.cr.* étend l'ordonnance de non-publication aux « raisons données ou devant être données par un juge de paix », la décision même de remettre ou non un accusé en liberté ne peut être frappée d'un interdit de publication.⁹⁰ Seuls les motifs du juge pourront l'être. De même, on ne pourra pas considérer que les chefs d'accusation sont couverts par une ordonnance de non-publication.⁹¹

Pour le grand public, la question de savoir si l'auteur d'un crime est remis en liberté en attendant son procès est très importante et elle pourra être rapportée. L'intérêt médiatique est d'autant plus grand que cette enquête ne se déroule que quelques jours après l'arrestation, laquelle est, dans le cas des crimes graves, généralement bien couverte par les médias.

1.1.4.1 Les sources extrajudiciaires

Dans les affaires conjointes *R. c. Progrès du Saguenay Ltée* et *R. c. Roy*⁹², le reporter Mario Roy et l'entreprise de presse Progrès du Saguenay Ltée. avaient été accusés en vertu de l'article 457.2 du Code criminel, aujourd'hui l'article 517 (2). On leur reprochait d'avoir publié certains faits exposés lors de l'enquête sur mise en liberté d'un accusé alors qu'une ordonnance de non-publication était en vigueur. Selon les admissions faites au procès, le journaliste était présent lorsque l'ordonnance a été prononcée. Peu après que le premier témoin n'ait commencé à déposer, le reporter a quitté la salle. Il n'a par la suite rien su de ce qui avait été dit au cours de l'enquête, mis à part les conditions de remise en liberté fixées par le juge, lesquelles ont été reproduites dans l'article en question. Toujours selon les admissions faites au procès, le reporter connaissait, avant même que ne débute l'enquête, tous les faits litigieux qui se sont retrouvés dans son article. Il se doutait que ces faits étaient susceptibles d'avoir été révélés à l'audience.

⁹⁰ *R. c. Forget* (1982) 65 C.C.C. (2d) 373 (C.A.O.).

⁹¹ *R. c. Daly*, [2003] B.C.J. (Quicklaw) n° 1742 (B.C.S.C.), par. 65.

⁹² *R. c. Progrès du Saguenay Ltée; R. c. Roy*, R.J.P.Q. 83-136 (C.S.).

Les deux accusés ont été acquittés en première instance par un juge des Sessions de la paix qui a estimé que le journaliste n'était pas assujéti à une ordonnance de non-publication en raison de sa connaissance antérieure et extrajudiciaire des faits. Siégeant à titre de tribunal d'appel en matière sommaire, le juge André Trottier de la Cour supérieure a substitué un verdict de culpabilité à l'acquittement. Ses motifs allaient comme suit :

Il est immatériel, à notre sens, qu'il n'ait rien appris pendant sa présence dans la salle d'audience, qu'il ne savait déjà : l'existence de l'ordonnance l'obligeait à vérifier. D'ailleurs, il se doutait [...] que les faits mentionnés dans son article étaient susceptibles d'être révélés lors de l'enquête, ce qui nous suffit.

Dans les circonstances, les prévenus n'ont pas agi de « façon prudente et responsable » et n'ont pas repoussé la présomption que la loi crée contre eux. Décider autrement équivaldrait à nier l'application de cet article 457.2 chaque fois qu'un journaliste pourrait prétendre, entre autres, à sa connaissance antérieure des faits grâce à d'autres sources. L'article 457.2 ne permet certes pas l'instauration d'un système de justice parallèle. L'appel sera donc maintenu.

À la lecture de ce jugement, on pourrait donc comprendre que dès que des faits sont mentionnés au cours d'une audience faisant l'objet d'un interdit de publication, leur diffusion est interdite quelle que soit leur nature et la manière dont un reporter les a appris.

À première vue, la Cour d'appel de la Saskatchewan semble en être venue à une conclusion semblable dans l'affaire *Star Phoenix*⁹³, qui ne concernait toutefois pas une ordonnance statutaire, mais un interdit de publication prononcé par un juge en vertu d'un pouvoir de common law. Deux jeunes contrevenantes étaient accusées du meurtre au premier degré d'une dame tenant un foyer d'accueil qui les hébergeait. La victime avait été frappée avec un poêlon, puis poignardée à 15 reprises avec un couteau de cuisine. Les deux jeunes contrevenantes subissaient des procès séparés. Une audition a été tenue pour transférer l'une d'elles, S.N., devant un tribunal pour adultes.

⁹³ R.v. *The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 727 (C.A.S.).

Une ordonnance de non-publication a été prononcée pour empêcher la diffusion des faits qui y ont été présentés, laquelle ordonnance devait expirer 30 jours après la fin du procès de S.N. Lors d'une audience subséquente, S.N. a plaidé coupable à une accusation réduite de meurtre au second degré. Pratiquement les mêmes faits que ceux dévoilés lors de l'audition sur le transfert ont été abordés devant la juge qui, en plus de la condamner, a imposé une seconde ordonnance de non-publication relativement à l'audition sur la peine, ordonnance qui devait rester en vigueur jusqu'à la fin du procès de C.M.

Comme la première ordonnance de non-publication avait pris fin 30 jours après le plaidoyer de culpabilité, le journaliste s'est cru autorisé à publier les faits dévoilés lors de l'audition sur le transfert de S.N., même si le procès de C.M. n'avait pas encore débuté. Le reporter a indiqué qu'en plus de puiser ses informations à même l'audition sur le transfert, il s'est informé auprès de gens directement impliqués dans l'affaire⁹⁴. Il a admis savoir que l'ordonnance prononcée à l'audition sur la peine était toujours valide et qu'elle avait pour objectif d'assurer un procès équitable à l'accusée C.M. La Cour d'appel a rejeté l'argument selon lequel les faits dévoilés à l'audition sur le transfert n'étant plus couverts par une ordonnance, ils pouvaient être publiés. En déclarant l'entreprise de presse coupable, elle s'est exprimée ainsi

To accede to this argument would render the publication ban virtually worthless. For this argument to succeed, one must interpret the order as applying only to the information contained in the agreed statement of facts "read in that day," without regard for the purpose and object of the publication ban. It is conceded that the publication ban was a lawful order of the court and it is conceded that it was made for the purposes of ensuring a fair trial of the co-accused, C.M. That purpose was jeopardized by the publication of the circumstances surrounding the commission of the offence.⁹⁵

Dans cette affaire, l'entreprise de presse avait été accusée en vertu de l'article 127 *C.cr.*, lequel punit la désobéissance à un ordre de la Cour. En

⁹⁴ *R. v. The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 3 (S.C.Q.B.), par. 6..

⁹⁵ *R. v. The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 727 (C.A.S.), par. 14.

l'espèce, l'*actus reus* de l'infraction, soit le non-respect de l'ordonnance de non-publication imposé par la Cour, est analogue à l'*actus reus* d'une infraction prévue aux articles 517(2) ou 539(3) C.cr., qui consiste tout simplement à publier des faits frappés d'une ordonnance de non-publication.

Quant à la *mens rea* de l'infraction prévue à l'article 127 C.cr., la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a décrite ainsi, sans se pencher sérieusement sur la question :

The issue here is whether the Crown has proved that the appellant intended to cause the external consequences – that is, potentially prejudicing the fairness of the trial of the co-accused. The crux of the matter is whether the appellant published the article with the intent, common knowledge or recklessness of publication that is, with the result that the public disobedience would tend to depreciate the authority of the court.⁹⁶

Évidemment, cette *mens rea* n'est pas la même que celle des articles 517(2) et 539(3) C.cr. Pour l'article 127 C.cr., la Cour a exigé une intention de porter préjudice à l'accusée, alors que, comme nous l'avons vu, la *mens rea* des infractions qui font l'objet du présent mémoire consiste en la publication intentionnelle des éléments couverts par l'ordonnance de non-publication, tout en ayant connaissance de l'ordonnance ou en faisant preuve d'imprudence (« *recklessness* ») ou d'aveuglement volontaire relativement à son existence.

C'est donc dire que l'intention criminelle exigée par la Cour dans l'affaire *Star Phoenix* est plus sévère que celle qui aurait été nécessaire pour obtenir une condamnation en vertu des articles 517(2) et 539(3) C.cr. Conclusion logique : l'ordonnance de non-publication eût-elle été basée sur un de ces deux articles, un reporter aurait été trouvé coupable d'avoir enfreint l'ordonnance si les mêmes faits s'étaient présentés.

Du point de vue journalistique, cette affaire est particulièrement troublante. En effet, tant au Québec⁹⁷ que dans les provinces de common law⁹⁸, les

⁹⁶ *R. v. The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 727 (C.A.S.), par. 18.

⁹⁷ Voir l'article 10d) de la *Loi sur la presse*, L.R.Q c. P-19.

journalistes jouissent d'une immunité absolue s'ils rapportent fidèlement les débats des tribunaux, sauf évidemment si ces débats sont sujets à une ordonnance de non-publication. Dans le cas en l'espèce, l'audience précise d'où ont été tirés les détails publiés (l'audition sur le transfert) ne l'était pas. La Cour d'appel de la Saskatchewan vient assurément d'ouvrir une brèche dans cette règle en estimant que les journalistes doivent se pencher sur l'effet de leurs articles eu égard aux autres ordonnances de non-publication en vigueur.

Il convient de souligner que l'affaire *Star Phoenix* comporte à notre avis une erreur quant à la détermination de la *mens rea* applicable à l'article 127 *C.cr.* En effet, il nous semblerait plus logique de prétendre que l'intention criminelle consiste à enfreindre un ordre de la cour sans excuse légitime, tout en ayant connaissance de cet ordre. Cette définition rejoindrait ainsi celle de la *mens rea* des articles 517(2) et 539(3) *C.cr.* Pour son raisonnement, la Cour d'appel semble plutôt avoir retenu le critère applicable à l'outrage au tribunal dans le cas de causes pendantes devant les tribunaux (« *sub judice* »). Or, l'outrage au tribunal et l'article 127 *C.cr.* sont distincts.⁹⁹ Ils appellent deux *mens rea* différentes.

La question de la publication d'informations obtenues extrajudiciairement a également été abordée dans l'affaire *Nelles*, où une infirmière d'un grand hôpital torontois avait été accusée du meurtre au premier degré de quatre enfants. Dans cette affaire, on reprochait à un journaliste d'avoir diffusé des informations qui pourraient éventuellement constituer de la preuve au cours de l'enquête préliminaire. Le juge président cette enquête s'était exprimé ainsi :

[I]t might perhaps have been argued that the article did not pertain to evidence, which is the governing word of that section. I wanted to caution that if that subject nevertheless became a matter of evidence, as it did in the present hearing, that I am highly doubtful that the printing of material that subsequently

⁹⁸ Robert MARTIN, *Media Law*, 2nd edition, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2003, p. 178.

⁹⁹ *R. c. Clement*, [1981] 2 R.C.S.468.

became evidence in the inquiry could be justified because of some prior information.¹⁰⁰

Ces paroles seraient forcément passées inaperçues si elles n'avaient été citées dans l'ouvrage de David Lepofsky¹⁰¹, l'un des livres de référence sur le droit d'assister et de parler des audiences des tribunaux au Canada. Elles ont d'ailleurs fait l'objet d'une critique de l'auteur :

If a Code s.467(1) [l'ancêtre de l'actuel article 539 C. cr.] press ban were construed as prohibiting publication of information not yet introduced into evidence and derived from independent sources, editors would be placed in an untenable position. They would be forced to withhold from publication any information about a case whether offered in evidence or not, for fear that prosecution or defence might introduce unanticipated evidence on the same topic as a proposed article at some future time. The practical effect of a s.467(1) gag order would be the complete suppression of public expression by the media about a case of potentially great public interest, all predicated on a narrowly-drawn statutory provision.

À l'instar de Lepofsky, nous sommes d'avis qu'on ne peut certainement pas tenir rigueur à un journaliste et à une entreprise de presse de dévoiler des informations relativement à une affaire judiciaire avant qu'elles ne fassent l'objet d'une ordonnance de non-publication. Les journalistes n'ont pas la faculté de s'improviser devins quant à la preuve appelée à être présentée par la Couronne lors d'une étape préliminaire.

1.1.4.2. Les informations déjà dans le domaine public

À la lumière des affaires *Roy*, *Progrès du Saguenay* et *Star Phoenix*, qui semblent punir systématiquement la diffusion d'information divulguée lors d'une audience faisant l'objet d'un interdit de publication, une question vient à

¹⁰⁰ *R. c. Nelles*, notes sténographiques de l'enquête préliminaire, vol. 21, p. 66, 19 février 1982, juge Vanek, O.P.C., cité dans David LEPOFSKY, *Open Justice – The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 71.

¹⁰¹ David LEPOFSKY, *Open Justice – The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 71.

l'esprit : Les informations déjà du domaine public¹⁰², mais répétées lors d'une audience couverte par une ordonnance de non-publication, deviennent-elles automatiquement frappées de l'interdit?

Nombreuses, de telles situations se produisent généralement lorsque les policiers ont divulgué des informations relatives à un crime et à un accusé avant même sa comparution. Il arrive en effet souvent que les forces policières dévoilent de leur propre chef des informations appelées à être présentées à nouveau lors de l'enquête préliminaire ou lors de l'enquête sur cautionnement. Leurs motivations sont multiples. D'abord, les policiers le font souvent pour faire progresser l'enquête.¹⁰³ Par exemple, lorsqu'ils sont à la recherche d'un suspect, ils le nomment et le relient à des événements précis, à propos desquels ils donnent quelques détails. De même, lorsqu'un mandat d'arrestation est lancé contre un individu, il n'est pas rare que les forces de l'ordre le décrivent comme un récidiviste ou, plus poliment, comme « un homme connu des policiers ». Or, le passé criminel d'un individu, généralement étalé au grand jour lors d'une enquête sur mise en liberté provisoire, constitue exactement le genre de renseignements, pas toujours admissibles en preuve lors d'un procès, que les ordonnances de non-publication visent à soustraire à la population.

Il est par ailleurs fréquent que, sans être motivés par l'avancement de leur enquête, les policiers n'aient tout simplement pas le choix de dévoiler un minimum d'informations relativement à un crime potentiel. Le droit du public à l'information commande que les renseignements soient dévoilés. Prenons l'exemple d'un conducteur ivre qui, circulant à une vitesse folle sur l'autoroute, frapperait un véhicule, causant la mort de quatre personnes et bloquant l'autoroute pour de nombreuses heures. Pendant cette attente, les policiers devraient expliquer aux médias ce qui s'est passé et justifier la fermeture de

¹⁰² L'expression « domaine public » est ici interprétée restrictivement. Il est clair que toute l'information diffusée lors d'une audience des tribunaux non tenue à huis clos est publique, même si elle est frappée d'une ordonnance de non-publication. En ce dernier cas, il n'est simplement pas permis de la publier. Tout au long de ce mémoire, une information du « domaine public » référerà à une information publiée ou diffusée dans les médias.

¹⁰³ Voir à cet égard les agissements des policiers dans l'affaire *R. v. Fatima and Khan*, O.S.C.J., 2002, j. Watt (décision inédite).

l'autoroute. Par ailleurs, si la mort et l'identité d'une personne sont d'intérêt public, les circonstances de cette mort le sont assurément tout autant. Les policiers n'auraient donc d'autre choix que d'utiliser leur formule consacrée et de dire que « la vitesse et l'alcool seraient en cause ». Or, cette information risque fort d'être le sujet à la fois de l'enquête sur cautionnement et de l'enquête préliminaire.

Il arrive également que de façon plus discutable, les policiers veuillent souligner leurs bons coups. Ainsi, ils organiseront une conférence de presse à la suite d'une opération antidrogue fructueuse, conférence au cours de laquelle les fruits de leur saisie seront présentés en trophées de chasse! Les quantités saisies seront par exemple abordées avec les médias et elles le seront tout autant lors des audiences frappées d'un interdit de publication. Durs pour les forces policières, les mots du juge Jean-Guy Boilard, vieux de plus de deux décennies, trouvent malheureusement encore parfois application aujourd'hui :

Les médias, en général, et les journalistes, en particulier, sont presque toujours les cibles des critiques formulées par les juges ou les avocats qui se plaignent que les accusés subissent un procès dans les journaux dès leur comparution quand ce n'est pas auparavant durant l'enquête policière. Dans bien des cas, toutefois, les journalistes n'auront été que les diffuseurs, bien documentés ou renseignés, d'une publicité orchestrée par des policiers au zèle intempestif.¹⁰⁴

Les médias couvrant la scène judiciaire marchent souvent sur des œufs dans ce genre de situations. Peuvent-ils par exemple, au terme d'une enquête sur mise en liberté provisoire où la question a été abordée, qualifier un accusé de « récidiviste » si cette information avait déjà été rendue publique par les policiers au moment où ils ont lancé un mandat d'arrêt contre lui? Malheureusement, il existe peu de décisions pouvant guider les professionnels de l'information. Nous n'avons recensé aucun cas en droit canadien où, en défense à une accusation d'avoir violé une ordonnance de non-publication prononcée à l'enquête sur cautionnement ou à l'enquête préliminaire, un

¹⁰⁴ *Southam inc. c. Brassard*, [1987] R.J.Q. 1841, 1850 (C.S.).

journaliste a invoqué uniquement le caractère public de faits diffusés antérieurement.

Certes, dans l'affaire *Dawson*¹⁰⁵, on avait plaidé que de nombreux éléments d'un article litigieux étaient déjà du domaine public. Sauf que ces éléments n'avaient pas été appris par le reporter lors d'une audience sujette à une ordonnance de non-publication, dans ce cas-ci les audiences tenues hors la présence du jury. Voici la manière dont la Cour relate les faits :

I accept the evidence of Mr. Dawson and Mr. Ivens that the information in Mr. Dawson's story was derived entirely from other sources and not from evidence given in this proceeding. Although there were some references in the absence of the jury to matters mentioned in the impugned story, they were peripheral references. They only duplicated what Pacific Press gleaned on its own from other sources. In fact, much of the information in the article was already in the public domain before the story was written. Previous articles containing much of this information had appeared in the Kelowna Daily Courier, in The Vancouver Sun, and on radio station CKNW's broadcasts.¹⁰⁶

Dans le paragraphe suivant, la Cour tient des propos qui, à première vue, vont à l'encontre des affaires *Roy*, *Progrès du Saguenay* et *Star Phoenix* :

I do not consider that orders under s. 648(1), which must apply to "information regarding any portion of the trial", can operate so as to prohibit publication of material derived from sources other than what is said and done in the courtroom. The necessary result of that conclusion is that Pacific Press is not guilty of a breach of an order of this court.¹⁰⁷

Toutefois, à la lumière du paragraphe précédent, les faits obtenus d'une autre source dont il est question semblent n'être que des « références périphériques » aux débats judiciaires dont la publication était prohibée. Dans

¹⁰⁵ R. v. Dawson, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 652 (B.C.S.C.).

¹⁰⁶ R. v. Dawson, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 652 (B.C.S.C.), par. 10.

¹⁰⁷ R. v. Dawson, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 652 (B.C.S.C.), par. 11.

l'affaire *Star Phoenix*, la Cour d'appel a directement pris soin de distinguer les faits dont elle était saisie de ceux de l'affaire *Dawson*.¹⁰⁸

Quant aux affaires *Roy* et *Progrès du Saguenay*, le jugement écrit ne permet pas de savoir si les faits contenus dans l'article et que le journaliste a appris de façon extrajudiciaire étaient déjà du domaine public. Il est possible que si tel avait été le cas, la conclusion du juge aurait été différente.

Nous sommes d'avis qu'une fois qu'une information est passée dans le domaine public, on ne peut certainement pas interdire que se poursuive sa publication. Ce serait d'autant plus impossible aujourd'hui avec l'apparition d'Internet, qui permet l'archivage des articles déjà publiés. Il serait quasi illusoire d'exiger que les médias retirent de leur site Web toute information abordée lors des audiences frappées d'une ordonnance de non-publication.

Les remarques que nous avons déjà faites relativement à l'affaire *Lafleur*¹⁰⁹ s'appliquent tout autant ici quant à la remémoration des faits. En faisant sortir du domaine public des informations qui le sont déjà, on prive la population de toute référence fiable au passé. On l'oblige du coup à se fier sur sa mémoire ou sur celle de connaissances pour se souvenir des faits. Or, la mémoire humaine est beaucoup moins fiable qu'une recherche dans les archives Internet d'un média reconnu.

Sur le plan pratique, inclure dans une ordonnance de non-publication ce qui est déjà du domaine public pourrait carrément bâillonner les reporters judiciaires. C'est que les enquêtes préliminaires et les enquêtes sur cautionnement incluent nécessairement une certaine description des circonstances du prétendu crime. Or, comment peut-on parler d'une personne accusée d'un crime sans relater les circonstances sommaires de sa commission, lesquelles ont généralement été diffusées par la police avant même la comparution du prévenu?

¹⁰⁸ *R.v. The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 727, par. 17 (C.A.S.).

¹⁰⁹ Voir la section 1.1.2.1.

1.2. État de la jurisprudence sur la constitutionnalité des articles

En 1982, l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* a propulsé l'affirmation des droits et libertés au premier plan de la pratique judiciaire canadienne. Les contestations constitutionnelles se sont multipliées. Jadis généralement basées sur des questions de juridiction entre les ordres de gouvernement, elles se sont alors concentrées sur l'incompatibilité des lois avec les droits et libertés enchâssés dans la *Charte*.¹¹⁰

La constitutionnalité des articles prévoyant une ordonnance de non-publication à l'enquête sur cautionnement et à l'enquête préliminaire a été remise en question tôt après l'entrée en vigueur de la *Charte*, alors que celle-ci n'en était qu'à ses premiers balbutiements. L'ordonnance de non-publication à l'enquête préliminaire a été contestée dès 1983 dans l'affaire *Banville*.¹¹¹ Cette décision est véritablement d'une autre ère. En effet, bien que l'affaire ait été jugée après le rapatriement de la Constitution, les faits qui y ont donné naissance se sont produits à la mi-février 1982, soit quelque deux mois avant l'entrée en vigueur de la *Charte* à minuit, le 17 avril 1982. En conséquence, ni le juge de première instance¹¹² ni celui de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick siégeant en appel¹¹³ n'ont estimé que la *Charte* ne s'appliquait. Ils se sont tout de même penchés sur la constitutionnalité de l'article attaqué. Ils se sont dits d'avis que la limite imposée à la liberté de presse se justifiait dans une société libre et démocratique. Cette affaire continue de faire autorité au Canada. Nous n'avons recensé aucune autre contestation constitutionnelle ultérieure de l'article 539 *C.cr.* ou de son équivalent passé.¹¹⁴

¹¹⁰ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Thomson Carswell, 2007, p. 707.

¹¹¹ *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.); en appel, *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B).

¹¹² *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.), par. 42.

¹¹³ *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B).

¹¹⁴ Ce commentaire fait abstraction de l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale), dont nous avons parlé en détail dans la section 1.1.1.1. c) du présent

Quant aux ordonnances de non-publication à l'enquête sur mise en liberté provisoire, leur conformité à la *Charte* a été remise en question pour la première fois en 1983 dans l'affaire *Global Communications*.¹¹⁵ Les tribunaux n'avaient alors pas eu l'avantage de profiter du test dégagé par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*¹¹⁶, ni des enseignements de l'arrêt *Dagenais*¹¹⁷ qui, comme nous l'avons vu¹¹⁸, a marqué un tournant en proclamant la fin de la préséance du droit à un procès équitable sur la liberté d'expression. Tant le juge de la Haute Cour de justice de l'Ontario que ceux de la Cour d'appel ont refusé d'invalider la disposition.

Pendant 20 ans, jamais les juges n'ont pas remis en question le bien-fondé de cette décision. L'année dernière, dans l'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd v. Canada*¹¹⁹, un juge torontois a refusé de la reconsidérer sous prétexte qu'il était lié par le *stare decisis*. À peu près simultanément, une brèche s'est toutefois ouverte en Alberta avec l'affaire *White*¹²⁰, qui a tranché que le caractère obligatoire de l'ordonnance de non-publication demandée par la défense à l'enquête sur mise en liberté provisoire était inconstitutionnelle. Un sursis d'exécution de cette décision a été obtenu, le temps que la Cour d'appel se penche sur le dossier. Au moment de la remise du présent mémoire, les plaidoiries avaient été effectuées. L'affaire avait été mise en délibéré et le jugement était imminent.

Pour bien cerner le débat, il est essentiel d'analyser en détail chacun des jugements que nous venons brièvement d'aborder. Nous nous pencherons d'abord sur les décisions rendues au début des années 80, avant l'arrêt *Dagenais*. Puis, nous examinerons les récents arrêts *Toronto Star* et *White*.

mémoire. Au départ, le débat ne devait pas aborder la constitutionnalité de l'article 539 *C.cr.* mais la Couronne a insisté pour que soit abordée la question. Dans un *obiter dictum* qui, à nos yeux, a peu de valeur, le juge a estimé que l'article était constitutionnel.

¹¹⁵ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.) et, en appel, *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.)

¹¹⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹¹⁷ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

¹¹⁸ Voir la section 1.1.1.1 a).

¹¹⁹ *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] O.J. (Quicklaw) n° 752 (O.S.C.J.).

¹²⁰ *R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608 (A.C.Q.B.).

1.2.1. La jurisprudence pré-*Dagenais*

1.2.1.1. L'affaire Banville

a) Le jugement de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick¹²¹

Au début des années 80, l'Américain Beurmont Banville travaillait pour un journal de Bangor, une ville du Maine. Le 15 février 1982, il a été appelé à couvrir une enquête préliminaire dans une affaire de meurtre à Edmundston, au Nouveau-Brunswick. Au début de l'audition, à la demande de l'avocat de l'accusé, une ordonnance de non-publication a été prononcée en vertu de l'article 467 C.cr., l'ancêtre de l'actuel article 539. M. Banville était un habitué de ce genre d'auditions et avait toujours cru que ce type d'ordonnance ne liait ni les reporters, ni les journaux américains. Malgré cette conviction, il s'est enquis auprès du juge et des avocats, qui lui ont souligné que s'il faisait état de la preuve dans son journal, il violerait la loi canadienne. Qu'à cela ne tienne, le reporter est retourné à son domicile américain de Madawaska, a écrit un article relatant certains faits dévoilés à l'enquête et l'a fait parvenir à son journal. Le lendemain, le texte était publié dans le *Bangor Daily News*. Des quelque 80 000 copies imprimées du journal, 56 ou 57 ont été distribuées au Canada. Dix-sept l'ont été dans la ville où se déroulait le procès. Quelques-unes ont également été distribuées à Clair, une autre ville du comté de Madawaska, d'où allaient provenir les jurés.¹²²

Banville a été accusé en vertu de l'article 467(3) C.cr., l'équivalent de l'actuel article 539(3). Il a fait valoir que l'article 467(1) qui avait permis au juge de l'enquête de prononcer l'ordonnance violait l'article 2b) de la *Charte*. Le juge Harper a analysé la question ainsi :

¹²¹ *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.).

¹²² *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B), par 5.

It is beyond argument that an order under s. 467(1) of the Code is a restraint upon the freedom of the press. It does not follow, however, that all restrictions upon the freedom of the press are per se in violation of s. 2(b) of the Charter.

The distinction between liberty and licence must always be kept in mind. It is one thing to have a "free press" but as with all other "freedoms" and "liberties" certain responsibilities are attendant therewith. No one would seriously argue that "freedom of the press" carries within its meaning the right to publish libelous and untrue statements as if they were fact. Each "freedom" is of necessity related to all other "freedoms" and must be construed so as not to encroach upon those other freedoms which are just as sacred to the individual and the law.¹²³

Cette manière de poser le problème était plutôt malhabile. En effet, en s'exprimant ainsi, le juge a semblé considérer que les droits et libertés mêmes doivent être définis en fonction de leur caractère raisonnable et des limites que leur impose la société. Or, tel n'est pas le cas. En dotant la *Charte canadienne des droits et libertés* de l'article 1, le législateur a spécifiquement exclu une approche à l'américaine où, en l'absence d'une clause limitative, chaque droit doit être façonné en fonction de ses limites.¹²⁴ Ainsi, contrairement à ce que prétend le juge, la liberté de presse protège la publication d'informations diffamatoires ou fausses. Dans l'affaire *R. c. Lucas*¹²⁵, la Cour suprême a décidé qu'un libelle diffamatoire (en sachant que les informations véhiculées sont fausses) est protégé par la liberté d'expression. De la même manière, les arrêts *R. c. Keegstra*¹²⁶ et *R. c. Zundel*¹²⁷ ont respectivement conclu que la propagande haineuse et la publication de fausses nouvelles étaient couvertes par l'article 2b). Ces trois actions constituaient des infractions criminelles. La constitutionnalité de celles-ci était contestée devant le plus haut tribunal.

¹²³ *R. c. Barville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.), par. 35-36.

¹²⁴ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Thomson Carswell, 2007, p. 788.

¹²⁵ *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.

¹²⁶ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

¹²⁷ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

Évidemment, une fois établi qu'une disposition viole un droit garanti par la *Charte*, l'article premier entre en jeu. Les dispositions peuvent être sauvegardées par cet article, si elles limitent le droit en cause de façon raisonnable et si elles sont justifiées dans une société libre et démocratique. Par exemple, des trois décisions que nous avons citées, deux ont maintenu, grâce à l'article premier, la constitutionnalité de la disposition attaquée. La propagande haineuse et le libelle diffamatoire constituent ainsi encore des infractions en droit canadien, tandis que la publication de fausses nouvelles est désormais permise.

À la décharge du juge, il importe de préciser que, lorsqu'il a rendu ses motifs en août 1982, il n'avait pas eu l'avantage de profiter de l'important volume de décisions qui, aujourd'hui, analysent les droits et libertés en fonction de la clause limitative. Pour rendre justice à son raisonnement, il faut également souligner qu'après avoir estimé que l'article 467(1) *C.cr.* n'était pas contraire à l'article 2*b*), le magistrat a brièvement mentionné l'article premier de la *Charte*, concluant sans réelle analyse que la limitation était raisonnable.

De toute façon, cette brève analyse n'était pas déterminante aux yeux du juge Harper. Celui-ci a en effet estimé que la *Charte* n'avait pas d'effet rétroactif. Comme la publication est survenue quelque deux mois avant son entrée en vigueur, l'article 2*b*) ne pouvait être d'aucun secours à Beurmont Banville¹²⁸.

Il vaut ici de mentionner que, malgré sa conclusion quant à la *Charte*, le juge Harper aurait tout de même pu se livrer à une analyse de la conformité de la disposition à la liberté d'expression. En effet, comme l'a lui-même souligné le magistrat, la *Déclaration canadienne des droits*¹²⁹ protège explicitement à son article 1*f*) la liberté de presse.

Un autre argument avancé par l'avocat du journaliste consistait à dire que l'article 467 *C.c.* ne prohibait que la « publication » des informations couvertes par une ordonnance de non-publication. Or le journaliste avait écrit l'article, mais

¹²⁸ La Cour suprême confirmera plus tard dans *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153 que les dispositions violant la *Charte* ne pourront être déclarées inconstitutionnelles que relativement à leur application à partir du 17 avril 1982, date d'entrée en vigueur de la *Charte*.

¹²⁹ *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App.III. Cette loi quasi constitutionnelle est restée en vigueur après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

ne l'avait pas « publié » lui-même, d'autant plus qu'il n'avait même pas le dernier mot sur cette publication. Son employeur pouvait refuser le texte ou n'en publier qu'une partie.¹³⁰ Le juge a rejeté cet argument, estimant que ses actes étaient à la base même de la violation de l'ordonnance. Si Banville n'avait pas écrit l'histoire, a soutenu le magistrat, l'interdit aurait été respecté.¹³¹

L'accusé a par ailleurs soutenu qu'un tribunal canadien n'avait pas compétence pour le condamner, compte tenu que le quotidien ayant publié la nouvelle était imprimé aux États-Unis. Il a référé la Cour à l'article 5(2) *C.cr.*, l'équivalent de l'actuel article 6(2) *C.cr.*, qui édicte que personne ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'extérieur des frontières canadiennes. Sa conclusion sur la question allait comme suit :

Since all hearings in Canadian courts are (with certain exceptions which do not concern us here) open to the public at large, Banville attended the court hearing in question as of right. The fact that he was an American citizen had no bearing upon his right to be present. As is the case with all rights, however, his right of attendance was subject to certain limitations. As a person present in court in Canada, he was at that time subject to the lawful orders of that court applicable to all persons present at the preliminary inquiry. The order made banning publication of the evidence adduced was binding upon all those persons physically in the court regardless of their citizenship. Although he was free to make notes of all that occurred, he was completely fettered insofar as publication of those notes were concerned. The order made that day was binding upon him as a person as it was equally binding upon all other persons present including Canadian reporters employed by Canadian periodicals. The fact that he may actually have composed the final draft of his story in the State of Maine is of no consequence. This court finds that it has jurisdiction both over the person and the offence. The fact that several copies of the newspaper in question were sold in Edmundston is also evidence of "publication" in Canada in the sense that the word "publication" in its common definition means (inter alia) the dissemination of information. However, since this court has already found that the defendant in his capacity as author had

¹³⁰ *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.), par. 5.

¹³¹ *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.), par. 43.

in law "published" the article in question, the actual geographical area of publication is of no legal import.¹³²

Cette conclusion est donc contraire à la croyance juridique populaire selon laquelle les médias d'un autre pays ne sont pas liés par de telles mesures. Nous examinerons en détail la question à la section 2.2.4.1.2.c). Qu'il suffise pour le moment de dire qu'à la lumière de la jurisprudence contemporaine sur la juridiction territoriale du Canada, la conclusion du juge Harper paraît juste dans le cas de Beurmont Banville. Évidemment, elle ne dit rien sur la difficulté de faire respecter à l'échelle internationale les interdicts de publication prononcés ici, particulièrement dans le contexte d'homogénéisation de l'information caractérisant les années 2000.

b) Le jugement de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick

La Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick¹³³, siégeant à titre de tribunal d'appel, a rendu un jugement assez succinct. Tout en confirmant la décision de l'instance inférieure selon laquelle la *Charte* n'a pas d'effet rétroactif, le juge Hoyt a estimé que, de toute façon, l'article 467(1) était justifié par la clause limitative. Sa décision a surtout été justifiée par le caractère temporaire de l'ordonnance et par la préséance du droit à un procès équitable sur la liberté de presse. Il s'est exprimé ainsi :

Thus, we appear to have 2 competing interests, freedom of the press and a fair and public trial before an independent and impartial tribunal. If there is such a conflict, and I am not certain that delay in reporting evidence of a preliminary inquiry is essential to the maintenance of a well-informed public opinion, then the concept of freedom of the press must, in my view, give way to the overriding obligation to insure that an individual have a fair trial before an independent and impartial tribunal. I find it difficult to accept that our democratic institutions are threatened if the public, including potential

¹³² *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.), par. 46.

¹³³ *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B).

jurors, are delayed, not denied, but delayed in finding out that, for example, ". . . hairs found at the scene are consistent with a standard said to come from the accused's body."

Le juge Hoyt n'a trouvé aucune erreur quant au raisonnement du premier juge relativement à la question de la juridiction territoriale. Il a également rejeté la prétention selon laquelle un journaliste ne pouvait être condamné compte tenu qu'il n'avait pas lui-même publié l'article, établissant une distinction entre la « publication » et l'« impression ».¹³⁴

1.2.1.2. L'affaire *Global Communications*

a) Le jugement de la Haute Cour de justice de l'Ontario¹³⁵

En 1983, les États-Unis avaient demandé l'extradition de la Canadienne Catherine Evelyn Smith. Ils avaient notamment l'intention de l'accuser du meurtre de l'acteur bien connu John Belushi. En attendant que soient complétées les procédures d'extradition, Smith avait demandé sa mise en liberté sous caution. À la demande conjointe de la fugitive et du procureur général du Canada (agissant au nom de l'État de la Californie), le juge de première instance avait prononcé une ordonnance de non-publication en vertu de l'article 457.2 *C.cr.*, l'équivalent de l'actuel article 517 *C.cr.* Cette ordonnance devait prendre fin lors du rejet des procédures d'extradition ou à la fin du procès devant se tenir en Californie.

Global Communications (avec le soutien de CBC et CTV)¹³⁶ a demandé à la Haute Cour de justice de l'Ontario¹³⁷ d'annuler l'ordonnance, alléguant qu'elle était contraire à l'article 2*b*) de la *Charte*, lequel garantit la liberté d'expression et son corollaire, la liberté de presse. Après avoir d'emblée conclu que

¹³⁴ *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B), par 20.

¹³⁵ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.).

¹³⁶ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.), par. 2.

¹³⁷ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.)

l'ordonnance violait cette disposition, le juge Linden a procédé à un examen en vertu de l'article premier de la *Charte*¹³⁸. Privé des guides de l'arrêt *Oakes*, il a décortiqué en deux parties la clause limitative. Le magistrat a d'abord examiné le caractère raisonnable de l'ordonnance. Compte tenu de son caractère temporaire, de son étendue limitée à la preuve entendue et aux représentations faites, du fait qu'elle n'avait privé personne de l'accès à la salle d'audience, le juge Linden a estimé que la violation était minimale. Puis, il a fait remarquer que l'ordonnance entraînait directement en conflit avec l'article 11d) de la *Charte*, lequel prévoit le droit à un procès juste et équitable. Citant l'arrêt *Banville*¹³⁹, le juge a estimé que le droit d'un accusé à un procès juste et équitable prévalait sur la liberté de presse. À cet égard, il a également cité l'affaire *R. c. Begley* :

It could not have been in the contemplation of the new Fathers of Confederation that the rights of an accused person should be whittled down in the name of a general concept of the freedom of expression or freedom of the press.¹⁴⁰

En deuxième lieu, le juge Linden s'est attardé à la portion finale de l'article 1 de la *Charte*, se demandant si la limite imposée à la liberté de la presse pouvait se justifier dans une société libre et démocratique. Il a référé aux représentations des parties lors de l'audience, qui avaient toutes deux cité en exemple les États-Unis.¹⁴¹ Le procureur général avait d'abord fait valoir que dans certains états, le public, médias y compris, étaient exclus de la salle lors

¹³⁸ Cet article se lit comme suit : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

¹³⁹ *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B).

¹⁴⁰ *R. c. Begley*, [1982] O.J. (Quicklaw) n° 3455 (O.H.C.J.).

¹⁴¹ En l'absence de l'arrêt *Oakes*, la Cour d'appel de l'Ontario avait donné quelques balises pour examiner la constitutionnalité d'une disposition eu égard à la Charte. Elle avait déclaré que l'article 1 « impose a positive obligation on those seeking to uphold the limit or limits to establish to the satisfaction of the court by evidence, by the terms and purpose of the limiting law, its economic, social and political background, and, if felt helpful, by references to comparable legislation of other acknowledged free and democratic societies, that such limit or limits are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society ». Voir *Southam Inc. and The Queen (No. 1)*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 2962 (C.A.O.), par 31, repris dans *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.), par. 15.

d'audiences préliminaires. Il avait indiqué que l'article 868 du *California Penal Code* exige qu'un juge, sur demande de l'accusé, rende une telle ordonnance lors de la « preliminary examination », qui s'apparente à l'enquête préliminaire en droit canadien. De même, dans *Gannett Co. Inc. v. DePasquale et al.*¹⁴², la Cour suprême des États-Unis a tranché qu'un juge avait le droit de refuser l'accès au public lors de requêtes pour exclusion de la preuve.

Lors de ses représentations, le procureur de Global Communications avait quant à lui soumis une autre décision du plus haut tribunal américain, *Nebraska Press Association et al. v. Stuart et al.*¹⁴³, qui prouvait, selon lui, que les limites temporaires à la liberté d'expression (« prior restraint ») étaient l'exception aux États-Unis. Dans cette affaire, un juge avait ordonné que les médias taisent jusqu'à la formation du jury certaines informations impliquant l'accusé dans six meurtres. La Cour suprême avait alors jugé que « the barriers to prior restraint remain high and the presumption against its use continues intact ». Reprenant cet arrêt, le juge Linden a apporté quelques nuances :

On the record before the Supreme Court, however, it was not clear that further publicity would have prevented the empaneling of an unbiased jury, nor that the order would have served its intended purpose of restraining publication. In addition, alternatives to the order which might have sufficiently mitigated the adverse effects of pre-trial publicity, apparently were not considered by the trial judge.¹⁴⁴

Le juge Linden s'est ensuite tourné vers le système britannique. Il a noté que les journalistes y sont astreints à certaines limites. L'article 3 du *Criminal Justice Act* de 1967 ne permet par exemple que la publication de certains renseignements divulgués à l'audience qui, telle notre enquête préliminaire, évalue la suffisance de la preuve. Il a souligné qu'au Royaume-Uni, la publication de renseignements de nature à dévaloriser l'accusé aux yeux de jurés potentiels constitue un outrage au tribunal. Mais, en bout de ligne, le juge

¹⁴² *Gannett Co. Inc. v. DePasquale et al.*, (1979) 99 S.Ct. 2898 (U.S.S.C.).

¹⁴³ *Nebraska Press Association et al. v. Stuart et al.*, (1976) S.Ct. 2791 (U.S.S.C.).

¹⁴⁴ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.), par 21.

a estimé que si le droit comparatif pouvait lui donner quelques pistes, il lui incombait ultimement d'examiner la disposition à la lumière de notre propre société. C'est d'autant plus vrai que deux approches différentes prévalent selon que l'on se trouve au nord ou au sud du 49^e parallèle. Le juge se réfère au professeur Beckton quant à l'approche privilégiée au Canada :

The philosophy has been to protect fair trials by preventing the publication of any prejudicial information, rather than trying to ensure a fair trial after such information has been published as is done in the United States.¹⁴⁵

La conclusion du juge est particulièrement savoureuse lorsque considérée à la lumière de la réalité actuelle :

This case has attracted international attention. Lifting the ban on publication would undoubtedly result in the dissemination of information concerning the evidence adduced at the bail hearing in California, where Ms. Smith ultimately may have to stand trial for murder. Evidence which was admitted at the bail hearing in Canada may well be inadmissible at the trial in California. Evidence declared relevant may well be held irrelevant in California. Damaging evidence may stand unchallenged for months pending the presentation by the defence at the trial. Hence, to permit the press to publish such material might jeopardize Ms. Smith's right to a fair trial. Ms. Smith is a Canadian citizen and as such she is entitled to the protection granted to accused persons by Parliament and Canadian legislation as well as the entrenched individual rights enshrined in the Charter of Rights and Freedoms, wherever she may stand trial.¹⁴⁶

À la lecture de ce paragraphe, force est de constater son obsolescence dans la société actuelle. Le juge Linden considère primordial l'interdit de publication afin d'éviter que l'information préjudiciable ne soit rendue disponible en Californie, où Smith pourrait ultimement avoir à subir son procès. À l'ère d'Internet et des communications instantanées, ce raisonnement appliqué à une

¹⁴⁵ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.), par 23.

¹⁴⁶ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.), par 24.

affaire transnationale peut désormais difficilement tenir la route. Quiconque assisterait maintenant à un procès aussi médiatisé pourrait facilement publier anonymement et en toute impunité sur un blogue américain les informations visées par l'ordonnance.¹⁴⁷ Dans un monde où le droit reste essentiellement national, empêcher la circulation outre-frontières relève pratiquement de l'utopie. Mais même au début des années 80, il était difficile pour un tribunal canadien de faire appliquer une ordonnance de non-publication.

b) Le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario

Global Communications en a appelé de la décision du juge Linden devant la Cour d'appel de l'Ontario¹⁴⁸. L'arrêt unanime de ce tribunal traite de l'affaire autrement que la décision du juge Linden. L'argumentation des médias était centrée sur le caractère « arbitraire » de l'article 457.2(1) C.cr.¹⁴⁹ Concédant qu'une ordonnance de non-publication pouvait être nécessaire dans certains cas, le procureur de Global Communications contestait le fait que le juge doive automatiquement en prononcer une si le prévenu en faisait la demande. Au cours des plaidoiries, l'avocat a noté qu'avant d'être amendée en 1976, la disposition conférait au juge une discrétion de prononcer ou non un interdit de

¹⁴⁷ Voir la section 2.2.4.1.2. du présent mémoire

¹⁴⁸ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. n° 3066 (C.A.O.).

¹⁴⁹ En 1983, au moment des faits de l'affaire, l'article 457.2 C.cr. se lisait comme suit :

457.2 (1) Lorsque le poursuivant ou le prévenu a l'intention de faire valoir des motifs justificatifs aux termes de l'article 457, il doit le déclarer au juge de paix et le juge de paix peut et doit, sur demande du prévenu, avant le début des procédures en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient publiés dans aucun journal ni radiodiffusés

- a) si une enquête préliminaire est tenue, tant que le prévenu auquel se rapportent les procédures n'aura pas été libéré, ou
- b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

(2) Quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, omet de se conformer à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1), est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(3) Au présent article, « journal » a le sens donné à ce mot, en vertu de l'article 261, dans les articles 262 à 281.

publication. Cet argument s'est retourné contre lui, le juge Thorson étant d'avis qu'accepter la soumission des médias irait à l'encontre de la volonté du Parlement. Pour le magistrat, la modification de la loi sous-entendait que le législateur était d'avis que le droit du public à l'information devait céder le pas devant celui d'un accusé à un procès juste et équitable.

Il faut présumer, a indiqué le magistrat, que les parlementaires ont pris en compte la différence entre les règles de preuve appliquées lors de l'enquête sur cautionnement et celles gouvernant les procès. Lorsqu'il est question de la remise en liberté d'un prévenu (ou d'un « intéressé » en matière d'extradition), il est permis de faire référence à ses accusations pendantes, à des crimes qu'il aurait commis mais dont il n'aurait pas été accusé, à une preuve de caractère ou à d'autre ouï-dire dont l'admissibilité pourrait être refusée au procès. Puis, la Cour s'est exprimée ainsi :

By the same token it would also have been appreciated that at the outset of such a hearing the accused cannot be expected to know what kind of evidence may be later presented, so that it would be quite impractical that he or she should then have the burden of convincing the court, by reference to that evidence, that its publication or broadcasting ought to be restricted.¹⁵⁰

Bien sûr, a poursuivi le juge, ce n'est pas parce qu'un choix législatif a été fait qu'il est nécessairement conforme à la *Charte*. Mais il faut lui donner un certain poids, d'autant plus que les parlementaires, au moment du changement, étaient pleinement conscients de l'importance de la liberté de presse, celle-ci étant prévue par la *Déclaration canadienne des droits*.

La Cour d'appel a également endossé l'utilisation restreinte qu'a faite la cour d'instance inférieure de l'exemple américain. Elle a souligné que les citations générales quant au système américain étaient dangereuses puisque les lois y varient d'un État à l'autre. Le juge Thorson a tout de même reconnu que la tendance était de donner davantage de latitude aux médias américains

¹⁵⁰ Re : *Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.), par. 27 *in fine*.

pour rapporter les événements précédant un procès. Toutefois, a-t-il rappelé, cette réalité est contrebalancée par un mode différent de sélection des jurés. Les enquêtes sur les candidats-jurés sont plus poussées aux États-Unis et les questions qu'on leur pose ne seraient probablement pas permises au Canada.¹⁵¹

Le magistrat a aussi fait quelques commentaires quant à la manière dont le débat lui avait été présenté. En appel, la Couronne avait d'abord soulevé une question de compétence, également débattue en première instance, mais d'aucun intérêt dans la présente étude. Puis, elle avait énoncé deux autres motifs d'appel. Les voici, tels que repris dans la décision :

- (b) If section 457.2 of the Criminal Code does apply to extradition proceedings, is that section of no force and effect because it infringes section 2 of the Charter insofar as it makes a non-publication Order mandatory if requested by the fugitive?
- (c) Was there sufficient evidence before the Learned Judge, and His Honour Judge Ferguson, to demonstrably justify the Order in the circumstances of this case?¹⁵²

Le juge a critiqué cette approche en deux étapes, la qualifiant de futile. Pour lui, à partir du moment où tant le juge de première instance que le procureur général reconnaissent que la disposition attaquée violait l'article 2*b*), la question de la suffisance de la preuve n'avait pas sa raison d'être et ne faisait qu'embrouiller la question.

Il semble d'ailleurs y avoir eu devant la Cour une discussion quant à l'étendue de la liberté de presse. Un débat s'est engagé sur la question des limites inhérentes à chaque droit, dont nous avons traité à la section précédente. Heureusement, la Cour d'appel a été assez visionnaire pour clarifier les choses, qui avaient notamment mal été présentées par la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Banville*¹⁵³ :

¹⁵¹ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.), par. 37.

¹⁵² *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.), par. 4.

¹⁵³ *R. c. Banville*, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.), par. 35-36.

In putting the questions whether s. 457.2 infringes s. 2 of the Charter and, if it does, whether there was sufficient evidence to demonstrably justify the order made in this case by Judge Ferguson, the appellant invites a two-stage approach to the determination of this appeal which in my view is not necessary and unduly confuses the real issue herein. Linden J. in his reasons for judgment was prepared to accept that the order made by Judge Ferguson prima facie conflicted with the appellant's enjoyment of "freedom of the press and other media of communication". Before this Court counsel for the intervenant, the Attorney-General for Ontario, conceded that there was such a conflict. I see no reason to disagree. In my opinion no useful purpose is served in this case by exploring whether or not "freedom of the press" ought to be given a meaning that recognizes the limitations which the law has previously placed on that freedom and is thus not per se infringed by the order made in this case. As I see it, therefore, the one issue on which the outcome of this appeal must turn is whether s. 457.2(1) constitutes a reasonable limit, within the meaning of s. 1 of the Charter, on the freedom which the Charter guarantees to the appellant.¹⁵⁴

Au bout du compte, exactement comme dans l'arrêt *Banville*, la hiérarchie entre les droits a permis de trancher la question. Aussi le juge Thorson a-t-il conclu son jugement avec ce passage souvent repris dans les dix années suivantes¹⁵⁵ pour affirmer la suprématie du droit à un procès équitable :

The right to a fair trial is a fragile right. It is quite capable of being shattered by the kind of publicity that can attend a bail hearing and, once shattered, it may, like Humpty Dumpty, be quite impossible to put back together again. Often the proceedings at a bail hearing do not attract any particular media notice, but when they do, as they have in this case, the risk of prejudice to the accused in the matter of his or her subsequent

¹⁵⁴ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.), par 31.

¹⁵⁵ Voir *United States of America v. LeGros (re: Canadian Broadcasting Corporation)*, [1992] N.S.J. (Quicklaw) n° 471 (N.S.S.C.A.D.); *Southam inc. c. Brassard*, [1987] R.J.Q. 1841, 1849 (C.S.); *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2006] O.J. (Quicklaw) n° 3062 (O.C.J.), par. 44. Voir aussi Pierre TRUDEL, « Liberté de presse ou procès public et équitable ? – À la recherche du fondement au droit d'accéder aux audiences et de diffuser des informations judiciaires », (1989) 49 *Revue du Barreau* 251, 267.

trial can be severe in the absence of a mechanism such as that provided in s. 457.2(1) for minimizing that prejudice by means of a time-limited restraint on what can be published or broadcast about the hearing.¹⁵⁶

1.2.2. La jurisprudence post-*Dagenais*

1.2.2.1 L'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd.*

Nous l'avons vu, l'affaire *Global Communications* a été jugée par des magistrats qui en étaient encore à leurs premiers pas dans l'interprétation de la *Charte*. Ils n'avaient pas l'avantage de profiter du test à appliquer pour l'analyse selon l'article premier, dont les bases ont été développées dans l'affaire *Oakes*¹⁵⁷. Au surplus, dans l'arrêt *Global Communications*, la Cour d'appel a conclu à la suprématie du droit à un procès équitable, une approche expressément rejetée dans l'arrêt *Dagenais*. Pourtant, l'année dernière, dans l'arrêt *Toronto Star Newspapers Ltd.*, la Cour supérieure de Justice de l'Ontario a refusé, au nom du *stare decisis*, de revenir sur cette décision vieille de près d'un quart de siècle.

Treize adultes et quatre mineurs étaient accusés d'infractions de terrorisme. À la demande d'un des accusés et de la Couronne, un accusé avait demandé – et obtenu – une ordonnance de non-publication pour son enquête sur mise en liberté provisoire. La Cour avait décidé que cette ordonnance valait pour l'enquête de tous les accusés. L'un d'entre eux, qui souhaitait que les procédures le concernant soient rendues publiques, avait vainement tenté de faire valoir que cette application générale de l'ordonnance de non-publication violait les droits prévus aux articles 2b), 7, 15 et 11e) de la *Charte*.¹⁵⁸

Les médias avaient finalement entrepris, avec le concours de deux accusés, de faire invalider l'article 517. Leurs avocats ont bien tenté de soutenir

¹⁵⁶ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.), par 41.

¹⁵⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Nous verrons plus tard que ce test a été raffiné par la suite, notamment dans l'arrêt *Dagenais*.

¹⁵⁸ *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2006] O.J. (Quicklaw) n° 3062 (O.S.C.J.).

que les arrêts *Dagenais* et *Oakes*, rendus après l'affaire *Global Communications*, commandaient une révision de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge ne les a pas suivis, s'estimant lié par l'autorité de la chose jugée. Il a estimé que seule la Cour d'appel de l'Ontario était habilitée à reconsidérer sa propre décision, si elle en jugeait les circonstances appropriées¹⁵⁹.

1.2.2.2. L'affaire *White*

Le contexte de l'affaire *White*¹⁶⁰ était tout à fait différent de celui de l'affaire *Toronto Star*. D'abord, la Cour du banc de la Reine de l'Alberta n'était pas liée par la décision de la Cour d'appel ontarienne dans *Global Communications*. Et puis, l'accusé avait lui-même, préalablement à sa mise en accusation, contribué à l'effervescence médiatique¹⁶¹. Michael James White était accusé du meurtre au deuxième degré de sa femme, enceinte de quatre mois. À 5 h 45 le matin du 12 juillet 2005, le véhicule de la femme de 28 ans avait été retrouvé abandonné à 1,5 kilomètres de la demeure du couple d'Edmonton. La portière du VUS était ouverte et des objets personnels étaient répandus un peu partout. L'accusé avait fait de nombreux appels aux membres du public, leur demandant de l'aider à retracer sa femme. Les policiers ont supervisé de grandes opérations de recherche, sans succès. Cinq jours plus tard, le corps de la femme était retrouvé en décomposition dans un fossé par l'accusé et un groupe de recherche qu'il supervisait.

L'enquête de police avait permis de mettre la main sur la bande vidéo d'une caméra de surveillance d'un commerce située entre le domicile du couple et le lieu où avait été trouvé le véhicule. L'enregistrement montrait qu'à 5 h le matin du 12 juillet, un véhicule dont la description correspondait à celui de la

¹⁵⁹ Les circonstances permettant à une cour de reconsidérer l'une de ses propres décisions sont citées dans *David Polowin Real Estate Ltd. v. The Dominion of Canada General Insurance Co.*, [2005] O.J. n° 2436 (C.A.O.).

¹⁶⁰ *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608 (A.C.Q.B.).

¹⁶¹ La description des faits de l'affaire se trouve à la décision de la Cour d'appel révisant la mise en liberté provisoire : *R. v. White*, [2006] A.J. (Quicklaw) n° 179 (C.A.A.)

victime avait été vu circulant de la direction de la maison vers l'endroit où avait été retrouvé le véhicule abandonné. À 5 h 12, un homme, que la Couronne disait être l'accusé, avait été vu courant dans la direction inverse.

Deux jours plus tard, l'accusé avait déposé deux sacs de poubelles à la rue. Plutôt que d'être amassés par les éboueurs, ils avaient été saisis par les policiers. Ceux-ci y ont entre autres trouvé des gants contenant l'ADN de l'accusé, du matériel de nettoyage ensanglanté par le sang de la victime, une lampe cassée, exacte réplique d'une autre se trouvant dans la chambre du couple et des vêtements de l'accusé ensanglantés. Des traces de sang de la victime ont aussi été retrouvées dans la chambre ainsi que dans le VUS.

Malgré cette preuve accablante, l'accusé a été remis en liberté. À la demande de l'accusé, le juge ayant présidé à l'enquête sur mise en liberté provisoire a prononcé l'ordonnance de non-publication obligatoire prévue à l'article 517 C.cr. La Couronne a fait appel de la décision. La Cour d'appel a renversé le jugement de première instance et ordonné la détention de l'accusé.¹⁶² L'accusé a demandé à ce que l'ordonnance de non-publication prononcée à l'enquête soit reconduite quant à l'audition de la Cour d'appel. Celle-ci a constaté qu'aucune disposition ne l'obligeait à prononcer une telle ordonnance à la demande de l'accusé. Elle disposait toutefois d'un pouvoir inhérent pour le faire. Cependant, ce pouvoir étant discrétionnaire, elle devait appliquer le test de *Dagenais/Mentuck*

Tout en critiquant le fait que le fardeau de la preuve incombe dans ce cas à un accusé vulnérable, les juges ont estimé que la démonstration ne leur avait pas été faite que l'ordonnance de non-publication était justifiée. Ils l'ont refusée. Les raisons ayant poussé la Cour d'appel à ordonner la détention de l'accusé ont donc pu être publiées, alors que celles qui avaient poussé le juge Brooker, de la Cour du banc de la reine de l'Alberta, à le remettre en liberté étaient restées inconnues de la population. Il est possible d'imaginer la frustration du magistrat de première instance devant cet état de fait.

¹⁶² R. v. White, [2006] A.J. (Quicklaw) n° 179 (C.A.A.).

Les médias ont profité de cette affaire parfaite pour contester la constitutionnalité de l'article 517 *C.cr.* Le juge saisi de l'affaire était nul autre que le juge Brooker, qui avait dès le départ remis l'accusé en liberté. Celui-ci a accepté d'entendre la contestation de constitutionnalité même si entre-temps, l'accusé avait déjà été déclaré coupable de meurtre au second degré.

Le raisonnement du juge Brooker sera inclus à notre propre analyse de la constitutionnalité des articles 517 et 539. Pour les besoins de la présente section, qui se veut essentiellement une mise en contexte, qu'il suffise de dire que l'article 517 a été déclaré inconstitutionnel. Cependant, le juge ne l'a pas totalement invalidé. Pratiquant la « dissociation », il a rayé de l'article 517 *C.cr.* les termes « et doit, sur demande du prévenu ». Appliquant la doctrine de l'interprétation large, le juge a aussi statué que la disposition devrait être précédée de la proposition « Lorsqu'un procès devant jury est possible » (« Where a jury trial is possible »).¹⁶³

¹⁶³ *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608 (A.C.Q.B.), par. 113.

II. LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 517 et 539

2.1. Les droits constitutionnels heurtés par les articles 517 et 539

Nous voici rendus au cœur de ce mémoire, soit à l'examen de la constitutionnalité des articles 517 et 539 C.cr. Cet exercice passe nécessairement d'abord par une première étape, qui consiste à déterminer si ces dispositions sont contraires à l'un des droits ou l'une des libertés énumérés dans la *Charte*. Le cas échéant, il nous faudra ensuite procéder à une analyse selon le test de *Oakes* pour voir si les dispositions peuvent être sauvegardées par l'article premier.

2.1.1. La liberté d'expression

L'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* se lit comme suit :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.

Le libellé de l'alinéa 2b) prévoit d'abord la protection de la liberté de pensée, de croyance et d'opinion. Dans les faits, la protection isolée de telles libertés est sans effet si elle n'est pas accompagnée de celle de la liberté d'expression. Comme le souligne le constitutionnaliste Peter W. Hogg, même un état totalitaire ne peut bannir les idées qui n'ont pas été exprimées.¹⁶⁴ Le noyau dur de la protection accordée en vertu de l'article 2b) est donc constitué de la

¹⁶⁴ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Thomson Carswell, 2007, p. 947.

liberté d'expression, laquelle comprend « la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

Même si la liberté de la presse est souvent la plus touchée par les ordonnances de non-publication, nous préférons, pour les fins du présent mémoire, considérer la proposition plus globale selon laquelle les articles 517 et 539 briment la liberté d'expression. En effet, comme nous l'avons vu, ces articles prohibent expressément la publication ou la diffusion « de quelque façon que ce soit » des informations couvertes par l'ordonnance. Les interdits touchent donc davantage que les seuls journalistes. Le blogueur amateur, par exemple, est tout autant concerné par un ordre de la cour.

La Cour suprême a défini la liberté d'expression comme « toute activité ou représentation qui transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente »¹⁶⁵. Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, la Cour suprême a expressément reconnu que la liberté d'expression « protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute »¹⁶⁶. Aussi le plus haut tribunal du pays a-t-il sans surprise convenu que l'alinéa 2b) de la *Charte* englobe le droit de rapporter les audiences des tribunaux. Le juge Cory a souligné le caractère fondamental du rôle de la presse à cet égard :

Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires -- la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès -- et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'auditeurs ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires

¹⁶⁵ *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 143 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 969-970.

¹⁶⁶ *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 767.

et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.¹⁶⁷

Mais la liberté d'expression a une portée plus large encore que le droit de rapporter les débats judiciaires. Elle inclut aussi le droit d'assister aux audiences. La Cour suprême a en effet statué dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur Général)*¹⁶⁸ que, comme une ordonnance de huis clos interdit l'accès des journalistes aux débats judiciaires¹⁶⁹, elle les empêche d'en rendre compte et porte atteinte à leur liberté d'expression. Ce n'était pas la première fois que l'on jugeait que la liberté d'expression protégeait le droit d'accéder aux audiences¹⁷⁰. La Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Southam Inc and The Queen (No. 1)*¹⁷¹, s'était appuyée sur l'alinéa 2b) de la *Charte* pour déclarer inconstitutionnelles des dispositions qui imposaient le huis clos lors des procès de jeunes contrevenants.

2.1.2. Le droit à un procès public

La conclusion de la Cour suprême selon laquelle l'accès aux audiences des tribunaux est protégé par l'alinéa 2b) paraît introduire un chevauchement quant à la source de la constitutionnalité du vieux principe de la publicité des audiences. C'est que celui-ci est directement prévu à l'article 11d) de la *Charte* :

11. Tout inculpé a le droit :

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal

¹⁶⁷ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1339.

¹⁶⁸ *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

¹⁶⁹ Dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 429, le juge La Forest, dans ses motifs concurrents, était d'avis que la liberté de la presse englobe non seulement le droit de diffuser des informations, mais également le droit de recueillir ces informations.

¹⁷⁰ Voir à cet égard Pierre TRUDEL, « Liberté de presse ou procès public et équitable ? – À la recherche du fondement au droit d'accéder aux audiences et de diffuser des informations judiciaires », (1989) 49 *Revue du Barreau* 251, 267.

¹⁷¹ *Southam Inc. and The Queen (No. 1)*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 2962, par. 28 (C.A.O).

indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Une analyse plus poussée permet de constater que le chevauchement n'est pas si évident qu'il n'y paraît. Juxtaposé à des valeurs telles la présomption d'innocence, l'impartialité des tribunaux et, surtout, l'équité du procès, le caractère public des audiences criminelles protégé à l'article 11*b*) ne s'articule pas en fonction des intérêts du public, mais en fonction de ceux de l'accusé. Bien qu'il convienne que la publicité des procédures n'est assurément pas un droit exclusif à l'accusé, l'avocat François Ouellette, estime d'ailleurs qu'« [i] est évident que la garantie de l'alinéa 11*d*) ne s'applique qu'à l'inculpé et ne confère aucun droit aux médias ou au public »¹⁷². C'est ce que semble aussi dire la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Southam Inc and The Queen (No. 1)*¹⁷³, où les médias faisaient valoir leurs droits garantis par l'article 2*b*) :

In reviewing the statutes and submissions made, it must be noted that it was not a juvenile delinquent or his representative who made the application and s. 11(d) of the Charter, which gives to anyone charged the right to "a fair and public hearing", was not argued and is not in issue. If an alleged juvenile delinquent had been the applicant, s. 11(d) would have been directly in issue.¹⁷⁴

De fait, nous n'avons recensé aucune contestation constitutionnelle d'une ordonnance de huis clos ou d'une ordonnance de non-publication s'appuyant sur l'article 11*d*). Toutes sont basées sur l'alinéa 2*b*). Le débat est toujours présenté comme un conflit entre le droit à un procès équitable – aussi prévu à l'alinéa 11*d*) de la *Charte* – et la liberté de presse.

Comme les ordonnances de non-publication bâillonnent directement les reporters, il est assez facile de comprendre que les contestations

¹⁷² François OUELLETTE, *L'accès des caméras de télévision aux audiences des tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. 53. L'auteur prend soin de préciser que l'article 11*d*), bien qu'il ne confère pas de droits au public ou aux médias, n'est assurément pas un droit exclusif à l'accusé.

¹⁷³ *Southam Inc. and The Queen (No. 1)*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 2962, par. 28 (C.A.O).

¹⁷⁴ *Southam Inc. and The Queen (No. 1)*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 2962, par. 9 (C.A.O).

constitutionnelles d'ordonnances de non-publication s'appuient sur le principe de la liberté d'expression. En revanche, il est plus difficile d'expliquer pourquoi les contestations de huis clos prennent aussi assise sur l'article 2*b*) alors que le caractère public des audiences est expressément énoncé à l'alinéa 11*d*) de la *Charte*.

Dans l'affaire *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*¹⁷⁵, les juges de la Cour d'appel avaient rendu des motifs concurrents. Les faits étaient simples : l'accusé avait plaidé coupable à des accusations d'agressions sexuelles. Lors de la détermination de la peine, la Couronne avait présenté une requête pour que soit exclu le public de la salle d'audience, à l'exception des gens directement concernés par la cause. L'accusé avait consenti à la requête qui, dans un prétendu souci de « bonne administration de la justice », visait à éviter « un préjudice indu aux victimes et à l'accusé »¹⁷⁶. À la Cour d'appel, les juges Hoyt et Turnbull ont estimé que la disposition conférant à un juge une discrétion pour ordonner le huis clos portait atteinte à la liberté d'expression prévue à l'article 2*b*)¹⁷⁷, mais ils ont été d'avis que l'article était sauvegardé par l'article premier.

Le juge Angers, dans ses motifs concurrents, a abordé la question sous un autre angle. Il a estimé que la publicité des procès avait pour but de protéger l'accusé. En soumettant les actes des autorités au regard public, ce droit procure à l'accusé une protection contre l'oppression de l'État :

On the other hand, there is no express right in any legislation, including the Charter, which gives the public access to trials. In criminal law, the right of the public to be present in court is a corollary to the right of the accused to a public trial. A corollary right is subordinate to the principal right and cannot prevail over it. That is not to say that an accused has absolute control over waiving this right to a public trial. Such question must and should be determined by the presiding judge who has the opportunity,

¹⁷⁵ *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

¹⁷⁶ *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 2.

¹⁷⁷ En appel, la décision était répertoriée sous *R. v. Carson* [1994] N.B.J. (Quicklaw) n° 226 (C.A.N.-B.), par. 5.

at the trial, to hear the Attorney-General or his agent, representing the public, and the accused or his counsel.¹⁷⁸

Le juge a estimé qu'étant donné que l'accusé avait consenti à l'ordonnance, il ne pouvait être question d'une violation du droit prévu à l'article 11d). Le magistrat était également d'avis que le droit d'accéder aux audiences ne pouvait être protégé par la liberté d'expression. Il a estimé que toutes les décisions sur lesquelles s'était fondée la majorité pour étendre ainsi cette protection traitaient non pas de huis clos, mais d'ordonnances de non-publication ou de cas où les informations étaient déjà publiques.¹⁷⁹

Loin d'avaliser cette opinion, la Cour suprême l'a complètement ignorée, en confirmant l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle l'article 2b) conférait bel et bien au public un droit d'accéder aux audiences. Pas un mot sur le caractère public du procès prévu à l'alinéa 11d).

En l'absence d'avis net de la Cour suprême sur la question, on doit considérer avec précaution l'opinion selon laquelle l'alinéa 11d) ne peut être considéré que sous l'angle des droits de l'accusé. C'est d'autant plus vrai que certains autres tribunaux ont expressément rejeté cette manière de voir les choses¹⁸⁰. Le juge Finlayson de la Cour d'appel de l'Ontario a eu des propos sans équivoque :

The proposition advanced here by counsel is the apotheosis of individualism. The right to a fair and public hearing is mine, is for my protection, and is for me to assert. It follows therefore, that the right is mine to give away, that it is for me to invoke for my protection, and it is my prerogative not to assert if it is to my advantage not to do so. However, the accused person is not simply giving up something which is his when he purports to

¹⁷⁸ *R. v. Carson*, [1994] N.B.J. (Quicklaw) n° 226 (C.A.N.-B.), par .21.

¹⁷⁹ La majorité s'était basée sur les affaires *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, ainsi que *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, qui abordaient la question des ordonnances de non-publication. À l'appui de leurs prétentions, les juges avaient également cité l'affaire *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, qui s'attarde au caractère public de mandats de perquisition qui, déposés au dossier de la Cour, sont publics.

¹⁸⁰ Voir entre autres *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 90 (A.C.Q.B.) et *R. v. D.(G.)*, [1991] O.J. (Quicklaw) n° 335 (C.A.O.).

waive his right to a public hearing. To make an effective waiver, he must also assert that he has the right to a private hearing which is the antithesis of that constitutional right. Taken to its logical conclusion, counsel would have to submit that it is appropriate that a tribunal which has the responsibility for conducting itself in accordance with the principles of fundamental justice to provide a fair and public hearing can discharge that responsibility by providing the accused, for his accommodation, with a trial which is less than fair or short of being public.¹⁸¹

Les faits de l'affaire *Bernardo*¹⁸² sont assez connus. Alors que Karla Bernardo, mieux connue sous le nom de Karla Homolka, allait subir son procès¹⁸³, la Couronne a demandé une ordonnance de non-publication sur les procédures relatives au dossier de l'accusée afin de protéger le droit à un procès équitable de son complice Paul Bernardo, lequel devait ultérieurement être jugé pour les mêmes faits. Les avocats de Paul Bernardo s'opposaient à la demande, soutenant que seul l'accusé pouvait faire valoir son droit à un procès équitable. La Couronne, prétendaient-ils, n'y était pas habilitée dans le contexte du système contradictoire canadien.

Le juge Kovacs, de la Cour de Justice de l'Ontario, a rejeté cet argument. Il a estimé que le droit à un procès équitable garanti par la *Charte* n'était pas exclusif à l'accusé. On ne voit pas pourquoi le droit à un procès public, garanti au même alinéa que le droit au procès équitable, ne pourrait pas également être soulevé par une personne autre que l'accusé, un journaliste par exemple.

Nous sommes donc d'avis qu'il est possible de conclure que les articles 517 et 539 C.cr., en plus de violer la liberté d'expression prévue à l'article 2*b*), enfreignent l'article 11*d*) de la Charte.

¹⁸¹ *R. v. D.(G.)*, [1991] O.J. (Quicklaw) n° 335, par. 27 (C.A.O.). La Cour suprême a refusé la permission d'en appeler le 13 juin 1991.

¹⁸² *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047 (O.C.J.).

¹⁸³ Elle allait finalement plaider coupable à deux chefs d'accusation d'homicide involontaire.

2.2. La clause limitative : article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

Comme nous venons de déterminer que les articles 517 et 539 *C.cr.* contreviennent aux alinéas 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il nous fait maintenant passer à une analyse en vertu de l'article premier, aussi appelé clause limitative, qui dispose :

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

Au départ, les tribunaux s'accrochaient à ce qu'ils pouvaient pour déterminer si une règle de droit était « raisonnable » et si sa justification pouvait « se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Ainsi, on a par exemple examiné les pratiques d'autres sociétés libres et démocratiques pour analyser les dispositions canadiennes. Ce fut le cas dans l'arrêt *Global Communications*¹⁸⁴. La Cour suprême a finalement fixé les balises de la mise en œuvre de l'article premier dans l'affaire *Oakes*¹⁸⁵. Elle a établi un test divisé en deux grands volets. Le premier consiste à se demander si l'objectif de la disposition contestée est suffisamment important pour qu'elle restreigne un droit ou une liberté. Le second volet est subdivisé en trois étapes. Il faut d'abord se demander s'il existe un lien rationnel entre la mesure et son objectif. Ensuite, la règle devra porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté qu'elle enfreint. Enfin, il devra y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables de la mesure sur le droit enfreint et ses effets bénéfiques sur l'objectif poursuivi¹⁸⁶. Ce n'est que si la loi attaquée satisfait chacune de ces étapes qu'on conclura à

¹⁸⁴ *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043, par 20 et suivants (O.H.C.J.); *Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066, par. 35 et suivants (C.A.O.).

¹⁸⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁸⁶ Cette troisième étape du second volet de l'analyse selon l'arrêt *Oakes* a été précisée dans l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la page 887.

sa constitutionnalité. Nous examinerons plus en détail dans les pages qui suivent chacun des tests dégagés par cet arrêt de principe et procéderons à l'analyse des deux dispositions qui font l'objet du présent mémoire.

2.2.1. L'objectif poursuivi par le législateur

La première étape du test de *Oakes* se rapporte à l'objectif de la règle de droit. Celui-ci doit être « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garanti par la Constitution »¹⁸⁷. Pour satisfaire le test, l'objectif de la loi ne peut être contraire aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique. Il doit également se rapporter à des préoccupations « urgentes et réelles » dans une telle société¹⁸⁸.

2.2.1.1. La détermination de l'objectif

En vue de déterminer l'objectif de la règle de droit, il est possible de considérer plusieurs critères, notamment son historique.¹⁸⁹ En l'absence d'intention du législateur au moment de l'adoption des dispositions contestées, les tribunaux devront eux-mêmes cerner l'objectif des articles attaqués.

2.2.1.1.1. L'historique législatif des articles 517 et 539 C.cr.

a) L'article 517 C.cr.

La première mention d'une ordonnance de non-publication relative à l'enquête sur cautionnement se trouve à la *Loi modifiant les dispositions du Code criminel relatives à la mise en liberté des prévenus avant le procès ou*

¹⁸⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par 69, reprenant un principe déjà énoncé dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 352.

¹⁸⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par 69.

¹⁸⁹ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Thomson Carswell, 2007, p. 804-805.

pendant l'appel¹⁹⁰. L'article 5 de cette loi a complètement remplacé en 1972 les dispositions du *Code criminel* alors en vigueur relativement à la comparution d'un prévenu devant un juge de paix. La portion pertinente de cet article se lit comme suit :

5. Toute la partie de la Partie XIV de ladite loi [le Code criminel] précédant l'article 460 est abrogée et remplacée par ce qui suit.

[...]

Ordonnance enjoignant de ne pas publier certaines choses pendant une période spécifiée

457.2 (1) Lorsque le poursuivant a l'intention de faire valoir es motifs justificatifs aux termes du paragraphe 457 (1), il doit le déclarer au juge de paix et le juge de paix peut, avant le début des procédures en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient publiés dans aucun journal ni radiodiffusés,

- a) si une enquête préliminaire est tenue, tant que le prévenu auquel se rapportent les procédures n'aura pas été libéré, ou,
- b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

Omission de se conformer

(2) Quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, omet de se conformer à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1), est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

« *Journal* »

(3) Au présent article « journal » a le sens donné à ce mot en vertu de l'article 261, dans les articles 262 à 281;

¹⁹⁰ Loi modifiant les dispositions du Code criminel relatives à la mise en liberté des prévenus avant le procès ou pendant l'appel, S.R.C., 1970, c. 2, art. 5 (2^e suppl.).

L'introduction de l'ordonnance de non-publication faisait partie d'une vaste réforme de la mise en liberté provisoire.¹⁹¹ En plus d'apporter un élément de certitude au droit du cautionnement, la réforme avait pour but de faire en sorte que la capacité financière de payer une caution ne soit plus déterminante quant à la remise en liberté d'un individu. Avant 1972, il était difficile de savoir quelle partie portait le fardeau de prouver qu'une personne devait être remise en liberté. La réforme a changé les choses en faisant reposer ce fardeau sur les épaules de la Couronne.

À la lecture des débats tenus à la Chambre des communes, on constate que cette disposition était considérée comme bien secondaire dans le projet de loi. Jamais n'en a-t-il été question lors de la première¹⁹², de la deuxième¹⁹³ ou de la troisième¹⁹⁴ lecture du projet de loi en Chambre. Le ministre de la Justice de l'époque, John Turner, a tout au plus fait mention de cette nouvelle ordonnance de non-publication, sans l'expliquer ni la justifier, lorsqu'il a comparu au Comité permanent de la justice et des questions juridiques, responsable d'analyser le projet de loi¹⁹⁵.

On remarquera qu'au départ, l'ordonnance de non-publication était discrétionnaire, peu importe la partie qui la demandait. Cette situation a changé en 1976, alors que le droit du cautionnement a fait l'objet d'une autre réforme¹⁹⁶, pour répondre à un constat selon lequel certains accusés profitaient des amendements apportés en 1972 pour récidiver pendant leur liberté provisoire. Ainsi, le fardeau s'est transporté de la Couronne vers l'accusé en certaines situations. À ce moment, l'article 457.2(1) a été modifié. Il se lisait comme suit :

¹⁹¹ Le juge Brooker traite de cette question dans l'affaire *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608 (A.C.Q.B.), par. 113.

¹⁹² *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 3^e session, 28^e législature, volume III, p. 2613, 21 janvier 1971.

¹⁹³ *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 3^e session, 28^e législature, volume III, p. 3113 à 3133, 5 février 1971.

¹⁹⁴ *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 3^e session, 28^e législature, volume V, p. 4489 à 4496, 22 mars 1971.

¹⁹⁵ *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions éthiques*, 3^e session, 28^e législature, fascicule no 8, p. 8:13, 23 février 1971.

¹⁹⁶ *Loi de 1975 modifiant le Code criminel*, L.C. 1974-75-76, c. 93, art. 48.

457.2 (1) Lorsque le poursuivant ou le prévenu a l'intention de faire valoir des motifs justificatifs aux termes du paragraphe 457, il doit le déclarer au juge de paix et le juge de paix peut et doit, sur demande du prévenu, avant le début des procédures en vertu de cet article ou à tout moment au cours de celles-ci, rendre une ordonnance enjoignant que la preuve recueillie, les renseignements fournis ou les observations faites et, le cas échéant, les raisons données ou devant être données par le juge de paix, ne soient publiés dans aucun journal ni radiodiffusés,

- c) si une enquête préliminaire est tenue, tant que le prévenu auquel se rapportent les procédures n'aura pas été libéré, ou,
- d) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

Ainsi, à partir de ce moment, l'ordonnance est devenue discrétionnaire lorsque demandée par la Couronne et obligatoire sur requête de la défense. Il n'a pas été question au parlement de cet amendement. Il est donc assez difficile d'attribuer quelque intention au législateur.

b) L'article 539 C.cr.

La première version de l'actuel article 539 C.cr. se trouve à l'article 33 de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*. Cet article, qui traite d'une modification au *Code criminel* de l'époque, se lit comme suit :

33. Ladite loi est en outre modifiée par l'insertion de l'article suivant, immédiatement après la rubrique « Manière de recueillir les témoignages » qui suit l'article 452 :

Ordonnance restreignant la publication de la preuve recueillie lors d'une enquête préliminaire

« 452A. (1) Avant qu'il ne commence à recueillir la preuve lors d'une enquête préliminaire, le juge de paix qui tient l'enquête doit, si la demande en est faite par le prévenu ou, lorsqu'il y a plus d'un prévenu, par n'importe lequel d'entre eux, rendre une ordonnance prescrivant que la preuve recueillie lors de

l'enquête ne devra être publiée dans aucun journal ni être révélée dans aucune émission

- a) avant le moment où le prévenu qui a fait cette demande aura été libéré, ou,
- b) avant le moment où, si le prévenu qui a fait cette demande est renvoyé pour subir son procès ou astreint à passer en jugement, le procès aura pris fin.

Le prévenu doit être averti qu'il a le droit de faire une demande d'ordonnance

(2) Lorsqu'un prévenu n'est pas représenté par procureur lors de l'enquête préliminaire, le juge de paix qui tient l'enquête doit, avant qu'il ne commence à recueillir la preuve à l'enquête, faire part à l'accusé de son droit de faire une demande en vertu du paragraphe (1).

Défaut de se conformer à l'ordonnance

(3) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité quiconque fait défaut de se conformer à une ordonnance rendue en conformité du paragraphe (1).¹⁹⁷

Cette loi omnibus, décrite par le ministre de la Justice John Turner – avec un brin de partisanerie – comme « la réforme la plus importante et la plus complète de la loi pénale qui ait jamais été entreprise dans le pays »¹⁹⁸, ratissait large¹⁹⁹. Aussi la question de l'ordonnance de non-publication à l'enquête préliminaire, une mesure parmi tant d'autres, n'a-t-elle pas été abordée. Il est donc impossible d'imputer directement quelque intention au législateur sur la base des débats parlementaires.

¹⁹⁷ *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-1969, c. 38, art. 33.

¹⁹⁸ *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 1^{ère} session, 28^e législature, volume V, p. 4717, 23 janvier 1969.

¹⁹⁹ Cette loi a amené de nombreuses modifications au *Code criminel*, dont certaines, controversées à l'époque, vont de soi aujourd'hui. Parmi elles, on note le recours à l'alcootest, l'interdiction à des particuliers d'organiser des loteries sans autorisation gouvernementale ainsi que la décriminalisation de l'avortement (à l'époque, seulement après avoir obtenu l'autorisation d'un comité de médecins) et de l'homosexualité.

2.2.1.1.2. Le droit à un procès équitable

Malgré cette absence d'intention dégagée par le législateur, la jurisprudence est unanime à conclure que les articles 517 et 539 C.cr. ont pour but d'assurer un procès équitable à l'accusé. Le raisonnement derrière ces dispositions a été maintes fois exposé²⁰⁰ : il faut éviter que la population ne soit mise au fait d'éléments de preuve qui, admissibles lors d'étapes préliminaires, ne le seraient pas lors du procès. De cette manière, il sera possible de choisir parmi le public des jurés impartiaux, qui pourront juger suivant la seule preuve présentée au procès. Ceux-ci ne seront tracassés par aucun doute qui pourrait survenir parce qu'ils ont été mis au courant, par le truchement des médias, d'éléments extrinsèques à la preuve.

Cette logique ne sert pas uniquement de base aux ordonnances prononcées en vertu des articles 517 et 539 C.cr. Elle est derrière tout le concept d'outrage au tribunal pour accroc à la règle du *sub judice*. Dès 1955, avant même l'entrée en vigueur des dispositions sur l'ordonnance de non-publication, la Cour suprême du Nouveau-Brunswick (division du Banc de la Reine) avait rappelé, dans le cadre de l'examen d'une citation pour outrage au tribunal, que les tribunaux anglais et canadiens étaient très stricts. Ils protégeaient avec rigueur le droit des accusés d'être jugés par un jury impartial, ne tolérant pas les « procès dans les journaux ».²⁰¹

Mais quels sont donc ces renseignements que les tenants de la constitutionnalité des dispositions souhaitent soustraire aux candidats jurés potentiels ? Nous les passons en revue dans les deux sections qui suivent.

²⁰⁰ Voir John Pearson ALLEN et Thomas ALLEN, « Publication Restrictions and Criminal Proceedings », (1994) 36 Crim Law Q 168.

²⁰¹ *Re Regina v. Thibodeau; In re Saint Johan Telegraph-Journal et al.*, [1956] N.B.J. (Quicklaw) n° 8, par. 23 (N.B.S.C. – Q.B.D.).

a) La preuve présentée à l'enquête sur mise en liberté provisoire

Les pouvoirs dont dispose le juge de paix à l'enquête sur mise en liberté provisoire sont beaucoup plus étendus qu'au procès. La Cour supérieure du Québec les a même déjà qualifiés de « nettement exorbitants »²⁰². D'abord, le juge peut mener « les enquêtes qu'il estime opportunes », c'est-à-dire questionner lui-même le prévenu, qu'il soit sous serment ou non.²⁰³ Cette enquête ne saurait toutefois porter sur les faits mêmes de l'infraction dont il est accusé.²⁰⁴ Il reste que l'accusé, qui a évidemment le droit constitutionnel de ne pas témoigner à son procès, peut être obligé de s'expliquer à l'enquête sur cautionnement sur des faits intrinsèquement de nature à le faire mal paraître, entre autres son passé criminel.

Lors de l'audition, les antécédents judiciaires de l'accusé pourront en effet être énumérés sans restriction devant le juge.²⁰⁵ Par contraste, en raison de la présomption d'innocence, le casier criminel d'un accusé ne pourra être abordé au procès que s'il décide de témoigner²⁰⁶ ou de présenter une preuve de bonne réputation.²⁰⁷ Même dans le cas où l'accusé déciderait de témoigner, le juge pourrait exclure la preuve de condamnations antérieures si celle-ci violait son droit à un procès équitable garanti à l'article 11d) de la *Charte*.²⁰⁸ Lors de l'enquête sur cautionnement, les accusations pendantes auxquelles le prévenu fait face mais dont il n'a pas encore été trouvé coupable pourront aussi être abordées²⁰⁹, ce qui ne saurait être le cas au procès.²¹⁰

²⁰² *R. c. Progrès du Saguenay Ltée; R. c. Roy*, R.J.P.Q. 83-136 (C.S.).

²⁰³ Art. 518(1)a) *C.cr.*

²⁰⁴ Art. 518(1)b) *C.cr.*

²⁰⁵ Art. 518 (1)c)i) *C.cr.* Ces antécédents comprendront, le cas échéant, une contravention passée à des conditions de mise en liberté (art. 518(1)c)iii) *C.cr.*)

²⁰⁶ Art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R., 1985, ch. C-5

²⁰⁷ Art. 666 *C.cr.*

²⁰⁸ *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 692. Voir aussi sur la question Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité de preuve et de procédure pénales*, 13^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2006, par. 482 et suivants.

²⁰⁹ Art 518(1)c)ii) *C.cr.*

²¹⁰ Voir à cet égard *R. c. Gonzague* [1983] O.J. (Quicklaw) n° 53, par. 19 (C.A.O.) : « Clearly, the fact that a person is charged with an offence cannot degrade his character or impair his credibility, but an ordinary witness *unlike an accused* may be cross-examined with respect to misconduct on unrelated matters which has not resulted in a conviction [...]. » [italiques ajoutés]

Le juge de paix peut aussi admettre en preuve, par écrit, de vive voix ou sous forme d'enregistrement une conversation privée²¹¹ qui, au procès, ne pourrait être produite qu'après qu'un avis à cet égard ait été donné à la défense.²¹² Ces conversations privées ne sont souvent admissibles qu'après l'obtention d'un mandat en vertu de la partie VI du *Code criminel*. On comprendra qu'à l'enquête sur cautionnement, ces conversations pourront être invoquées sans qu'un débat exhaustif se tienne sur leur admissibilité au procès.

En vertu de l'article 518(1)e) du *Code criminel*, « le juge de paix peut recevoir toute preuve qu'il considère plausible ou digne de foi ». Contrairement au procès, le ouï-dire sera donc admissible.

En principe, les faits mêmes qui ont donné lieu aux accusations ne seront pas abordés par le prévenu lors de l'enquête sur mise en liberté provisoire. Compte tenu de la protection contre l'auto-incrimination dont il jouit, ni le juge, ni le procureur du ministère public ne peuvent le questionner à ce sujet.²¹³ L'accusé pourra toutefois aborder lui-même les circonstances de l'infraction. Il s'exposera alors au contre-interrogatoire de la Couronne sur la question.

L'enquête sur mise en liberté provisoire se tient la plupart du temps dans les dossiers peu sympathiques aux yeux du public, que ce soit en raison de la nature du crime ou du passé trouble de l'accusé. Autrement, la Couronne ne s'objectera pas à la remise en liberté sous condition du prévenu et il sera inutile de tenir telle enquête.

b) La preuve présentée à l'enquête préliminaire

L'enquête préliminaire a pour but premier de déterminer la suffisance de la preuve envers un accusé appelé à subir son procès. Lors de cette audition, il n'est pas question d'évaluer la crédibilité de la preuve entendue. Le ministère public se sera déchargé de son fardeau lorsqu'il aura réussi à présenter une

²¹¹ Art. 518(1)d.1) *C.cr.*

²¹² Art. 189(5) *C.cr.*

²¹³ Art. 518(1)b) *C.cr.*

preuve *prima facie* quant à chacun des éléments essentiels de l'infraction en cause. L'accusé devra alors être renvoyé pour subir son procès.²¹⁴

Bien souvent, le renvoi à procès ne sera pas contesté lors de l'enquête préliminaire. Il est donc assez rare que l'accusé présente une preuve à ce stade des procédures. Plus souvent, l'avocat de la défense se servira uniquement du forum en vue de tester la preuve, notamment en contre-interrogeant les témoins de la poursuite. La jurisprudence a explicitement reconnu que l'enquête préliminaire visait de telles fins de communication de la preuve.²¹⁵

C'est donc dire que, contrairement au procès, la preuve sera la plupart du temps à sens unique, la défense ne faisant pas valoir sa version même si elle est nécessaire pour rétablir les faits. Agir autrement équivaldrait à dévoiler sa défense à la poursuite et à lui offrir « sur un plateau d'argent une occasion de contre interroger [l]es témoins et de placer ainsi des balises en préparation du procès »²¹⁶.

De même, à titre exploratoire, l'avocat de la défense se gardera souvent de contester l'admissibilité de grands pans de la preuve qu'il a l'intention de tenter de faire exclure au procès. Il en sera notamment ainsi des éléments inadmissibles parce que leur effet préjudiciable l'emporte sur leur valeur probante.²¹⁷

Agir autrement constituerait de toute façon un coup d'épée dans l'eau. La Cour suprême a en effet déterminé dans l'arrêt *Hynes*²¹⁸ que le juge de paix siégeant à l'enquête préliminaire n'est pas compétent pour ordonner l'exclusion d'un élément de preuve au procès en vertu de l'alinéa 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²¹⁹. Seul le juge du procès est investi de ce

²¹⁴ Art. 548(1) C.cr.

²¹⁵ *R. c. Skogman*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804, par 20; *R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635, par. 14.

²¹⁶ Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité de preuve et de procédure pénales*, 13^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2006, par. 1530.

²¹⁷ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 23, par. 43, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

²¹⁸ *R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623, par.21.

²¹⁹ Il est important de noter que s'il ne peut rendre de décision quant à l'exclusion d'un élément de preuve au procès, le juge de paix peut tout de même exclure de l'enquête préliminaire un

pouvoir. Aussi de nombreux éléments de preuve susceptibles d'être exclus au procès pourront-ils être produits.

Même si le juge de paix avait compétence à l'enquête préliminaire pour exclure les éléments de preuve en vue du procès, ceux-ci risqueraient tout de même d'être rendus publics par les médias. C'est qu'il faudrait de toute façon tenir un voir-dire où serait débattue la question de l'admissibilité. La preuve contestée devrait alors être présentée au juge pour qu'il statue. Sans l'ordonnance de non-publication prévue à l'article 539 *C.cr.*, les journalistes pourraient rapporter cette preuve. Aux assises, lorsque le jury n'est pas séquestré, un voir-dire est nécessairement sous le coup d'un interdit de publication en vertu de l'article 648(1) *C.cr.* Cet article ne couvre cependant pas les voir-dire tenus lors d'enquêtes préliminaires.

Même si elles sont exclues en bout de piste, ces preuves seront souvent très préjudiciables pour l'accusé aux yeux de l'opinion publique. Qu'on pense à une arme ou à des stupéfiants obtenus en vertu d'un mandat de perquisition vicié, à des échantillons d'haleine illégalement prélevés, à de l'écoute électronique illégalement effectuée, etc. En fait, dans plusieurs cas, toute possibilité d'acquiescement reposera intégralement sur l'exclusion de ces éléments de preuve.

Il convient de souligner que les déclarations incriminantes font l'objet d'un interdit de publication spécifique prévu à l'article 542(2) du *Code criminel*. En vertu de cette disposition, quiconque « publie ou diffuse de quelque façon que ce soit » le fait qu'un aveu ou une confession a été présenté en preuve lors d'une enquête préliminaire s'expose à des poursuites criminelles. Cette restriction s'applique même si aucune ordonnance de non-publication n'a été demandée en vertu de l'article 539 *C.cr.* Elle tient jusqu'à ce que l'accusé ait été libéré au terme de son enquête préliminaire ou jusqu'à la fin de son procès.²²⁰

élément de preuve contesté. Ainsi, le magistrat ne pourra en tenir compte pour juger de la suffisance de la preuve.

²²⁰ La constitutionnalité de cette disposition a été vainement contestée dans *Southam Inc. c. Canada (Procureure générale)*, [1992] J.Q. (Quicklaw) n° 1100 (C.S.). Cette décision réaffirme

2.2.1.1.3 Les autres objectifs

Bien que le but principal de ces ordonnances de non-publication soit assurément la préservation du droit à un procès équitable de l'accusé, il est possible d'affirmer que les articles 517 et 539 du *Code criminel* poursuivent d'autres objectifs.

D'abord, dans l'affaire *White*, la Couronne avait estimé que l'ordonnance de non-publication à l'enquête sur mise en liberté provisoire permettait à l'accusé de renoncer à son droit à une audience publique en vertu de l'article 11d) de la *Charte*.²²¹ Compte tenu de l'analyse développée à la section 2.1.2, il semble clair qu'on ne saurait désormais sérieusement avancer un tel argument. La Cour l'avait d'ailleurs compris, rejetant rapidement cette prétention.²²²

Dans l'affaire *White*, la Couronne avait en outre avancé comme objectifs la facilitation du droit de l'accusé à une enquête sur cautionnement rapide ainsi que l'allègement du fardeau de l'accusé qui, se concentrant sur sa défense aux accusations, n'aurait pas à s'attarder au contrôle de la couverture médiatique de son procès. Ce dernier objectif cadrerait parfaitement avec les commentaires de la Cour d'appel de l'Alberta lors de la révision de la décision du juge de première instance quant au cautionnement accordé à Michael James White, commentaires dont nous avons traité à la section 1.2.2.2.²²³

Dans l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*²²⁴, des objectifs analogues avaient été avancés par la Couronne dans sa singulière insistance pour justifier la constitutionnalité de l'article 539 *C.cr.* Le procureur avait fait valoir que la disposition avait pour but d'assurer une bonne administration de la justice et une mise en œuvre efficace

d'abord la conception pré-*Dagenais* selon laquelle la liberté d'expression doit céder le pas devant le droit à un procès équitable. Toutefois, le juge applique le test de *Oakes* sans véritablement faire référence à cette hiérarchie aujourd'hui obsolète.

²²¹ *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 34 (A.C.Q.B.).

²²² *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 89-90 (A.C.Q.B.).

²²³ Ces commentaires sont aussi reproduits à la section 2.2.2.2.

²²⁴ *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (decision orale).

du droit criminel. Il avait également soutenu que l'article visait à protéger le droit à la liberté d'une personne en détention préventive, lequel est protégé par l'article 7 de la *Charte*.²²⁵ En effet, faisait-il valoir, le caractère obligatoire de l'ordonnance demandée par la défense abrège les débats et évite que, préalablement aux enquêtes préliminaires, les parties – incluant les médias mis-en cause – ne se disputent sur le caractère préjudiciable de la preuve alors que celle-ci n'est même pas encore produite. Les débats écourtés, l'accusé détenu est en mesure de subir son procès plus vite.

Dans l'affaire *White*, le juge Brooker a estimé que de telles questions ne devaient pas être considérées au stade de l'objectif :

36 The first two of the three additional "objectives" suggested by the Crown are considerations that flow from the decision to draft legislation. They arise because of how the legislation is drafted, but do not form the actual objective of s. 517. The Accused does not need to apply for a publication ban in order to protect his right to expedient bail. The ban is accordingly not aimed at protecting this right. Rather, the ban is aimed at protecting the accused's right to a fair trial in front of an impartial jury.

37 This distinction between the objective of an impugned provision and the manner in which it is addressed by Parliament is an important one. As the Supreme Court explained at para. 130 in *Thomson Newspapers v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 877, the harm sought to be addressed is one consideration. The way in which the harm is actually addressed is another. In *Thomson Newspapers*, a temporary blackout on election poll results was implemented by Parliament and later found to be unconstitutional. The Court held the legislation was defective "not with regard to its purpose, but with regard to the fact that the means chosen to carry out that purpose did not satisfy the minimal impairment and proportionality tests."²²⁶

Cette manière de voir les choses du juge Brooker est assez appropriée, d'autant plus que des objectifs de cet ordre ne sont pas liés à l'ordonnance de

²²⁵ *Factum of the Respondant Her Majesty the Queen*, p. 33, par. 55, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

²²⁶ *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 37-38 (A.C.Q.B.).

non-publication elle-même, mais à son caractère obligatoire lorsqu'elle est demandée par la défense. En fait, en proposant de tels objectifs, les tenants de la constitutionnalité des dispositions anticipent un argument relié aux moyens se résumant ainsi : il serait moins attentatoire à la liberté d'expression et au droit à un procès public d'assujettir toutes les ordonnances au critère de *Dagenais/Mentuck*. Visiblement, le débat concerne bien davantage les moyens utilisés que l'objectif de la loi.

Pour le reste de l'analyse, nous ne considérerons donc que la protection du droit à un procès équitable comme seul objectif des articles 517 *C.cr.* et 539 *C.cr.*

2.2.2. Les facteurs contextuels

En analysant une disposition en fonction de l'article premier, il est nécessaire d'accorder une grande attention au contexte dans lequel celle-ci a été instituée et est appliquée.²²⁷ La Cour suprême a estimé que le contexte « est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la Charte »²²⁸. Aussi convient-il d'établir les bases du cadre d'application de la disposition concernée dès le début de son examen en vertu de la clause limitative.²²⁹

En fait, la principale utilité de la détermination contextuelle réside dans la détermination de la nature et du caractère suffisant de la preuve requise à chacune des étapes du critère de *Oakes*.²³⁰ Par le passé, cette question de preuve a posé particulièrement de difficultés lors de l'examen de la

²²⁷ *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87.

²²⁸ *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87.

²²⁹ *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 88.

²³⁰ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 76; *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 88.

constitutionnalité de dispositions contrevenant à la liberté d'expression.²³¹ La détermination de la validité des articles 517 et 539 *C.cr.*, qui violent l'article 2b) de la *Charte*, n'échappera pas non plus aux complications.

Quatre facteurs contextuels particuliers ont été identifiés par la Cour suprême²³² : la nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur, la vulnérabilité du groupe protégé, les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice et la nature de l'activité protégée.

2.2.2.1. La nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur

En l'espèce, le préjudice que souhaitent éviter les articles 517 et 539 *C.cr.* consiste en la violation du droit au procès équitable d'un accusé par la dissémination dans le public d'informations relatives aux étapes préliminaires de son procès. Pour conclure à un tel préjudice, l'information divulguée antérieurement au procès doit biaiser l'opinion des jurés.

Cette question n'est pas « purement factuelle » mais, pour reprendre les mots de la juge McLachlin (alors juge puînée) dans l'affaire *RJR-MacDonald*, elle se rapporte à « des éléments de preuve complexes en matière de sciences humaines à partir desquels il est difficile de tirer de solides conclusions factuelles et scientifiques »²³³. En l'espèce, il convient de se demander s'il est possible de mesurer l'effet que pourrait avoir la divulgation de l'information sur les membres du jury.

Il existe tellement d'études sur l'effet de la publicité pré-procès qu'il est possible « de faire des études sur ces études »²³⁴. Une méta-analyse

²³¹ Voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 76; *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527.

²³² Voir notamment *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 76 et *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527.

²³³ *RJR-MacDonald inc. c. Canada (Procureur general)*, [1995] 3 R.C.S.199, 338.

²³⁴ JJ SPIGELMAN, « The Principle of Open Justice: A Comparative Perspective », (2006) 29(2) *UNSW Law Journal* 147, 163.

américaine de 44 études conclut que cette publicité affecte généralement de façon significative le verdict des jurés.²³⁵ Cette étude n'est pas la seule à arriver à une telle conclusion.²³⁶ En fait, un tel courant de pensée semble majoritaire en psychologie.

D'autres études suggèrent toutefois que la publicité précédant un procès n'a d'impact sur la décision d'un jury que dans des circonstances très particulières.²³⁷ Nous reviendrons plus exhaustivement sur la question à l'analyse portant sur le lien rationnel. Qu'il suffise à cette étape de dire que non seulement la littérature sur le sujet est contradictoire, mais qu'il est très difficile de trancher au couteau la question en raison du trop grand nombre de facteurs devant être considérés.

Par ailleurs, l'étendue des ordonnances permises aux articles 517 et 539 C.cr. nous oblige à examiner l'impact de la publicité avec tout autant de généralité. En d'autres termes, il se pourrait bien que la publication du statut de récidiviste d'un prévenu accusé d'agression sexuelle ait un impact différent de la publication du fait qu'il a déjà été condamné pour un méfait. Comme nous le verrons, les études psychologiques accordent beaucoup d'importance au caractère émotif de l'information diffusée. On peut présumer que celui-ci n'est pas le même dans un procès pour un meurtre sordide que dans un procès complexe pour fraude comptable. Compte tenu du champ d'application très général des articles 517 et 539 C.cr., il est très difficile de tirer des conclusions globales.

²³⁵ Nancy MEHRKENS STEBLAY, Jasmina BESIREVIC, Solomon M. FULERO et Bella JIMENEZ-LORENTE, « The Effects of Pretrial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 219.

²³⁶ Margaret BULL KOVERA, « The Effects of General Pretrial Publicity on Juror Decisions: An Examination of Moderators and Mediating Mechanisms », (2002) 26 *Law and Human Behavior* 43; James R. P. OLGOFF et Neil VIDMAR, « The Impact of Pretrial Publicity on Jurors – A Study to Compare the Relative Effects of Television and Print Media in a Child Sex Abuse Case », (1994) 18 *Law and Human Behavior* 507; Amy L. OTTO, Steven D. PENROD et Hedy R. DEXTER, « The Biasing Impact of Pretrial Publicity on Juror Judgements » (1994) 18 *Law and Human Behavior* 453.

²³⁷ Jonathan L. FREEDMAN, Christiane K. MARTIN, et Victor L. MOTA, « Pretrial publicity: Effects of Admonition and Expressing Pretrial Opinions », (1998) 3 *Legal and Criminological Psychology* 255; J.L. FREEDMAN et T.M. BURKE, « The Effect of Pretrial Publicity: The Bernardo Case », (1996) 38 *Canadian Journal of Criminology* 253.

Plusieurs limitations méthodologiques handicapent également les travaux existants. Une étude a montré qu'entre 1977 et 1996, les conditions dans lesquelles ont été effectuées les simulations se sont écartées de la réalité du système juridique en ce qui a trait à l'échantillonnage et au mode de présentation des faits.²³⁸ De fait, les expériences ont de plus en plus été menées sur des étudiants plutôt que sur des membres de la population représentatifs d'un vrai jury. De même, contrairement à ce qu'on aurait pu croire à la lumière des évolutions technologiques et avec l'arrivée de Court TV, la présentation de faits sur bande vidéo a quelque peu décliné avec le temps, la présentation des faits sous forme de résumés ou notes sténographiques étant toujours significativement utilisée.

Il est vrai que, selon le chercheur Bornstein, cet écart à la réalité reste de peu d'importance compte tenu que la littérature n'a pas montré de différence significative entre un échantillon d'étudiants et un autre formé de membres de la population élargie ainsi qu'entre les faits présentés sur papier et ceux montrés sur vidéo.²³⁹ Il reste qu'on n'a pas réussi à adéquatement mesurer la différence entre des résultats obtenus lors d'une simulation vidéo et un verdict obtenu par un vrai jury.

De nombreuses autres limites aux études existantes ont quand même été soulignées, notamment le fait de questionner individuellement les faux jurés plutôt que de les laisser délibérer, effaçant l'important effet de la mise en commun des idées et de l'effort effectué pour en arriver à un verdict.²⁴⁰

Si plusieurs de ces lacunes peuvent être corrigées, les simulations en présenteront toujours une autre : elles resteront des simulations. Il manquera invariablement à de tels exercices la « solennité » qui caractérise un vrai

²³⁸ Brian H. BORNSTEIN, « The Ecological Validity of Jury Simulations : Is The Jury Still Out? », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 75, 87.

²³⁹ Brian H. BORNSTEIN, « The Ecological Validity of Jury Simulations : Is The Jury Still Out? », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 75, 88.

²⁴⁰ Une méta-analyse des recherches menées entre 1955 et 1999 en est pourtant arrivée à la conclusion que dans un cas sur dix, le processus de délibération a modifié le verdict qu'avaient adopté au départ une majorité de jurés. Voir Dennis J. DEVINE, « Jury Decision Making : 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups », (2001) 7 *Psychology, Public Policy and Law* 622.

procès. Écouter une vidéo ou lire un résumé de procès n'a rien à voir avec ce que le juge Binnie appelle la « solennité de la procédure ».²⁴¹

Certes, les chercheurs pourront toujours faire assister leurs cobayes à un vrai procès depuis les bancs réservés au public. Là encore l'expérience sera déficiente : il manquera aux faux jurés l'interaction avec le juge et les avocats dont bénéficieront les vrais jurés.²⁴² Certaines études américaines récoltent même les opinions de vrais jurés au sortir d'un procès. Une telle manière de faire ne saurait toutefois avoir cours au Canada, le Code criminel imposant aux jurés le secret, même une fois le jury dissous.²⁴³ Hormis les coûts de la procédure²⁴⁴, les expériences sur le terrain ont un important désavantage que ne présentent pas celles en laboratoire : elles ne permettent pas une manipulation des variables. Il est donc plus difficile de mesurer des paramètres précis.²⁴⁵

Par ailleurs, quelque bien intentionnés qu'ils puissent être, les cobayes savent que les opinions qu'ils expriment au terme d'une expérience n'ont

²⁴¹ Dans l'affaire *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, par 22, le juge Binnie s'est exprimé comme suit : « L'expérience révèle que les hommes et les femmes appelés à décider de l'issue d'une poursuite criminelle prennent leur responsabilité au sérieux. Ils sont impressionnés par le serment qu'ils prêtent et la solennité de la procédure. Ils se sentent tenus tant à l'égard de leurs pairs que du tribunal de s'acquitter de leur tâche au mieux. Ils suivent les directives du juge, car ils sont désireux de rendre la bonne décision au vu des faits et du droit. »

²⁴² Voir Brian H. BORNSTEIN et Sean G. MCCABE, « Jurors of the Absurd? The Role of Consequentiality in Jury Simulation Research », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 443, 452.

²⁴³ Art 649 C.cr. Sur la limite que pose cet article aux recherches scientifiques, voir les commentaires de la juge McLachlin dans *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 36.

²⁴⁴ Ces coûts sont particulièrement dirimants dans le contexte où, tant aux États-Unis qu'au Canada, les tribunaux sont peu enclins à accorder une grande importance aux recherches en sciences sociales, ce qui n'encourage pas le financement. Cette insensibilité aux recherches serait aussi le fait, aux États-Unis à tout le moins, du législateur ou des entités chargés de définir les politiques publiques. Voir Robert J. MACCOUN, « Comparing Legal Factfinders : Real and Mock, Amateur and Professional », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 511, 512-513.

²⁴⁵ « Statistical analyses of actual jury verdicts, post-trial juror interviews, shadow juries, field experiments, and mock jury experiments each offer certain advantages, but also certain weaknesses. For example, statistical analysis of actual trial outcomes is an important research tool but is notoriously weak at establishing causation. Experimentation – specifically, random assignment to condition – is a powerful inferential tool for addressing causal questions that purely statistical analyses cannot answer. » : Robert J. MACCOUN, « Comparing Legal Factfinders : Real and Mock, Amateur and Professional », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 511, 516. Voir aussi Voir Brian H. BORNSTEIN et Sean G. MCCABE, « Jurors of the Absurd? The Role of Consequentiality in Jury Simulation Research », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 443, 466.

aucune conséquence sérieuse. Ce phénomène, appelé « consequentiality » par les chercheurs américains, est en effet très difficile, voire impossible à mesurer directement.²⁴⁶

D'ailleurs, l'utilisation générale des simulations, bien que très répandue, a suscité des interrogations justifiées :

It is a remarkable fact about decision research that the use of imagined situations is accepted as a legitimate means of studying real decision behavior. In other areas of psychology, such methods would be considered extremely questionable if not absurd.... Would any psychophysicist be taken seriously who investigated perceived heaviness not by giving participants actual weights to lift but by asking participants to imagine lifting a two pound weight ?²⁴⁷

La Cour suprême a aussi souvent été portée à conclure que l'utilité des données scientifiques est limitée. Elle en est venue à exiger une « appréhension raisonnable de préjudice »²⁴⁸ pour étayer un argument fondé sur l'article premier. Dans l'affaire *RJR-Macdonald*, la juge McLachlin s'est exprimée ainsi :

²⁴⁶ Seules cinq études ont été effectuées entre 1974 et 1986. Elles n'ont pas permis de dégager de consensus quant aux effets des conséquences sur les sujets de recherche. Il vaut la peine de lire l'excellent article recensant ces mises en situations assez originales où des groupes au fait du caractère expérimental de la mise en scène étaient comparés à d'autres échantillons censés croire que leurs décisions avaient un impact réel. Trois mises en situation ont fait croire à des étudiants qu'ils devaient juger leurs pairs accusés de tricher aux examens. Dans une autre expérience, on faisait croire à des étudiants que, dans le cadre de la mise en place d'une nouvelle instance disciplinaire étudiante, ils devaient juger un étudiant d'un autre campus accusé de « destruction de la propriété universitaire ». On a indiqué à ces étudiants qu'il leur appartenait de juger l'« accusé » compte tenu d'un changement de venue accordé à la suite de publicité excessive! Enfin, la dernière étude a consisté à faire suivre dix procès réels par des jurés au courant que leur verdict n'aurait aucun impact. Leurs conclusions étaient ensuite comparées à celles du vrai jury. Compte tenu des implications financières et logistiques d'un tel exercice, on comprend facilement que les études sur la « consequentiality » soient rares. Voir Brian H. BORNSTEIN et Sean G. MCCABE, « Jurors of the Absurd? The Role of Consequentiality in Jury Simulation Research », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 443, 445.

²⁴⁷ Anton KÜHBERGER et al., « Framing Decisions : Hypothetical and Real », (2002) 89 *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1162, 1162, cité dans Brian H. BORNSTEIN et Sean G. MCCABE, « Jurors of the Absurd? The Role of Consequentiality in Jury Simulation Research », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 443, 445.

²⁴⁸ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 20.

Pour satisfaire à la norme de preuve en matière civile, on n'a pas à faire une démonstration scientifique; la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique.²⁴⁹

Dans l'affaire *Harper*, l'enjeu consistait à mesurer l'iniquité électorale qui pourrait être causée par l'absence de plafonds de dépenses électorales engagées par des individus ou des groupes autres que des partis politiques. La majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge Bastarache, s'est exprimée ainsi :

Il est difficile, voire impossible, de mesurer ce préjudice en raison des influences subtiles qu'exerce la publicité sur le comportement humain, de l'influence d'autres facteurs tels que les médias et les sondages, ainsi que de la multitude des enjeux, candidats et intervenants indépendants en présence dans le processus électoral. Compte tenu de ces difficultés, la logique et la raison, conjuguées à certains éléments preuve relevant des sciences sociales, démontrent de façon suffisante l'existence du préjudice auquel le Parlement cherche à remédier.²⁵⁰

La multiplicité des variables joue ici aussi un rôle très important dans la difficulté de mesurer concrètement les effets de la publicité antérieure au procès.

2.2.2.2. La vulnérabilité du groupe protégé

Lorsqu'elle a annulé l'élargissement de l'accusé Michael James White, la Cour d'appel de l'Alberta a été on ne peut plus claire quant à la situation de faiblesse dans laquelle se trouve un accusé avant son procès. Le plus haut tribunal de l'Alberta a alors déploré le fait que, contrairement à ce qui se produit lors d'une enquête sur cautionnement tenue en première instance, aucune

²⁴⁹ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 333.

²⁵⁰ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 79.

disposition ne l'habilitait à prononcer obligatoirement une ordonnance de non-publication demandée par l'accusé. Même si l'audience concernait essentiellement les mêmes faits que ceux frappés d'un interdit de publication devant le premier juge, la Cour a estimé qu'elle devait appliquer le test de *Dagenais/Mentuck*. Considérant qu'aucune preuve n'avait été apportée pour la justifier, l'ordonnance de non-publication a été refusée. Il vaut de reproduire ici les commentaires de la Cour :

We pause to observe that while it is commonplace to require a party requesting an order to justify it, in a case such as this that presents a tremendous additional burden on an accused who is already overwhelmed. Not only is the accused required to plead for his liberty, in the process he must also defend against pre-trial publication of mere allegations which may be ruinous to his career and standing in the community, and which may, at trial, be found to be unsubstantiated or even false. A reputation lost in that manner may be impossible to recover.

Mr. Kozak, counsel for a number of the media, has advised us that in other Alberta cases experts on the impact such pre-trial disclosure may have on prospective jurors have been called from Ontario, British Columbia and the United States to speak to the necessity of pre-trial publication bans. Anyone who has defended people in such jeopardy as this accused will understand the additional effort and resources required to justify what, until recently, has been considered a pre-trial right. Not only is an accused pitted against the resources of the state, but now also against the vast resources of the media if he or she wishes to invoke a publication ban at this level.

This must be the result of a legislative omission. It is unreasonable to think that Parliament intended it to be this way - that publication bans were there for the asking in the courts below, but can be contested and have to be justified at the appeal level. With respect, it is unfair to compel an accused to appear at an appeal of a pre-trial bail application and in the process strip him or her of the pre-existing right to be protected from pre-trial disclosure of allegations.²⁵¹

²⁵¹ R. v. White, [2006] A.J. (Quicklaw) n° 179, par. 34-36 (C.A.A.).

Tout en prenant acte des commentaires de la Cour d'appel, le juge Brooker semble y avoir apporté un bémol en faisant remarquer que la liberté d'expression en cause était celle des journalistes de rapporter les informations dévoilées lors de l'enquête sur mise en liberté provisoire. Le juge a fait valoir que les reporters n'avaient pas pour objectif de porter préjudice aux accusés, ni d'influencer les jurés appelés à le juger. Leurs seuls objectifs, a-t-il fait remarquer, sont d'informer le public, de rendre plus transparente la manière dont sont libérés sous caution les accusés et de générer la discussion publique quant au système judiciaire.²⁵²

Or, l'association de l'ordonnance de non-publication aux médias reconnus est pour le moins téméraire. Qu'en est-il des exploitants de sites Internet et autres blogueurs ? Bien qu'il soit parfois difficile de s'assurer qu'ils se conforment à un interdit de publication, ils sont assurément couverts par de telles mesures. Il est possible que l'objectif de telles personnes ne soit pas que louable et qu'elles aient pour but caché d'envenimer l'opinion publique, en dévoilant par exemple le nom d'une victime, un renseignement dont l'intérêt public est somme toute limité.

Dans l'affaire *Southam Inc. c. Canada (Procureure générale)*²⁵³, une entreprise de presse demandait à la Cour supérieure du Québec de déclarer inconstitutionnel l'article 542(2), qui prohibe la publication avant le procès du fait qu'un accusé s'est livré à un aveu ou à une confession. En exposant les arguments des parties, le juge Viau a souligné que l'avocat de Southam avait plaidé qu'un juré potentiel ne saurait faire partie d'un « groupe vulnérable ». Or, la question ne semble pas pertinente. La vulnérabilité dont il faut tenir compte dans l'analyse de facteurs contextuels est celle du groupe que vise à protéger la disposition contestée. Les ordonnances de non-publication ont pour but de protéger l'accusé en lui assurant un procès équitable. La protection ne vise pas les jurés.

²⁵² *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 49 (A.C.Q.B.).

²⁵³ *Southam Inc. c. Canada (Procureure générale)*, [1992] J.Q. (Quicklaw) n° 1100 (C.S.). Voir le premier paragraphe sous le sous titre « 2) Une mesure soigneusement conçue? »

2.2.2.3. Les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice

Les citoyens qui doivent subir un procès criminel sont affaiblis et craignent au plus haut point tout facteur défavorable qui pourrait nuire à leurs chances de succès. Déjà démunis, les accusés craignent de voir leur fardeau de preuve accru s'ils doivent, en plus de s'occuper du fond de leur affaire, amasser des preuves pour justifier la demande d'une ordonnance de non-publication.

Le juge Brooker, citant le juge Lamer dans l'affaire *Dagenais*²⁵⁴, a souligné que le droit de l'accusé à un procès équitable n'est pas toujours incompatible avec la publication de détails relatifs à des audiences antérieures à son procès. L'accusé peut parfois avoir intérêt à ce que le public scrute les agissements des juges et des intervenants dans le procès. Séduisant au premier abord, cet argument fait cependant abstraction du fait que les articles 517 et 539 *C.cr.* tels qu'ils existent actuellement sont façonnés de manière à ce que l'accusé ne subisse aucun préjudice lorsqu'il souhaite que soient rendus publics les renseignements dévoilés lors des audiences le concernant. En effet, dans un tel cas, l'accusé ne se prévaudra certainement pas de l'ordonnance de non-publication obligatoire. Si la Couronne souhaite le faire, elle devra satisfaire les critères de *Dagenais/Mentuck*. Compte tenu de l'importance sans équivoque accordée à la liberté de presse dans le cas d'ordonnances de non-publication discrétionnaires, de telles ordonnances sont assez souvent refusées. Au surplus, l'intérêt de l'accusé sera généralement pris en compte.²⁵⁵

Il en est autrement de l'intérêt du public en général, qui sera souvent ignoré lors de demandes d'ordonnances de non-publication faites par le prévenu. Il importe en effet de prendre en considération que le droit à un procès

²⁵⁴ L'argument est repris par le juge Brooker dans l'affaire *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 50 (A.C.Q.B.).

²⁵⁵ Dans l'affaire *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale), le juge avait estimé que le souhait de l'accusé constituait un critère dont il fallait tenir compte lors de l'analyse du critère de *Dagenais/Mentuck*.

équitable n'est pas exclusif à l'accusé.²⁵⁶ La population a intérêt à ce que les procès ne constituent pas un simulacre de justice. De cette manière, les victimes pourront connaître l'aboutissement des gestes qu'elles ont dénoncés. Le grand public sera aussi à même de scruter les agissements des acteurs du système judiciaire et de garder confiance en eux. La restriction de la publication des débats judiciaires est donc tout autant de nature à susciter des craintes parmi la population.

2.2.2.4. La nature de l'activité protégée

La Cour suprême a déjà reconnu que, « compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci »²⁵⁷. La publicité des débats judiciaires constitue sans contexte un des plus importants volets de la liberté d'expression. Dans la mesure où elle s'intéresse à l'action de la branche judiciaire de l'État, elle est probablement aussi importante que la liberté d'expression politique, que se concentre sur les branches législatives et exécutives. Il est par ailleurs significatif de constater qu'à l'instar du journaliste rapportant fidèlement les délibérations parlementaires, celui couvrant avec exactitude les débats judiciaires jouit d'une immunité absolue, ne pouvant être poursuivi en responsabilité civile.

Ce statut privilégié de la publication des audiences judiciaires a été souligné à grands traits par les instances judiciaires à de très nombreuses reprises. En common law, le principe est ancien. La Cour suprême des États-Unis l'a reconnu dans l'affaire *Gannett Co. v. DePasquale*²⁵⁸. Le juge Stewart a indiqué : « As early as 1685, Sir John Hawles commented that open proceedings were necessary so "that truth may be discovered in civil as well as criminal matters" ».

²⁵⁶ Voir la section 2.1.2. du présent mémoire.

²⁵⁷ *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 91.

²⁵⁸ *Gannett Co. v. DePasquale*, (1979) 443 U.S. 368, 386.

Au Canada, le principe a été affirmé à plusieurs reprises par la Cour suprême. Il y a une trentaine d'années, le juge Dickson s'exprimait ainsi :

On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclue le public des procédures judiciaires.²⁵⁹

Dans l'affaire *Edmonton Journal*, le juge Cory a également rappelé que « le principe que les tribunaux doivent fonctionner publiquement est fondamental dans notre système judiciaire »²⁶⁰.

D'un autre côté, dans l'affaire *Harper*, la Cour suprême a indiqué que dans l'analyse de ce facteur contextuel, il était pertinent de prendre en compte l'effet de la disposition contestée sur d'autres droits. Le texte législatif contesté instituait entre autres un plafonnement des dépenses électorales effectuées par des entités autres que des partis politiques. Le tribunal de dernier ressort a donné du poids au fait que, si elles contrevenaient à la liberté d'expression, les dispositions renforçaient néanmoins une autre garantie prévue à la *Charte* : le droit de vote.²⁶¹ Le parallèle avec le présent cas est évident : les ordonnances de non-publication violent la liberté d'expression, mais elles ont pour but de renforcer le droit à un procès équitable.

2.2.2.5. Conclusion quant aux facteurs contextuels

Dans les décisions où elle a examiné les quatre facteurs contextuels ci-dessus, la Cour suprême a ensuite tiré une conclusion quant à la nature de la preuve requise. Malheureusement, jamais la cour de dernier ressort n'a-t-elle

²⁵⁹ *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, 185.

²⁶⁰ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1346.

²⁶¹ *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 86.

véritablement tracé la voie à suivre pour parvenir à une telle conclusion. Tous les facteurs ont-ils une pondération égale dans l'analyse? À vrai dire, la question est plutôt confuse.

Il convient en plus de souligner que la grille d'analyse de la Cour suprême ne s'est pas toujours limitée aux quatre facteurs énoncés ci-dessus.²⁶² Nous n'avons retenu que ceux-ci puisqu'ils ont été utilisés dans les décisions les plus récentes qui, comme la nôtre, concernent la liberté d'expression.²⁶³

Dans notre cas, deux des quatre facteurs, à savoir la nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur ainsi que la vulnérabilité de l'accusé militeraient clairement en faveur d'une grande déférence pour les choix des parlementaires. Pour sa part, l'importance de la liberté d'expression en cause pourrait faire pencher la balance en faveur de la nécessité d'une preuve solide du préjudice que subissent les accusés. Toutefois, ce caractère primordial de la publicité des débats judiciaires trouve un contrepoids en l'importance de l'équité du procès que vise à protéger la disposition attaquée. Quant aux craintes subjectives et à l'appréhension du préjudice, elles constituent en quelque sorte un facteur neutre, ces craintes et cette appréhension existant en présence ou non de la violation du droit prévu à l'article 2*b*). Dans un cas, elles seront ressenties par l'accusé soucieux que la publicité ne teinte le verdict rendu et, dans l'autre, par la population en général inquiète de se voir cacher la manière dont est rendue la justice.

En l'absence de directive contraire de la Cour suprême, nous considérerons ces facteurs d'égale importance. Nous considérerons donc qu'il convient de faire preuve de déférence à l'égard des choix du législateur. Le critère de l'appréhension raisonnable de préjudice, qui traduit bien cette retenue

²⁶² Dans l'affaire *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 197, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache avaient par exemple considéré « la promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la *Charte* » dans leurs motifs concurrents.

²⁶³ Il s'agit des arrêts *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827 et *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527.

à l'égard des choix des parlementaires, a été adopté dans plusieurs arrêts.²⁶⁴ Il semble être de mise ici.

2.2.3. L'application du critère de l'objectif urgent et réel

Le premier de deux grands volets du critère de *Oakes* consiste en la détermination du caractère urgent et réel de l'objectif poursuivi par le législateur. Dans cet arrêt de principe, le juge Dickson s'exprime ainsi :

En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être "suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution". [...] La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.²⁶⁵
[Références omises]

Bien que la Cour ait indiqué en 1986 que la norme « doit être sévère » quant au caractère urgent et réel de l'objectif, les tribunaux ont reconnu que le critère était satisfait dans pratiquement toutes les contestations constitutionnelles.²⁶⁶ Cette étape « n'est pas un concours de preuve »²⁶⁷. À la lecture de plusieurs jugements de la Cour suprême ayant appliqué le test de *Oakes*, on se rend vite compte que la question est généralement résolue en quelques lignes.

²⁶⁴ Voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 768 et 776; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 503; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137; *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 par. 104-107; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 88.

²⁶⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138-139.

²⁶⁶ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Thomson Carswell, 2007, p. 808.

²⁶⁷ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 32.

En l'espèce, le droit à un procès juste et équitable est un droit fondamental spécifiquement prévu à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quiconque serait donc bien mal placé de prétendre que l'objectif est futile au point de ne pas satisfaire au critère de la Cour suprême. De toute façon, celle-ci a déjà reconnu que la préoccupation d'assurer à un accusé un procès équitable était urgente et réelle.²⁶⁸

2.2.4. Le critère de proportionnalité

2.2.4.1. Le lien rationnel entre l'objectif et la règle de droit

Pour être sauvegardée par l'article premier, une loi contrevenant à un droit ou une liberté doit présenter un lien rationnel avec son objectif. Il faut donc « vérifier dans quelle mesure l'ensemble législatif est adapté à son objet »²⁶⁹. Le test vise en quelque sorte à mesurer l'efficacité des mesures adoptées, qui « doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. »²⁷⁰

Dans le cas des articles 517 et 539 *C.cr.*, il faudra se demander s'il est raisonnable d'appréhender qu'en l'absence d'une ordonnance de non-publication, les informations susceptibles d'être dévoilées par les médias seraient de nature à biaiser le jury. Dans l'affirmative, pour que les articles passent avec succès cette étape, il sera également nécessaire que les interdictions de publication empêchent efficacement ces informations préjudiciables de parvenir aux oreilles de ces décideurs.

²⁶⁸ Voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 890 et *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1345.

²⁶⁹ *R. c. Edward Books*, [1986] 2 R.C.S. 713, 770.

²⁷⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139.

2.2.4.1.1. L'impact des informations sur les candidats jurés

Aux États-Unis, depuis les années 70, la question de la publicité pré-procès a généré un nombre assez important d'études psychologiques. Les auteurs Steblay, Besirevic, Fulero, et Jimenez-Lorente ont procédé en 1999 à une large recension des études menées sur le sujet.²⁷¹ Ils n'ont retenu que les travaux adoptant comme hypothèse que les jurés exposés à une publicité négative en arriveraient à un pourcentage plus important de verdicts de culpabilité que ceux exposés à une publicité plus neutre.

Quarante-quatre études empiriques ont été retenues. De ce nombre, 23 confirmaient l'hypothèse, 20 n'ont montré aucune différence significative entre les jurés exposés aux deux types de publicité et une étude a conclu que les jurés exposés à une publicité neutre condamnaient davantage l'accusé.²⁷² Les chercheurs ont ensuite combiné les résultats, ce qui leur a permis de passer outre les limites statistiques posées par la petite taille des échantillons, lorsque chacune des études est considérée séparément. Ils en sont arrivés à une méta-analyse qui, selon eux, a produit des résultats sans équivoque : la publicité préjudiciable affecte négativement les verdicts des jurés.

L'étude montre que l'effet des informations véhiculées par les médias est la plus élevée avant le début du procès. L'effet s'estompe une fois la preuve et les plaidoiries entendues, tout juste avant que le jury ne se retire pour délibérer. L'impact de la publicité reste toutefois « significatif ». Il demeure tout au long des délibérations menant au verdict. « Here, the data support the existence of continued PTP [pre-trial publicity] effects at this crucial time »²⁷³, soulignent les auteurs.

²⁷¹ Nancy MEHRKENS STEBLAY, Jasmina BESIREVIC, Solomon M. FULERO et Bella JIMENEZ-LORENTE, « The Effects of Pretrial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 219, 220-221.

²⁷² Nancy MEHRKENS STEBLAY, Jasmina BESIREVIC, Solomon M. FULERO et Bella JIMENEZ-LORENTE, « The Effects of Pretrial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 219, 220.

²⁷³ Nancy MEHRKENS STEBLAY, Jasmina BESIREVIC, Solomon M. FULERO et Bella JIMENEZ-LORENTE, « The Effects of Pretrial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 219, 229.

De par sa généralité et sa relative nouveauté²⁷⁴, cette étude nous semble la plus intéressante entre toutes. Son caractère exhaustif est remarquable : en plus d'avoir utilisé des bases de données spécialisées, les chercheurs ont localisé des travaux non publiés. Nous n'avons pas trouvé de critique directe de cette étude souvent citée. Un grand nombre de travaux largement cités en arrivent d'ailleurs à une conclusion semblable.²⁷⁵

D'autres études concluent à l'absence de corrélation généralisée entre la publicité pré-procès et le verdict rendu. Au Canada, le professeur Jonathan Freedman, de l'Université de Toronto, a été appelé comme expert par les médias à quelques reprises dans les cours canadiennes, notamment dans l'affaire *White*. Ses travaux concluent que les effets de la publicité sont généralement surestimés et qu'ils ne sont présents que dans certaines circonstances bien précises.²⁷⁶

Dans l'affaire *White*, le juge Brooker ne s'est vu présenter aucune preuve de l'appréhension raisonnable de préjudice que peut représenter la publicité pré-procès²⁷⁷, alors que les études scientifiques abondaient pourtant en ce sens. Les efforts déployés par l'État dans la défense de la constitutionnalité de l'article 517 C.cr. étaient pour le moins limités. Tout le contraire s'est produit dans l'affaire *Shawn Brant*²⁷⁸, où la Couronne ontarienne, tenant absolument à justifier la constitutionnalité de l'article 539 C.cr., a fait venir de New York la

²⁷⁴ En lisant des études des années 2000 sur l'impact de la publicité pré-procès, on constate que les chercheurs font souvent référence à des travaux effectués dans les années 60, 70 et 80. Dans ces circonstances, même si l'étude de Nancy Mehrkens Steblay a déjà de dix ans, elle apparaît encore récente compte tenu de l'ancienneté des références utilisées dans le domaine.

²⁷⁵ Margaret BULL KOVERA, « The Effects of General Pretrial Publicity on Juror Decisions: An Examination of Moderators and Mediating Mechanisms », (2002) 26 *Law and Human Behavior* 43; James R. P. OLGOFF et Neil VIDMAR, « The Impact of Pretrial Publicity on Jurors – A Study to Compare the Relative Effects of Television and Print Media in a Child Sex Abuse Case », (1994) 18 *Law and Human Behavior* 507; Amy L. OTTO, Steven D. PENROD et Hedy R. DEXTER, « The Biasing Impact of Pretrial Publicity on Juror Judgements » (1994) 18 *Law and Human Behavior* 453.

²⁷⁶ Jonathan L FREEDMAN, Christiane K. MARTIN, et Victor L. MOTA, « Pretrial publicity: Effects of Admonition and Expressing Pretrial Opinions », (1998) 3 *Legal and Criminological Psychology* 255; J.L. FREEDMAN et T.M. BURKE, « The Effect of Pretrial Publicity: The Bernardo Case », (1996) 38 *Canadian Journal of Criminology* 253.

²⁷⁷ *R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 81 (A.C.Q.B.).

²⁷⁸ *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (decision orale).

chercheuse Margaret Bull-Kovera. Quoi qu'il en soit, en l'absence de cette preuve scientifique, le juge Brooker aurait pu suivre les enseignements de la Cour suprême et prendre en compte des arguments fondés sur la « logique » ou la « raison », ce qu'elle a également refusé de faire.²⁷⁹

Il faut convenir qu'il est assez périlleux de tenter de dégager une « logique » et une « raison » pour expliquer un phénomène que même une approche scientifique ne peut réussir à rationaliser. Nulle surprise que cette manière de faire ait été critiquée par la doctrine.²⁸⁰ Elle reste toutefois l'approche préconisée par le plus haut tribunal du pays.

Les principaux arguments sur la « raison » ou la « logique » trouvent leur source dans l'examen de la cohérence des règles de droit et de la jurisprudence canadienne. Par exemple, tout le système de jury est conçu de manière à ce que les jurés ne soient pas au fait d'éléments extrinsèques à la preuve présentée lors du procès. C'est pour cette raison que, lors de voir-dire destinés à déterminer la validité de certaines preuves, on fait sortir les jurés de la salle d'audience. Les informations dévoilées lors d'un voir-dire font également l'objet d'une ordonnance de non-publication automatique. Sans ordonnance de non-publication lors des étapes antérieures au procès, ce système ne tiendrait point.

Cet argument est toutefois un peu faible. Peut-on vraiment comparer l'état d'esprit de citoyens qui, sans obligation particulière, prennent connaissance de l'actualité à celui de jurés ayant prêté serment et investi de l'un des devoirs de citoyen les plus importants de la société? Les premiers écoutent bien souvent les nouvelles d'une oreille distraite, tandis que les seconds sont généralement tout ouïs, soucieux de remplir leur tâche avec rigueur.

Il pourrait d'ailleurs s'agir d'une limite de nombreuses études empiriques. Lorsque les sujets acceptent de participer à une expérience sur la publicité pré-procès, ils savent que les articles qu'ils auront à lire ou les reportages qu'on

²⁷⁹ *R. v. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 42 à 46 et 80 à 82 (A.C.Q.B.).

²⁸⁰ Voir Danielle PINARD, « Charter and Context : The Facts for which we Need Evidence and the Mysterious Other Ones », (2001) 14 S.C.L.R. (2d) 163.

leur fera voir présenteront une utilité ultérieure. Ces cobayes y portent donc nécessairement davantage attention que ne le feraient des membres du public écoutant les nouvelles dans leur foyer. Par ailleurs, dans beaucoup de ces travaux, les délais entre la présentation de la « publicité » et celle du « procès » est plus courte que ne le serait – dans le cas de procès devant jury à tout le moins – la période entre la fin de l'enquête préliminaire et le début du procès.

À l'inverse, on peut légitimement soutenir que les arguments fondés sur la nonchalance de citoyens non encore investis de la tâche de juré ainsi que sur le délai écoulé entre la publicité préjudiciable et le procès ont leurs limites. En effet, il arrive que les médias fassent état du début d'un procès très médiatisé tout juste avant son ouverture. Les journalistes font alors un résumé des faits déjà diffusés, y compris, en l'absence d'une ordonnance de non-publication, des faits préjudiciables qui pourraient avoir été dévoilés à l'enquête sur mise en liberté ou à l'enquête préliminaire.

À ce moment, les candidats jurés sont déjà convoqués à la Cour par sommation²⁸¹. Bien que le document ne précise pas le procès dans lequel ils pourraient être appelés à officier, il est raisonnable de penser qu'à partir du moment où ils l'ont reçu, les candidats jurés sont à l'affût des informations sur tous les procès devant jury à venir. C'est d'autant plus vrai que les reportages annonçant un procès ne sont diffusés que la veille, voire le jour même où ils doivent se présenter à la Cour. Ils ont donc la question bien en tête.

Une fois les informations acquises, la logique pourrait porter à penser qu'il est difficile, pour reprendre une expression d'un professeur de l'Université Yale, « to "unbite" the apple of knowledge »²⁸². La publicité préjudiciable resterait donc toujours ancrée dans le subconscient du juré. Ainsi, la logique commanderait donc une certaine retenue à l'égard des choix du législateur.

Un problème de taille point toutefois à l'horizon : cette logique n'a jamais été suivie par la Cour suprême en matière de publicité négative. L'arrêt

²⁸¹ Les candidats jurés reçoivent généralement la sommation au moins 30 jours avant la date où leur présence est requise à la Cour : voir l'article 25 de la *Loi sur les jurés*, L.R.Q., chapitre J-2.

²⁸² Mirjan DAMAŠKA, « Free Proof and Its Detractors », (1995) 43 *The American Journal of Comparative Law* 343, 352.

*Vermette*²⁸³ a adopté un autre point de vue et le raisonnement qui y a été développé a par la suite fait l'objet d'une jurisprudence constante.²⁸⁴

Dans cette affaire, *Vermette* était accusé du vol par effraction de bobines d'ordinateurs contenant la liste des membres du Parti québécois et de complot à cette fin. En déposant pour la défense, un ancien agent de la GRC a lancé de « graves accusations »²⁸⁵ contre le Parti québécois et certains de ses dirigeants. Le jour même du témoignage, à la période des questions de l'Assemblée nationale, le premier ministre René Lévesque dénonça « non seulement les agissements du témoin dont il attaqua la crédibilité dans un langage imagé et abusif, mais aussi ceux des avocats de la défense, du gouvernement fédéral et de la G.R.C. Il accusa même les membres de la G.R.C. d'avoir commis divers crimes. Cette diatribe dura une vingtaine de minutes. »²⁸⁶ Évidemment, ces propos ont été abondamment repris dans les médias.

La Cour suprême a refusé de considérer que, comme cette publicité négative rendait impossible la constitution d'un jury impartial, un arrêt des procédures s'imposait. Il fallait plutôt s'en remettre au mécanisme mis en place dans le Code criminel pour assurer la formation d'un jury dépourvu de biais. Le juge La Forest s'est exprimé ainsi :

Dans un cas extrême (et la présente affaire entre certainement dans cette catégorie), une telle publicité entraînera des récusations motivées au procès, mais je suis loin de penser qu'on doive nécessairement présumer qu'une personne soumise à cette publicité sera nécessairement partielle.²⁸⁷

²⁸³ *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985.

²⁸⁴ *R. c. Kearney*, [1992] 3 R.C.S. 807; *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252 (C.A.T.-N.), permission d'appel refusée à la Cour suprême à [1993] S.C.C.A. (Quicklaw) n° 465; *R. v. Kenny*, [1996] N.J. (Quicklaw) n° 180 (C.S.T.-N. – C.A.). Voir également sur le sujet : Wayne GORMAN, « D.P.P. v. Charles J. Haughey : A Canadian Perspective on Stays of Proceedings and Pre-Trial Publicity », (2000) 44 *Criminal Law Quarterly* 149.

²⁸⁵ *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, 988.

²⁸⁶ *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, 988.

²⁸⁷ *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, 992-993.

Nous examinerons à l'étape de l'atteinte minimale la question des récusations motivées. Qu'il suffise pour le moment de préciser que la simple connaissance des faits n'est pas jugée suffisante pour justifier le rejet d'un candidat juré en vertu de cette procédure. Les mots du juge Jean-Guy Boilard dans l'affaire *Parasiris* traduisent bien l'importance de ne pas rejeter tout candidat au fait de l'actualité judiciaire : « [J]'estime qu'il serait inquiétant de réussir à trouver des jurés complètement ignares. J'aurais des doutes sérieux sur la capacité de tels personnages de rendre un verdict en conformité avec la preuve entendue. »²⁸⁸

Il est clair que la prémisse de départ des interdits de publication tous azimuts prescrits par les articles 517 et 539 C.cr. est incohérente avec l'état actuel du droit canadien. Le problème qui se pose ici est donc assez inusité. Peut-on tenir compte de la jurisprudence existante *comme preuve* pour juger de la constitutionnalité des dispositions? En d'autres termes, les enseignements de la Cour suprême selon lesquels il est possible de trouver des jurés en mesure de juger les faits sans être biaisés par la publicité négative devraient-ils suffire à faire démontrer le lien rationnel? Ne devrait-on pas plutôt s'en remettre aux preuves scientifiques ou, à défaut, à la logique? Nous sommes d'avis que si la jurisprudence peut servir à établir les principes directeurs du droit, elle ne saurait faire la preuve de faits sociaux comme l'impact de la publicité négative sur les jurés.

Que reste-il donc de la preuve disponible? Une littérature psychologique qui, bien que contradictoire, laisse entrevoir la possibilité que les jurés soient incapables de mettre de côté leurs conceptions défavorables forgées par les médias. Également, une certaine logique voulant qu'on ne peut désapprendre ce qu'on a appris.

Ainsi, compte tenu de la déférence requise à l'égard des choix du législateur dont nous avons traité précédemment, nous sommes disposés à conclure qu'il existe une appréhension raisonnable que des jurés pourraient être influencés par des informations diffusées à l'enquête sur mise en liberté

²⁸⁸ *R. c. Parasiris*, C.S. Longueuil, n° 505-01-068171-079, 20 avril 2007, j. Boilard, par. 18.

provisoire et à l'enquête préliminaire. Étant donné la difficulté de mesurer scientifiquement l'ampleur du préjudice que cherchent à éviter les articles 517 et 539 C.cr., nous sommes disposés à donner préséance aux études concluant à un tel préjudice dans le cas des procès les plus médiatisés.

Un tel constat ne signifie pas pour autant que les deux dispositions passent le test du lien rationnel dans le cas de procès devant jury. Nous verrons en effet que, malgré notre conclusion que les jurés peuvent être influencés par la publicité pré-procès, l'inefficacité des ordonnances de non-publication pour empêcher l'information de parvenir aux jurés fera en sorte que les articles contestés échoueront ce test.

2.2.4.1.2. L'efficacité des ordonnances de non-publication pour empêcher l'information de parvenir aux candidats jurés

La deuxième étape de l'étude du lien rationnel consiste à se demander si les informations préjudiciables susceptibles d'influencer les jurés sont efficacement endiguées par les ordonnances de non-publication prévues aux articles 517 et 539 C.cr. Si tel n'est pas le cas, de telles mesures perdent toute efficacité et leur lien rationnel n'a pas été démontré.

Comme nous l'avons noté en introduction, à l'heure de l'informatique, l'information voyage à la vitesse de l'éclair. Le juge Lamer avait noté dans l'arrêt *Dagenais* les limites des ordonnances de non-publication compte tenu des développements technologiques :

Il y a également lieu de signaler que les récents progrès technologiques ont entraîné dans leur sillage des difficultés considérables pour ceux qui cherchent à faire valoir des interdictions. Leur efficacité a été réduite d'autant que s'est accru le nombre d'émissions télévisées et radiophoniques accessibles au niveau interprovincial et international par câblodiffusion, antenne parabolique orientable et radio à ondes courtes. Elles ont également souffert de l'avènement des échanges d'informations rendues possibles par les réseaux informatiques. En cette ère d'électronique globale, restreindre de façon significative la circulation de l'information devient de

plus en plus difficile. Par conséquent, l'effet réel des interdictions sur l'impartialité du jury diminue considérablement.²⁸⁹

Ces commentaires de la Cour suprême ont été formulés en 1994 alors que, faut-il le rappeler, Internet n'avait pas encore investi en masse les foyers canadiens. Ils sont aujourd'hui toujours d'une grande actualité. Nulle surprise : le Web est aujourd'hui omniprésent. Selon des données compilées par Statistique Canada en 2007, 73,2 % des Canadiens âgés de 16 ans et plus, soit 19,2 millions de personnes, ont utilisé Internet au cours de l'année ayant précédé le sondage. Parmi eux, 68,6 % ont navigué à partir de leur domicile. Fait intéressant, le cinquième des utilisateurs d'Internet à domicile a contribué au contenu de la toile par l'envoi d'images, le bloguage ou la participation à des groupes de discussion.²⁹⁰ Le moteur de recherche Technocrati, consacré aux blogues, évaluait pour sa part qu'en janvier 2008, quelque 112,8 millions de blogues sévissaient dans le monde. Chaque jour, ce nombre augmente de 175 000. Dire qu'en 1999, quelques douzaines de blogues seulement parsemaient le Web.²⁹¹

Évidemment les blogueurs et les participants aux forums de discussion sont en mesure de propager – souvent anonymement, donc en toute impunité – les informations couvertes par une ordonnance de non-publication. Ce ne sont d'ailleurs pas les seuls contrevenants en puissance : les adeptes du courrier électronique²⁹² sont aussi capables de répandre de façon exponentielle des informations grâce aux chaînes de messages. Avec l'invention des Blackberry et autres iPhones, les courriels peuvent désormais être consultés au travail, dans l'autobus ou au centre commercial.

²⁸⁹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 886.

²⁹⁰ Voir « Enquête canadienne sur l'utilisation d'Internet », Statistique Canada, Communiqué de presse daté du 12 juin 2008 à <http://www.statcan.ca/Daily/Francais/080612/q080612b.htm>.

²⁹¹ Sunny WOAN, « The Blogosphere : Past, Present, and Future. Preserving the Unfettered Development of Alternative Journalism », (2008) 44 *California Western Law Review*, 477, 482.

²⁹² Statistique Canada a estimé que 92 % des utilisateurs d'Internet à domicile sont des adeptes du courrier électronique, voir « Enquête canadienne sur l'utilisation d'Internet », Statistique Canada, Communiqué de presse daté du 12 juin 2008, disponible à <http://www.statcan.ca/Daily/Francais/080612/q080612b.htm>.

Il suffit donc qu'un des nombreux adeptes des nouvelles technologies assiste en personne au procès et décide de propager l'information pour qu'elle se retrouve sur la toile en un rien de temps. L'exemple de la commission Gomery fait ressortir avec éloquence l'impuissance des ordonnances de non-publication en cette ère informatique. Il s'agit d'un des cas les plus extrêmes qui, bien qu'il n'ait pas de lien direct avec les articles 517 et 539 *C.cr.*, souligne à grands traits les effets pervers généraux du bâillonnement des journalistes traditionnels.

a) La commission Gomery

Les audiences de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires abordaient un sujet touchant au cœur de la vie démocratique canadienne. Cette enquête publique (Sic!) avait été mise en place le 10 février 2004 par le premier ministre Paul Martin à la suite d'un rapport désastreux de la vérificatrice générale sur le controversé programme des commandites du gouvernement fédéral. À titre de président de la commission, le juge John Gomery avait reçu le mandat d'enquêter sur ce programme qui, selon la vérificatrice, avait rempli les goussets de publicitaires proches du Parti libéral du Canada.²⁹³

Le fonctionnaire Charles « Chuck » Guité était accusé de fraude et de complot pour fraude en rapport avec cinq contrats qu'il avait adjugés dans le cadre du programme. Parallèlement aux procédures criminelles, il avait été contraint de témoigner devant la commission d'enquête. En octobre 2004, le procureur du fonctionnaire a demandé à ce que son témoignage soit reporté après son procès criminel, ou encore que le huis clos – ou, à défaut, une ordonnance de non-publication – soit ordonné pour éviter que des jurés potentiels ne soient contaminés par les débats de la commission.

²⁹³ Joël-Denis BELLAVANCE, « Gestion scandaleuse des commandites, dénonce la vérificatrice générale », *La Presse*, mercredi 11 février 2004, p.A1.

Notant que le report du témoignage constituerait une « interférence inacceptable à la présentation ordonnée des faits »²⁹⁴, le juge Gomery a rejeté la demande de remise du témoignage. Il a également jugé, au nom du caractère public de la commission, qu'il était inacceptable d'empêcher la population de suivre ses travaux, estimant que les précautions prises au moment de la sélection des jurés seraient suffisantes. Sa décision était aussi basée sur le fait que Guité ne serait pas interrogé sur les cinq contrats précis faisant l'objet des accusations criminelles. En outre, a fait valoir le juge, le fonctionnaire avait déjà témoigné devant le Comité des comptes publics de la Chambre des communes, ce qui amoindrissait de beaucoup l'effet-choc de sa déposition devant la commission. Enfin, le juge a noté que Guité n'avait présenté aucune preuve de l'effet de la publication du témoignage sur les jurés potentiels.²⁹⁵

Le 12 avril 2005, M. Guité devenait revenir à la barre pour une autre portion de son témoignage. Deux autres personnes accusées au criminel, Jean Brault et Paul Coffin, devaient aussi être appelées à témoigner, respectivement les 30 mars et 18 avril. Or, le 21 mars, les avocats des trois hommes ont demandé au juge Gomery d'imposer une ordonnance de non-publication sur leurs témoignages. Ils craignaient que si ceux-ci étaient diffusés au public, il leur serait impossible de trouver des jurés impartiaux en vue du procès criminel de leurs clients qui devait débiter le 2 mai 2005.²⁹⁶

Cette fois, le président de la commission d'enquête s'est partiellement rendu à la demande des accusés.²⁹⁷ Il a accordé l'interdit de publication, se gardant toutefois une porte ouverte pour réviser sa décision à la fin de chacun des trois témoignages. Soudainement, l'importance si grande accordée à la publicité des audiences lors de la première demande d'ordonnance de non-publication s'effaçait devant le droit à un procès équitable. Que s'était-il passé

²⁹⁴ Gilles TOUPIN, « Chuck Guité témoignera sur la place publique », *La Presse*, vendredi 29 octobre 2004, p.A8.

²⁹⁵ Voir *R. c. Guité*, [2005] Q.J. (Quicklaw) n°. 7847, par. 8 (C.S.).

²⁹⁶ Rollande PARENT, « Trois accusés craignent que la commission Gomery nuise à leur procès imminent », *La Presse Canadienne*, lundi 21 mars 2005.

²⁹⁷ Karim BENESSAIEH, « Le "spectacle" donné à l'abri des projecteurs », *La Presse*, mercredi 30 mars 2005, p. A1.

depuis le mois d'octobre pour que le commissaire modifie sa décision? D'abord, les procès étaient plus rapprochés dans le temps et la couverture médiatique était devenue très intense.²⁹⁸ Le juge a aussi justifié sa décision par « un degré élevé d'indignation publique à l'égard de certaines révélations » faites devant la commission²⁹⁹, qui allaient rendre plus difficile qu'auparavant la constitution de jurys impartiaux et objectifs.³⁰⁰ En d'autres termes, le public en était venu à trop s'intéresser aux travaux de la commission.

Les commentateurs ont crié à l'illogisme.³⁰¹ L'éditorialiste Josée Boileau, du *Devoir*, a bien résumé leur position quant au bien-fondé d'une ordonnance temporaire sujette à révision après chaque déposition :

[C]e décalage n'a pas lieu d'être; il n'a même pas à être négocié à la pièce, témoignage après témoignage, au gré de la force de conviction de l'avocat des médias et de l'humeur du juge ce jour-là. La comparaison a été faite maintes fois et elle tient toujours: les Hell's Angels étaient beaucoup plus connus au Québec qu'un Jean Brault ou un Chuck Guité, et on a réussi à les juger. Rien ne justifie cette soudaine perte de confiance dans notre processus judiciaire.

Le témoignage de Jean Brault s'est donc amorcé à l'abri des projecteurs. Dans les jours qui ont suivi, les médias ont respecté l'interdit, ne rapportant pas le contenu direct de son témoignage. Ils ont toutefois été aguichants à souhait, rapportant notamment que le publicitaire s'était effondré en larmes au milieu de

²⁹⁸ Les travaux de la commission étaient télévisés. Au plus fort des cotes d'écoute, ils étaient suivis par quelque 200 000 citoyens. Dans les jours suivant l'ordonnance de non-publication, seuls une vingtaine de citoyens se déplaçaient pour assister aux travaux dans le petit amphithéâtre situé salle d'audience et doté, pour les besoins de la cause, d'un écran géant. Voir Karim BENESSAIEH, « Citoyens à l'affût », *La Presse*, samedi 2 avril 2005, p. A41.

²⁹⁹ Brian MYLES, « Gomery tire le rideau », *Le Devoir*, mercredi 30 mars 2005, p. A1.

³⁰⁰ Le juge Gomery s'est exprimé ainsi: « Il ne sera peut-être pas facile aux jurés potentiels de faire la distinction entre les faits établis en preuve dans les procès criminels et les faits potentiellement préjudiciables relevés lors de leur comparution devant la commission. » Voir Brian MYLES, « Gomery tire le rideau », *Le Devoir*, mercredi 30 mars 2005, p. A1.

³⁰¹ Voir Josée BOILEAU, « Trop parler », *Le Devoir*, mercredi 30 mars 2005, p. A6; Yves BOISVERT, « Vous le saurez quand on vous le dira », *La Presse*, mercredi 30 mars 2005, p. A3; Jean-Marc SALVET « Prévenance extrême », *Le Soleil*, mercredi 30 mars 2005, p. A16.

son témoignage.³⁰² Pire encore, les reporters faisaient état de la panique qui s'était installée dans les officines gouvernementales³⁰³ à la suite des révélations de Jean Brault qui étaient, foi des journalistes, de nature à faire tomber le gouvernement minoritaire de Paul Martin.³⁰⁴ Les partis politiques ayant des représentants à la commission, ils étaient au courant de ce qui s'y disait. À la Chambre des Communes, les députés débattaient même des révélations de Jean Brault, toujours à mots couverts, sans en dévoiler le contenu!³⁰⁵ Le public, lui, a commencé à affluer aux audiences, remplissant le petit amphithéâtre d'une centaine de places retransmettant les travaux de la commission en circuit fermé.³⁰⁶

Parallèlement à l'action sur la colline parlementaire, l'information litigieuse était disponible sur Internet. Il est assez difficile de savoir combien exactement de blogues ont relayé l'information. Les archives de journaux sont assez vagues sur la question. Il faut dire que, prudentes, les entreprises de presse évitaient d'identifier directement les sites illégaux, de peur d'être accusées de violer indirectement l'ordonnance. Certaines coupures de presse parlent d'une pluralité de blogues.³⁰⁷ Chose certaine, l'un d'entre eux était

³⁰² Raymond GIROUX, « Jean Brault craque », *Le Soleil*, vendredi 1^{er} avril 2005, p. A9; Karim BENESSAIEH, « Jean Brault s'effondre en plein témoignage », *La Presse*, vendredi 1^{er} avril 2005, p. A1; « Les larmes d'un publicitaire », *Le Devoir*, vendredi 1^{er} avril 2005, p. A2.

³⁰³ Karim BENESSAIEH, « Le PLC tente de sauver les meubles », *La Presse*, mardi 5 avril 2005, p. A2; Gilles TOUPIN et Joël-Denis BELLAVANCE, « Panique au Parti libéral », *La Presse*, mardi 5 avril 2005, p. A1.

³⁰⁴ Voir Vincent MARISSAL, « Un système pourri jusqu'à la moelle », *La Presse*, mardi 5 avril 2005, p. A5. Comme bien d'autres, le chroniqueur politique tenait des propos de nature à titiller ses lecteurs tenus dans l'ignorance : « À moins d'être allé passer quelques heures la semaine dernière à la commission Gomery, au complexe Guy-Favreau, vous ne savez pas pourquoi l'ancien patron de Groupaction, Jean Brault, s'est effondré en larmes en plein témoignage. C'est dommage, parce qu'il s'en dit des vertes et des pas mûres " off camera " ces jours-ci. De quoi vous déguster de la politique (si ce n'est déjà fait) pour un bon bout de temps. »

³⁰⁵ Gilles TOUPIN et Joël-Denis BELLAVANCE, « La tourmente gagne Québec... et perdure à Ottawa », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A1. En fait, les députés auraient pu sans péril dévoiler en Chambre ce qui s'était dit à la Commission. Les parlementaire jouissent en effet d'une immunité parlementaire en la matière.

³⁰⁶ Karim BENESSAIEH, « Les spectateurs commencent à affluer », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A4.

³⁰⁷ Yves BOISVERT, « Le problème, c'est l'ordonnance, pas Internet », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A3; Pierre JURY, « Blogue, Internet et les procès », *Le Droit*, mercredi 6 avril 2005, p. 26.

particulièrement populaire : celui d'Edward Morrissey, un directeur de centre d'appels du Minnesota.³⁰⁸

Selon « Captain Ed »³⁰⁹, le blogue était alimenté par une « source » qui assistait aux audiences. Pas question d'en connaître l'identité, toutefois!³¹⁰ Était-ce une personne à la solde d'un parti de l'opposition qui souhaitait faire monter la pression électorale? On ignorait tout du profil de ce reporter virtuel, à commencer par ses motivations à vouloir partager avec le Canada entier le témoignage de Jean Brault. Tout un contraste avec le journaliste d'une entreprise de presse reconnue, qui signe toujours ses articles.

Selon M. Morrissey, un million et demi de personnes ont visité le blogue en quatre jours, une affluence 40 fois plus élevée que la normale.³¹¹ Selon des calculs simples, on peut en conclure que quelque 1 462 000 personnes y ont été attirées uniquement par le scandale des commandites. Il s'agit d'une moyenne de 365 500 lecteurs par jour. Considérant que le *Journal de Montréal*, qui possède le plus grand tirage au Québec, imprime actuellement quelque 265 000 exemplaires en semaine³¹², le lectorat de ce blogue était phénoménal. Il faut dire que son adresse, à défaut d'être mentionnée dans les médias traditionnels, était relayée par des chaînes de courriels.³¹³

Il est difficile d'évaluer après coup l'exactitude des informations qui se trouvaient sur les différents blogues. Évidemment, les médias muselés ne pouvaient comparer les renseignements fournis avec la réalité entendue à la

³⁰⁸ Nicolas BÉRUBÉ, « Le "virus" des commandites se répand sur le Web », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A3; Jonathan TRUDEL, « Au blogue, citoyens! », *L'actualité*, vol. 30, n°19, le 1^{er} décembre 2005, p. 35.

³⁰⁹ C'est ainsi que le surnommaient les habitués de son blogue, qui s'intitulait « Captain's Quarters » et pouvait être consulté au www.captainsquartersblog.com.

³¹⁰ Nicolas BÉRUBÉ, « Le "virus" des commandites se répand sur le Web », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A3.

³¹¹ Jonathan TRUDEL, « Au blogue, citoyens! », *L'actualité*, vol. 30, n°19, le 1^{er} décembre 2005, p. 35.

³¹² Ce chiffre est tiré des données de l'Audit Bureau of Circulations (ABC) parues en avril 2008. Voir à cet égard Patrick BELLEROSE, « ABC : Une bonne année pour The Gazette », *Infopresse*, mardi 29 avril 2008, disponible au <http://www2.infopresse.com/blogs/actualites/archive/2008/04/29/article-26753.aspx>.

³¹³ Nicolas BÉRUBÉ, « Le "virus" des commandites se répand sur le Web », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A3.

commission. Au moins un chroniqueur a affirmé que ce qui sortait sur des blogues américains était « parfois carrément faux ».³¹⁴

En l'espèce, comme dans la plupart des autres cas hypermédiatisés, l'ordonnance de non-publication a eu un effet opposé à celui attendu. Plutôt que de soustraire les membres du public à des renseignements susceptibles de faire d'eux des jurés biaisés, elle les a exposés davantage à des informations litigieuses, souvent une déformation de la réalité. Elle a également créé un engouement sans précédent pour les informations secrètes. Alors que la population aurait pu apprendre passivement le contenu du témoignage de Jean Brault aux informations télévisées, elle a été forcée de s'activer pour trouver les renseignements cachés.

La vérité s'est aussi estompée devant la rumeur. Plutôt que d'écouter d'une oreille distraite le téléjournal de fin de soirée, les citoyens ont construit des hypothèses à partir des bribes entendues de leur entourage. Même si l'ordonnance était temporaire³¹⁵, le mal risquait d'avoir été fait. Même en prenant connaissance des faits rectifiés par les médias reconnus, le public risquait toujours d'avoir en tête d'autres rumeurs entendues ailleurs. La vérité et les cancans allaient possiblement se confondre. Bref, sur toute la ligne, l'ordonnance a eu un effet contraire à celui escompté.

b) L'affaire Bernardo-Homolka

Une telle situation ne fait malheureusement pas figure de cas isolé au Canada. Intrinsèquement de nature à frapper l'imaginaire, l'affaire Bernardo, a fait naître les rumeurs les plus folles. Il faut dire que les faits étaient vraiment dignes d'un film d'horreur.³¹⁶ La première victime, Leslie Mahaffy, âgée de 14

³¹⁴ Yves BOISVERT, « Le problème, c'est l'ordonnance, pas Internet », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A3.

³¹⁵ À la fin du témoignage de Jean Brault, le juge Gomery a finalement accepté de lever l'interdit de publication.

³¹⁶ Pour une excellente description des faits, voir Ann RIEHLE, « Canada's "Barbie and Ken" Murder Case : The Death Knell of Publication Bans? », (1996) 7 *Indiana International and Comparative Law Review* 193. Voir également Neil VIDMAR, « The Canadian Criminal Jury : Searching for a Middle Ground », (1999) *Law and Contemporary Problems* 141.

ans, avait été enlevée près de chez elle en juin 1991. Conduite à la maison du couple Karla Homolka et Paul Bernardo, elle avait été agressée sexuellement pendant deux jours, puis étranglée à mort par Bernardo avec un fil électrique, pendant que sa conjointe filmait la scène. Ensuite, les membres de son corps avaient été découpés avec une scie ronde, puis coulés dans des blocs de béton. Ceux-ci avaient été jetés au fond du lac Gibson où, grâce à la marée descendante, ils furent plus tard retrouvés.

La deuxième victime, Kristen French, avait été enlevée dix mois plus tard dans un stationnement d'église par le couple se faisant passer pour des touristes égarés. Pendant deux semaines, Bernardo et Homolka l'ont séquestrée et agressée sexuellement. Une fois de plus, tout avait été filmé. Cette deuxième esclave sexuelle fut elle aussi étranglée à mort et sa dépouille, jetée en bordure d'une route à proximité de la tombe de Leslie Mahaffy.

En plus d'avoir tué ces deux victimes, Bernardo avait commis une série de viols à Scarborough, en banlieue de Toronto. De même, lui et Homolka avaient enlevé et drogué Tammy Homolka, la sœur de Karla. Le crime s'est terminé par la mort accidentelle de la jeune fille, qui avait à l'époque été classée comme inexplicable.

Dans les derniers moments, les relations entre les deux s'étaient détériorées. Au début de 1993, alors que Bernardo avait frappé sévèrement Homolka avec une lampe de poche, elle a porté plainte contre lui pour violence conjugale. Plus tard, lors d'une rencontre avec les policiers, elle leur a tout raconté, y compris le fait que les crimes avaient été filmés.

Les policiers ont tout fait pour trouver les cassettes, en vain³¹⁷. Ainsi, la collaboration d'Homolka devenait nécessaire pour faire condamner son mari.

³¹⁷ Les cassettes étaient cachées dans une lumière de la salle de bain de la maison de Bernardo et Homolka. L'avocat de Bernardo, Kenneth Murray, est allé les récupérer une fois que la police a eu terminé ses fouilles. Il les a cachées pendant quelque 17 mois, avant de les remettre à son successeur, qui les a lui-même remises à la Couronne. Le ministère public a accusé Me Murray de possession de pornographie juvénile et d'entrave à la justice relativement à cette dissimulation. L'avocat a plaidé qu'il avait l'intention d'utiliser les cassettes en défense pour discréditer Karla Homolka qui, contrairement à ce qu'elle prétendait, n'était pas une victime manipulée par Bernardo, mais une participante enthousiaste aux crimes sexuels. Me Murray a finalement été acquitté. Voir *R. v. Murray*, [2000] O.J. (Quicklaw) n° 2182 (O.S.C.J.). Il est probable que si les cassettes avaient été entre les mains des procureurs de la Couronne, ils

En échange de celle-ci, la Couronne a accepté un plaidoyer de culpabilité à deux chefs d'accusation réduits d'homicide involontaire. Une suggestion commune de 12 ans de prison fut présentée et entérinée par le juge. Il s'agit assurément de la négociation de plaidoyer la plus controversée de l'histoire canadienne. L'intérêt public était indéniable.

Avant que ne soit présentée en cour la suggestion commune ainsi que l'habituel récit des faits, la Couronne a demandé au juge Kovacs d'utiliser les pouvoirs que lui conféraient la common law pour imposer un interdit de publication en vue d'assurer un procès équitable à Bernardo. Celui-ci s'est opposé à la demande au motif que ce droit ne pouvait être invoqué par le ministère public, étant exclusif à l'accusé. Il a indiqué que toute tentative par la Couronne d'invoquer le droit à un procès équitable devait être considérée avec scepticisme à la lumière de la conduite de la police et du procureur général.³¹⁸ Le juge Kovacs a résumé ainsi la position de la défense :

The "past conduct" referred to was that the accused in the press had been depicted (falsely it was submitted) as a victim and Paul Bernardo Teale as the principal in the alleged homicides. It is alleged that the ongoing discussions between the accused and the Crown was "leaked" to the press. The result reinforced in the public perception that Paul Bernardo Teale was the principal and the accused Karla Bernardo Teale was seen as assisting the prosecution. Counsel for Paul Bernardo Teale filed such articles, published in the press. He submitted that an application ban now would shield this accused, previously depicted as a victim, from any discussion in the press as to her true role. She would continue to be seen as the alleged "victim" and Paul Bernardo Teale as the principal. Her credibility would be insulated. [Références omises]

Le juge a rejeté cet argument, concluant que la Couronne pouvait aussi, au nom des intérêts de la société, demander une ordonnance de non-publication pour protéger le droit à un procès équitable. Celui-ci, a tranché le

n'auraient jamais accepté qu'Homolka plaide coupable à des accusations réduites d'homicide involontaire en échange de son témoignage.

³¹⁸ *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047, par. 37 (O.C.J.).

magistrat dans cette affaire pré-*Dagenais*, devait l'emporter sur la liberté d'expression. Mais il y a plus : au lieu de rendre une ordonnance tous azimuts, le juge l'a façonnée d'une manière qui obligeait les médias à présenter les faits sous un jour prétendument favorable pour Paul Bernardo. En fait, en rétrospective, les observateurs aguerris de la scène judiciaire auront davantage l'impression qu'on voulait empêcher les autorités d'avoir à justifier leur négociation de plaidoyer que de protéger les droits de l'accusé.³¹⁹

Ainsi, à la demande de la Couronne, le juge a permis la publication du fait que Karla Homolka avait été condamnée, mais a interdit de rapporter qu'elle avait plaidé coupable aux accusations. Un dangereux pas était franchi : on n'en était plus à limiter la publication de l'information, mais à imposer aux médias une manière de publier les faits. Et, comme pour justifier davantage la position de la Couronne, la Cour a permis que les médias fassent mention de la discrétion dont jouit la poursuite lors du dépôt d'accusations. Mais gare au journaliste qui s'aventurerait à discuter trop de cette discrétion! Seul ce qui était mentionné dans le jugement sur la peine pouvait être rapporté.³²⁰

Si, dans les faits, la question de la diffusion de l'information a été d'entrée de jeu abordée sous l'angle d'une ordonnance de non-publication, les conclusions du juge l'ont transformée en huis-clos contrôlé. À la fin de son jugement, le juge cite d'ailleurs explicitement l'article 486(1) du *Code criminel*, lequel permet au juge d'imposer le huis clos dans l'intérêt « de la moralité

³¹⁹ Dans une entrevue avec le journal britannique *Mail on Sunday*, le reporter du *Toronto Sun* Scott Burnside, qui a couvert assidûment l'affaire, s'exprimait comme suit : « The ban has nothing to do with a fair trial. The ban is [sic.] to do with making a deal with Homolka », dans Jay RAYNER, « Karla Homolka Was A Sweet Young Girl... », *Mail on Sunday*, 30 avril 1995, p. 39.

³²⁰ Les conclusions du juge quant au contenu de l'interdit se trouvent à *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047, par. 141 (O.C.J.) :

- « The following may be published, (1) The contents of the indictment.
 (2) Whether there was a joint submission as to sentence.
 (3) Whether a conviction was registered but not the plea.
 (4) The sentence imposed.
 (5) That part of the Court's reasons under the following headings:
 (a) The prosecutorial discretion (as referred to in the judge's reasons only),
 (b) The principles of sentencing applied by the Court.
 (c) The remarks of the Court in passing sentence on the issue of whether the accused is a danger to the public. »

publique, du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice ». Au bout du compte, hormis les journalistes canadiens impuissants, seules quelques personnes directement liées à l'affaire ont été admises dans la salle d'audience. Le but de cette mesure : atténuer l'échec appréhendé d'un simple interdit de publication.³²¹ En ce sens, le juge Kovacs a été visionnaire!

Il s'agissait là d'un moyen plutôt extrême de s'assurer que soit respectée son ordonnance sur toute la planète. Les grands moyens s'imposaient pour le magistrat, pleinement conscient de la difficulté de contrôler les médias américains assistant assidûment au procès. Celui-ci a d'abord conclu qu'il n'avait pas juridiction sur ces médias, ce qui n'est pas exact à la lumière de la jurisprudence actuelle, dont n'avait pas l'avantage de profiter le juge Kovacs.³²² Puis, pour justifier l'exclusion du grand public, il s'est exprimé en ces termes :

That creates a further problem because if the public has access to the Court there would be nothing to prevent the American media from having a "source" in the courtroom either by plan or otherwise, whose identity would very likely not be revealed by the American media. Indeed that "source" may also not be a Canadian.³²³

³²¹ Voir *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047, par. 140 (O.C.J.) :

« Having heard submissions on the terms of the order, I make the following order under s. 486(1) of the Criminal Code in the interests of the proper administration of justice:

- (1) The Canadian media on proof of accreditation to the Court Services Manager may be admitted to the trial.
- (2) For reasons given, the public is excluded from the court room except,
 - (a) the families of the victims,
 - (b) the families of the accused,
 - (c) counsel for Paul Bernardo Teale who will not have standing,
 - (d) three police officers,
 - (e) the Court's law clerk, Ms. Padeanu
- (3) For reasons given the foreign media is excluded from the court room.
- (4) There will be no publication of the circumstances of the deaths of any persons referred to during the trial. »

³²² Voir la section suivante.

³²³ *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047, par. 119 (O.C.J.).

Le juge a tout simplement créé deux catégories de journalistes : les Canadiens, qu'il était facile de condamner en cas de dérogation à l'ordonnance et les autres, dont le contrôle était plus difficile. Les premiers auraient le droit d'assister aux audiences, pas les seconds. Il ne semble pas être venu à l'esprit du juge que les médias étrangers tenteraient de trouver comme source une personne admise à l'audience. Comme l'ordonnance ne couvrait que la publication, un tel informateur pouvait raconter de vive voix ce qu'il y avait entendu sans risque de condamnation. Le procédé était dangereux pour la neutralité journalistique. En effet, plusieurs des gens autorisés à pénétrer dans la salle d'audience ayant un intérêt direct dans l'affaire, rien n'excluait qu'ils essaient de manipuler les médias.

Le juge a aussi été confronté à Stephen Williams. Se décrivant comme un historien et auteur préparant un livre sur l'affaire, il souhaitait, au même titre que les journalistes canadiens, pouvoir assister aux débats. Le juge lui a répondu ainsi :

Logic compels me to exclude Mr. Williams. His interest is a private interest in a book contract. I respect the Charter Right of Freedom of Expression by authors. However, he does not represent the public at large. He represents a limited number of the public. His rights will not be infringed as he will have the right to obtain a transcript after the publication ban expires, as will the press and any other member of the public who so desires.³²⁴

Comment le juge pouvait-il estimer que M. Williams ne représentait qu'un nombre limité des membres du public? Comment savait-il la diffusion qu'allait recevoir son livre? Comment peut-on distinguer un journaliste d'un auteur souhaitant également transmettre au public l'information étalée dans la salle de Cour? Cette distinction est d'autant plus périlleuse qu'en Ontario, comme au Québec, les médias ne sont pas régis par un ordre professionnel limitant la pratique du métier.

³²⁴ *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047, par. 145 (O.C.J.).

Il était évident que, malgré l'interdit, les informations interdites finiraient par se répandre. Un chroniqueur du *Daily News* de Halifax a bien résumé la situation :

Policemen have wives. Court stenographers have husbands. Reporters never talk to their spouses on the pillow? The stories about the horrific evidence are already out and about.

Judge Kovacs shows extreme innocence in instructing Canadian reporters that they may tell their employer, an editor, about what they heard in the St. Catharines court but "no secretaries, no newsboys."

I don't even know what a "newsboy" is -- I think they went out in a movie about 1938 -- but I know this is not a blackout; it's a brownout.³²⁵

L'effet attendu s'est finalement produit : l'interdit de publication a été un échec total. Les journaux américains ont tout de même fait état des détails interdits. Le *New York Times*, s'il n'était pas bloqué à la frontière, était refusé par les distributeurs ontariens.³²⁶ Certains faisaient la « contrebande » du *Buffalo Evening News*. Les policiers ont reçu l'ordre d'intercepter tous ceux qui transportaient plus d'une copie du quotidien et de confisquer les copies excédentaires. Le 23 novembre 1993, le *Washington Post* a publié une histoire détaillée des meurtres de Leslie Mahaffy et Kristen French. La Niagara Regional Police a saisi 187 copies de l'édition à la frontière. Soixante-et-un conducteurs ont été interceptés et ont dû discuter avec les policiers avant de pouvoir entrer au Canada.³²⁷ Des émissions américaines comme les informations télévisées ont fait l'objet d'un *blackout*. La controverse a même été le sujet du talk-show américain bien connu *Larry King Live*.³²⁸

³²⁵ Allan FOTHERINGHAM, « Judge's brownout won't work », *The Daily News*, mardi 13 juillet 1993, p. 14.

³²⁶ Clyde H. FARNSWORTH, « Murder Trial in Canada stirs Press Freedom Fight », *The New York Times*, vendredi 10 décembre 1993, section A, page 3.

³²⁷ Ann RIEHLE, « Canada's "Barbie and Ken" Murder Case : The Death Knell of Publication Bans? », (1996) 7 *Indiana International and Comparative Law Review* 193, 196.

³²⁸ Daniel HENRY, « Free Expression and Publication Bans : Towards a More Open Criminal Justice System », (2006) 19 *Nat'l J. Const. L.* 337, 345.

À défaut de faire l'objet de reportages, l'histoire a été reprise par des initiatives originales. À la manière d'un *blockbuster*, elle avait ses produits dérivés. Le photographe Michel Sowdon exposait dans une galerie torontoise ses photographies de la maison où s'étaient produites les atrocités. Elles étaient intitulées « Karla's Playpen » (traduction : « Le parc pour bébés de Karla »).³²⁹ Une bande dessinée, « Killer Karla's Comics », a vu le jour. Elle détaillait avec une touche d'humour (!) les supposés événements. Un groupe rock, « The Banned », a produit une cassette intitulée « Karla and Paul ».

Le 30 avril 1995, quelques semaines avant la date du procès de Bernardo, le journaliste britannique Jay Rayner a décrit ainsi la situation :

Together Homolka and Bernardo have become the murderous Barbie and Ken, freakish cartoon characters who carried out crimes that are the very stuff of suburban nightmare. By trying to halt discussion of the case, the courts only managed to fan the flames of conjecture, encouraging people to dredge ever more bizarre scenarios from their own subconscious. It is an orgy of speculation that will only end next month when Homolka takes the stand.³³⁰

Le Québec a aussi connu son lot de spéculations. Qui était donc la première victime de Guy Cloutier? Dans cette affaire, la Couronne avait demandé l'ordonnance de non-publication obligatoire prévue à l'article 486.4 du *Code criminel*. Pourtant, le nom de Nathalie Simard n'a pas tardé à se retrouver sur les blogues de personnes qui l'avaient appris de gens impliqués dans le dossier ou qui se livraient à de simples spéculations, lesquelles se sont confirmées par la suite.³³¹

En plus des blogues et autres forums de discussion, Télévision Quatre Saisons a publié le nom de la plaignante sur son site Internet. La station a

³²⁹ Jay RAYNER, « Karla Homolka Was A Sweet Young Girl... », *Mail on Sunday*, 30 avril 1995, p. 39.

³³⁰ Jay RAYNER, « Karla Homolka Was A Sweet Young Girl... », *Mail on Sunday*, 30 avril 1995, p. 39.

³³¹ Voir Maxime BERGERON, « La machine à rumeurs va bon train », *La Presse*, jeudi 1^{er} avril 2004, p. Actuel 1.

plaidé coupable et écopé d'une amende de 5000 \$.³³² Signe qu'il est difficile de faire condamner quelqu'un pour une telle infraction, TQS a été le seul contrevenant accusé dans cette affaire alors que de nombreux sites avaient violé l'ordonnance. Le directeur général de l'information, des sports et des affaires publiques avait au départ été accusé conjointement avec son employeur, mais la Couronne a été forcée de laisser tomber les accusations, compte tenu qu'il n'avait pas participé de quelque manière que ce soit à la divulgation du nom de la plaignante. Le site n'était d'ailleurs même pas sous son contrôle.

c) La question internationale

Les problèmes posés par les Gomery, Bernardo-Homolka, *Barville* et *Global Communications* avaient tous une portée internationale. Dans la première affaire, le site Internet avait sciemment été utilisé pour déjouer l'ordonnance. Les autres cas intéressaient tout simplement les médias américains qui, sans avoir pour but premier de contourner délibérément les décisions d'un tribunal canadien, voulaient tout simplement informer leur lectorat ou leur auditoire habituel.

Dans l'affaire *Pickton*, l'avocat de la défense avait tenté d'aller au devant des difficultés en demandant au juge de se prévaloir de l'article 537(1)h du *Code criminel* et d'ordonner un huis-clos prophylactique lors de l'enquête préliminaire.³³³ Robert Pickton avait été accusé de meurtre au premier degré sur six femmes en Colombie-Britannique.³³⁴ Son cas avait été largement couvert par les médias américains. Ainsi, son avocat faisait valoir que, ces

³³² PRESSE CANADIENNE, « Guy Cloutier : TQS plaide coupable et la direction de l'information est disculpée », vendredi 10 septembre 2004.

³³³ *R. v. Pickton*, [2002] B.C.J. (Quicklaw) N° 2830 (B.C.P.C.).

³³⁴ Le jury a finalement trouvé Pickton coupable de meurtre au second degré sur les six femmes. Tant la Couronne que la défense en ont appelé du verdict. Au moment d'écrire ces lignes, l'appel n'avait pas été entendu. Le résultat de cet appel pourrait déterminer si la Couronne, qui a également accusé Pickton de 20 autres meurtres au premier degré, ira de l'avant avec ce second procès. Voir PRESSE CANADIENNE, « La date du second procès de Robert Pickton ne sera fixé [sic.] qu'après l'appel », lundi 7 avril 2008.

médias n'étant pas liés par la loi canadienne, l'ordonnance de non-publication prévue à l'article 539 *C.cr.* risquait de perdre sa raison d'être. Sa solution : un huis-clos pour empêcher ces journalistes étrangers de recueillir l'information interdite.

À l'audience, le procureur de stations de télévision américaines s'était engagé à ce que ses clients déposent au dossier de la Cour une déclaration dans laquelle ils promettaient de limiter aux États-Unis le signal des émissions retransmettant les informations couvertes par l'ordonnance en imposant un *blackout* sur les ondes canadiennes. Le procureur a également indiqué que si un tel *blackout* n'était pas techniquement possible, ses clients ne diffuseraient tout simplement pas l'information litigieuse.³³⁵

Le juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique ne s'est pas prononcé sur ce qui s'annonçait être le nœud du débat, à savoir l'inefficacité de l'ordonnance. Refusant le huis-clos, il a en fait estimé que le système de justice n'étant pas si fragile, des mesures appropriées pourraient toujours être prises pour s'assurer que le droit à un procès équitable de l'accusé pourrait être respecté.³³⁶ Sans le dire en des termes aussi directs, le magistrat semble avoir été d'avis que l'ordonnance de non-publication, obligatoire lorsque demandée par la défense, n'était de toute façon pas nécessaire.

À la suite de l'ordonnance, la station de télévision King 5 de Seattle espérait que les informations publiées sur son site Internet ne poseraient pas problème étant donné qu'elles étaient précédées d'une page portant l'inscription « If you're from Canada, Don't Read This »! Évidemment, la phrase aguichait davantage les Canadiens qu'elle ne les repoussait. La situation ayant été soulevée en Cour, l'ordonnance de non-publication fut réitérée et il semble

³³⁵ *R. v. Pickton*, [2002] B.C.J. (Quicklaw) N° 2830, par. 14 (B.C.P.C.). Au moment du jugement, la déclaration selon laquelle les stations américaines s'engageaient à limiter aux États-Unis la diffusion des informations interdites avait été produite au dossier de la Cour, mais elle ne contenait pas l'engagement de ne pas diffuser du tout l'information si un *blackout* des ondes canadiennes n'était pas techniquement possible.

³³⁶ *R. v. Pickton*, [2002] B.C.J. (Quicklaw) N° 2830, par. 31 (B.C.P.C.).

qu'à partir de ce point, les médias, américains comme canadiens, se sont tenus cois.³³⁷

Dans l'affaire *Homolka-Bernardo*, le juge a conclu qu'une ordonnance de non-publication prononcée par un tribunal canadien ne liait pas les médias américains. Dans l'affaire *Pickton*, l'avocat de la défense semblait du même avis. Quelque répandue qu'elle soit, cette conception ne semble pas conforme à l'état du droit canadien.

Le principe de la territorialité des lois est codifié à l'article 6(2) *C.cr.* Il édicte qu'au Canada, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'extérieur des frontières du pays.

L'affaire *Libman*³³⁸ est considérée comme l'arrêt de principe en la matière. L'accusé possédait une entreprise de sollicitation téléphonique basée à Toronto. Suivant ses directives, les préposés téléphonaient à des résidents américains et, en faisant de fausses déclarations, tentaient de les amener à acheter des actions d'une compagnie minière d'Amérique centrale. Un grand nombre d'entre eux ont acheté ces actions à peu près sans valeur. Ils ont fait parvenir leur argent en Amérique centrale, où l'appelant recevait sa part du produit, qu'il rapportait ensuite à Toronto. L'accusé avait été accusé de fraude et de complot pour fraude au Canada. Ses avocats avaient fait valoir que la spoliation constituait un élément essentiel, voire « l'élément essentiel ou la matière »³³⁹ de l'infraction de fraude. Comme la spoliation était survenue hors du Canada, le pays n'avait pas compétence pour le juger.

En transposant ce raisonnement, un journaliste ou une entreprise de presse n'ayant pas respecté une ordonnance de non-publication en diffusant à l'étranger des informations interdites ne pourrait être déclaré coupable d'une infraction prévue aux articles 517(2) ou 539(3) *C.cr.* En effet, le seul élément essentiel de ces infractions consiste en la publication ou la diffusion « de quelque façon que ce soit » des renseignements couverts par l'ordonnance. Il

³³⁷ Daniel HENRY, « Free Expression and Publication Bans : Towards a More Open Criminal Justice System », (2006) 19 *Nat'l J. Const. L.* 337, 355.

³³⁸ *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178.

³³⁹ *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, 182.

serait nécessairement commis aux États-Unis. La prise de notes dans la salle d'audience ou la prise d'images à l'extérieur serait considérée comme un acte préparatoire à l'infraction. Or, la jurisprudence enseigne que de tels actes ne peuvent être punis en droit canadien.³⁴⁰ Il est de toute façon tout à fait légitime que des reporters prennent des notes en vue de faire connaître l'information au public une fois l'ordonnance levée.

Dans l'affaire *Libman*, la Cour suprême n'a pas suivi le raisonnement de l'avocat de l'accusé. Le juge La Forest a défini ainsi le lien qui doit exister entre l'infraction et le Canada pour que celui-ci ait compétence pour juger l'accusé :

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. Selon moi, il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment les auteurs modernes, il suffit qu'il y ait un "lien réel et important" entre l'infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé [...].

Il n'est pas nécessaire que je m'arrête à ce qui peut constituer un lien réel et important dans un cas particulier. Il y a suffisamment de liens en l'espèce. Les paramètres du critère peuvent bien cependant coïncider avec les exigences de la courtoisie internationale.³⁴¹

Pour le juge La Forest, la compétence territoriale s'explique par le fait que les pays sont « réticents à s'attirer le mécontentement d'autres États en cherchant, de façon inconsidérée, à contrôler des activités qui se déroulent complètement à l'intérieur des frontières des autres États »³⁴². La courtoisie internationale constitue donc l'une des bases de la territorialité.³⁴³

³⁴⁰ *R. c. Williams*, [2003] 2 R.C.S. 134, par 64; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 74.

³⁴¹ *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, 212-213.

³⁴² *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, 183-184.

³⁴³ Voir aussi *R. c. Ouellette*, [1997] J.Q. (Quicklaw) n° 4076, par. 74 (C.S.).

La décision canadienne la plus pertinente pour trancher la question des ordonnances de non-publication est probablement l'affaire *Greco*³⁴⁴, de la Cour d'appel de l'Ontario. Lors d'un voyage à Cuba, l'accusé avait fait défaut de respecter les conditions d'une ordonnance de probation imposée au Canada. Il avait violemment frappé sa conjointe et les autorités cubaines avaient fait défaut de le punir.³⁴⁵ Ne pouvant l'accuser de voies de fait graves, les autorités canadiennes avaient déposé contre Greco une accusation de bris de probation. Il avait été trouvé coupable et condamné à neuf mois d'emprisonnement et à une probation de 3 ans.³⁴⁶

En appel, l'accusé avait notamment fait valoir que les tribunaux ontariens n'avaient pas juridiction pour le condamner, le geste ayant mené au bris de l'ordonnance de probation ayant été commis à Cuba. La situation de Greco était donc assez semblable à celle qui se présenterait si un journaliste violait à l'étranger une ordonnance de non-publication prononcée par une cour canadienne. En rejetant l'appel, le juge Moldaver s'est exprimé ainsi :

Once it is understood that Canada is the only country that has an interest in ensuring compliance with orders made by Canadian Courts, little more need be said in terms of the "real and substantial link" test. The probation order in the instant case was imposed upon the appellant by an Ontario Court. It required him to keep the peace and be of good behaviour both at home and abroad. Importantly, the offence in issue arises out of a breach of that order, a factor which I consider to be crucial in the application of the "real and substantial link" test. To the extent that he breached that order, Canada alone has an interest in bringing him to justice and it may do so. The requirements of international comity do not dictate otherwise.³⁴⁷

³⁴⁴ *R. v. Greco*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 4147 (C.A.O.), permission d'en appeler refusée par la Cour suprême à [2001] S.C.C.A. (Quicklaw) n° 656. Pour une décision où l'on a considéré que les États-Unis avaient le droit de demander l'extradition d'un citoyen ayant brisé au Canada une ordonnance de probation délivrée au Montana, voir *United States of America v. Gillingham*, [2004] B.C.J. (Quicklaw) n° 822, par. 136 (C.A.C.-B.).

³⁴⁵ *R. v. Greco*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 4147, par. 3 (C.A.O.).

³⁴⁶ *R. v. Greco*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 4147, par. 6 (C.A.O.).

³⁴⁷ *R. v. Greco*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 4147, par. 42 (C.A.O.).

Ces propos s'appliquent *mutatis mutandis* à la violation d'ordonnances de non-publication. Les pays étrangers n'ont aucun intérêt à faire en sorte que les ordonnances de tribunaux canadiens soient respectées. Que le Canada poursuive les contrevenants dans une telle situation ne constitue pas un affront à la courtoisie internationale.

Il nous apparaît donc qu'il serait possible de punir les contrevenants étrangers à une ordonnance de non-publication si la Couronne montrait une véritable volonté à cet égard. Toutefois, compte tenu du caractère anonyme de beaucoup de sites Internet, seuls les médias reconnus pourraient être facilement condamnés.

Par ailleurs, pour qu'ils puissent être condamnés efficacement, il serait nécessaire que les journalistes contrevenants soient arrêtés sur le territoire canadien, possiblement lorsqu'ils reviendraient dans la salle d'audience pour couvrir la suite d'un procès. Advenant l'impossibilité de les intercepter au Canada, il serait irréaliste de penser que le Canada demanderait leur extradition, compte tenu des coûts engendrés par une procédure en ce sens. Il ne faut pas perdre de vue que les infractions prévues aux articles 517(2) et 539(3) *C.cr.* sont uniquement punissables par sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Par conséquent, elles ne sont passibles que d'une amende maximale de 2000 \$ et d'une peine maximale de 6 mois d'emprisonnement.³⁴⁸ Par ailleurs, il faudrait que le pays étranger permette l'extradition pour des gestes ne constituant pas nécessairement une infraction en droit local, ce qui est loin d'être acquis.

d) Conclusion quant à l'efficacité des ordonnances de non-publication pour empêcher l'information de parvenir aux candidats jurés

Compte tenu de l'impossibilité à l'ère d'Internet d'endiguer efficacement l'information interdite, on ne peut conclure à un lien rationnel entre les ordonnances de non-publication prévues aux articles 517 et 539 *C.cr.* et la nécessité de préserver le droit à un procès équitable d'un accusé. Pire encore :

³⁴⁸ Art. 787(1) *C.cr.*

non seulement les ordonnances ne servent pas le droit à un procès équitable d'un accusé, elles peuvent parfois lui nuire. De telles mesures créent en effet un climat propice à la rumeur et à l'information inexacte. Vu que les médias traditionnels sérieux respectent généralement les ordres de la Cour, ils ne peuvent corriger publiquement les faussetés, laissant s'amplifier les distorsions factuelles.

Il est vrai que les exemples donnés dans ce mémoire sont les plus extrêmes qui soient. Évidemment, le contournement des ordonnances de non-publication n'est pas généralisé. Toutefois, deux commentaires s'imposent à cet égard. D'abord, avec le développement des nouvelles technologies, la libéralisation de l'information ne pourra que croître. Conjugué à la charge émotive des procès criminels, ce progrès produira un cocktail explosif. En effet, dans les affaires les plus graves, des gens hostiles à l'accusé risquent de vouloir partager avec le public ce qui s'est produit lorsqu'ils ont assisté à une audience. Les proches des victimes, par exemple, seront prompts à investir blogues et forums de discussion.

Deuxièmement, ce sont les cas les plus médiatisés qui s'imprégneront dans la mémoire du public. C'est précisément dans ces cas qu'il serait nécessaire de juguler la publicité. Dans les autres affaires, même abordées – plus brièvement – par les médias, l'information préjudiciable ne sera pas retenue par la grande majorité des jurés potentiels. Or, c'est précisément dans les procès les plus médiatisés que l'inefficacité des ordonnances sera mise en évidence.

Au premier abord, cette conclusion va à l'encontre des enseignements de la Cour suprême dans le récent arrêt *Bryan*³⁴⁹. Dans cette affaire, la Cour suprême s'est penchée sur la constitutionnalité d'une disposition interdisant la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions où les bureaux de scrutin sont encore ouverts. Le défendeur Bryan avait diffusé sur un site Web les résultats électoraux des provinces de l'Atlantique au moment où, en raison du décalage horaire, les électeurs pouvaient encore voter dans d'autres régions

³⁴⁹ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527.

canadiennes. Les résultats des Maritimes étaient donc accessibles à des électeurs d'autres provinces plus à l'ouest.³⁵⁰

Dans ce cas, le plus haut tribunal du pays a été appelé à se prononcer sur le lien rationnel entre l'interdiction de publication et l'objectif, lequel, selon le juge Bastarache, consiste à « garantir l'égalité informationnelle par l'adoption de mesures raisonnables pour remédier à la perception d'injustice créée par le fait que certains électeurs ont un accès général à des informations dont ne disposent pas d'autres électeurs et aussi pour éviter que l'accès à ces informations puisse influencer sur la participation ou les choix des électeurs »³⁵¹.

Le juge Bastarache³⁵² a examiné l'argument selon lequel l'inefficacité de l'interdit de publication pouvait être fatale à l'étape du lien rationnel. Il avait été plaidé que les électeurs résidant dans une partie du pays où les bureaux de vote n'étaient pas fermés pourraient tout de même obtenir les informations interdites au moyen de communications privées. Le juge s'est exprimé ainsi :

En l'espèce, le lien causal est éminemment clair : donner à certains électeurs l'accès aux résultats électoraux pour d'autres circonscriptions irait manifestement à l'encontre de l'objectif. Affirmer que les électeurs peuvent, malgré l'interdiction, obtenir ces informations par des communications privées ne change rien à cette conclusion, et ce, pour au moins trois raisons. Premièrement, au moins 75 pour 100 des Canadiens interrogés dans le cadre du sondage Décima mentionné précédemment ont indiqué qu'ils ne chercheraient probablement pas ou absolument pas à obtenir ces informations malgré l'interdiction. Deuxièmement, le parfait respect de la loi n'est pas une condition essentielle à la validité de la mesure législative : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 177-178. Enfin, cet argument ne tient pas compte de la différence qualitative fondamentale entre, d'une part, le petit nombre d'électeurs (moins de 25 pour 100) qui cherchent en privé à obtenir des informations et, d'autre part, la diffusion, à l'échelle nationale, des résultats électoraux pour la région de l'Atlantique dont pourraient

³⁵⁰ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 2.

³⁵¹ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 14.

³⁵² L'opinion du juge Bastarache quant au lien rationnel a été entérinée par tous les autres juges, mêmes ceux de la minorité, qui ont convenu que la mesure passait avec succès l'étape du lien rationnel.

difficilement faire abstraction ceux qui ne veulent pas en prendre connaissance et qui entraînerait une atteinte beaucoup plus considérable au principe de l'égalité informationnelle.

Ces propos pourraient laisser croire que l'inefficacité des ordonnances de non-publication n'est pas suffisante pour que les articles 517 et 539 C.cr. échouent l'étape du lien rationnel. Nous croyons toutefois que la situation traitée dans le présent mémoire doit être distinguée de l'arrêt *Bryan*.

D'abord, dans cette affaire, l'analyse de la constitutionnalité a été axée sur la violation perpétrée par le défendeur *Bryan*. La Cour a malheureusement omis d'envisager l'efficacité de l'interdit sous l'angle des nouvelles technologies de l'information. Il y aurait pourtant eu matière à discussion puisqu'en France, lors de la dernière élection présidentielle, une interdiction de non-publication semblable à celle de l'arrêt *Bryan* a été un fiasco à cause du caractère transnational d'Internet.³⁵³

Bien sûr, il était question dans cette affaire de la violation d'une ordonnance de non-publication statutaire par un particulier utilisant Internet. Sauf que dans ce cas, il n'a pas été nécessaire d'aborder le difficile contrôle des informations publiées sur la Toile. La raison en est bien simple : le défendeur avait été facile à identifier et à arrêter. Il avait, avant même l'élection, annoncé publiquement ses intentions. Le commissaire aux élections fédérales l'avait dans sa mire, l'ayant même averti avant la soirée électorale de l'illégalité du geste qu'il s'apprêtait à poser.³⁵⁴

Sans savoir ce qui avait exactement été plaidé par les parties, on peut déceler dans les propos du juge Bastarache qu'on lui avait soumis la possibilité que des citoyens d'autres provinces téléphonent à des connaissances des

³⁵³ Évidemment, la disponibilité de résultats avant la fermeture des bureaux de vote n'avait rien à voir avec le décalage horaire. Les chiffres disponibles consistaient plutôt en des estimations effectuées à partir de sondages menés au sortir des urnes. Les Français, ne pouvant obtenir ces résultats à même leurs médias traditionnels, se sont tournés en masse vers les sites de nouvelles belges et suisses, qui ont diffusé les estimations avant la fermeture des bureaux de scrutin. Voir Tristan MALLE, « Publication des estimations les soirs d'élection: vers une remise à plat », *Agence France-Presse*, jeudi 19 avril 2007; Philippe RICHARD, « 17 h : la ruée des internautes sur les sites belges et suisses », *Ouest-France*, lundi 23 avril 2007, p. 4.

³⁵⁴ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 2.

Maritimes dans l'espoir de savoir qui y était en avance et, possiblement, d'orienter leur vote en conséquence. Le tout en l'espace des « deux ou trois heures »³⁵⁵ précédant la fermeture des urnes. Il est assez évident que le nombre de gens ayant la possibilité de se renseigner de la sorte est très limité. C'est probablement ce qui explique la relativement faible proportion de gens qui, selon le sondage Décima, tenterait de le faire.³⁵⁶ En revanche, les informations concernant un accusé auraient des jours, voire des mois pour circuler à l'intérieur d'un territoire beaucoup plus restreint, c'est-à-dire celui où on choisit les jurés. L'espace temporel est amplement suffisant pour que se développent rumeurs et cancans.

2.2.4.2. L'atteinte minimale

La conclusion selon laquelle les articles 517 et 539 *C.cr.* échoue la première étape du volet proportionnalité permettrait à elle seule de déclarer inconstitutionnels les deux articles. Dans une optique académique, toutefois, il vaut la peine de poursuivre l'analyse.

Le deuxième volet du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* est celui de l'atteinte minimale. Pour satisfaire à ce volet, « le moyen choisi doit être de nature à porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question »³⁵⁷. Il ne faudrait toutefois pas interpréter ce critère comme obligeant le législateur à adopter le régime « parfait », c'est-à-dire le moins attentatoire que les tribunaux pourraient imaginer. « Il suffit qu'il soit adéquatement et soigneusement adapté au contexte du droit qui est violé. »³⁵⁸

³⁵⁵ *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 51.

³⁵⁶ Il semble ici y avoir une importante différence entre les gens qui chercheraient à obtenir les résultats des Maritimes et ceux qui y parviendraient. Il est permis de douter que le quart de la population canadienne résidant à l'ouest des Maritimes connaisse quelqu'un dans les provinces de l'Atlantique susceptible de le renseigner.

³⁵⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 139. Voir aussi *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 352.

³⁵⁸ Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel, [1990] 1 R.C.S. 1123, 1138.

2.2.4.2.1. Le caractère temporaire des ordonnances

Ceux qui prétendent que les articles 517 et 539 *C.cr.* respectent l'exigence de l'atteinte minimale font inévitablement valoir le caractère temporaire des ordonnances de non-publication qui y sont prévues. Celles-ci prennent fin au moment où le prévenu est libéré à l'enquête préliminaire ou à la fin de son procès.

Avancer l'argument de la portée limitée dans le temps équivaut à mal connaître la dynamique des médias. Il convient ici de reprendre les mots de l'auteur David Lepofsky :

In any event, even a temporary news blackout, whose duration is unpredictable and could extend over months is fundamentally inconsistent with free speech and press. News is news precisely because of its immediacy. It is for the public and journalists, not legislators, prosecutors and judges to decide when information (especially truthful information regarding public events involving judicial institutions of government) is sufficient newsworthiness to warrant immediate publication.³⁵⁹

En fait, tout temporaire qu'il soit, un ordre de la cour différant la publication d'informations aura en quelque sorte un caractère permanent. En effet, à la fin du procès, les médias parleront de l'issue de celui-ci et ne reviendront pas, à moins de circonstances spéciales, sur ses étapes préliminaires. La chose est tout à fait normale, particulièrement en cette ère d'instantanéité accrue par l'existence d'Internet et des chaînes d'information continue. Il en résulte nécessairement que les médias passeront sous silence les débats de l'enquête sur mise en liberté provisoire ou de l'enquête préliminaire. Ainsi, par exemple, la remise en liberté discutable d'un suspect ne sera pas vraiment abordée. Plusieurs mois, voire des années plus tard, les journalistes seront passés à autre chose.

³⁵⁹ David LEPOFSKY, *Open Justice – The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 242.

Les interdits de publication ont également un effet pratique pernicieux, particulièrement quant à l'enquête préliminaire. En effet, pour des raisons d'allocation des ressources, les journalistes ne couvrent pratiquement jamais ces audiences. Il est donc clair qu'ils n'en feront pas état une fois l'ordonnance levée.³⁶⁰

Dans plusieurs décisions, l'effet temporaire d'une ordonnance de non-publication a été retenu pour justifier sa constitutionnalité.³⁶¹ Ces jugements sont toutefois antérieurs à l'arrêt *Dagenais*. Seule exception : l'affaire *Bryan*³⁶², qui ne portait pas du reste sur un interdit de publication de procédures judiciaires. Aussi convient-il, pour les raisons données à la section précédente, de distinguer cet arrêt des situations qui font l'objet du présent mémoire.

2.2.4.2.2. Les alternatives à l'ordonnance de non-publication

Les tribunaux ont assez souvent fait référence à des alternatives moins attentatoires à la liberté d'expression que les ordonnances totales de non-publication prévues aux articles 517 et 539 *C.cr.*³⁶³ Ces mesures ont été souventes fois énumérées : changement de venue, récusations motivées et directives fermes aux jurés avant qu'ils n'entreprennent leurs délibérations. Il est assez surprenant de voir que, si elles ont été invoquées à satiété comme option à préférer, ces mesures ne semblent jamais avoir fait l'objet d'une analyse détaillée. Dans l'affaire *White*³⁶⁴, qui portait pourtant précisément sur la question, le juge Brooker a nommé ces mesures sans en faire une analyse exhaustive. C'est ce que nous proposons dans les lignes qui suivent.

³⁶⁰ Voir *Factum of the applicant Canadian Broadcasting Corporation*, par. 18, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

³⁶¹ *R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110, par. 11 (N.B.Q.B); *Southam Inc. c. Canada (Procureure générale)*, [1992] J.Q. (Quicklaw) n° 1100 (C.S.) (Voir le sous-titre « E-Application des critères »; *Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066, par. 28 (C.A.O.).

³⁶² *R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 51.

³⁶³ Voir notamment *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 881; *R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par 96 (A.C.Q.B.).

³⁶⁴ *R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608 (A.C.Q.B.).

a) Les récusations motivées

Si l'on s'en tient au droit en vigueur, la jurisprudence canadienne quant aux récusations motivées milite en faveur d'une déclaration d'inconstitutionnalité des articles 517 et 539 *C.cr.* Ce type de récusation ne porte en effet pas atteinte à la liberté d'expression et, selon la jurisprudence actuelle, permet de respecter le droit à un procès équitable de l'accusé dans son volet impartialité, précisément celui que visent à protéger les interdits de publication.

Il existe au Canada une présomption selon laquelle un candidat-juré est apte à remplir ses fonctions sans biais ou partialité.³⁶⁵ Au-delà de cette présomption, un candidat-juré peut faire l'objet d'une récusation motivée si, entre autres motifs, « il n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé »³⁶⁶.

Le processus de récusation motivée comporte deux étapes. D'abord, la partie qui souhaite procéder à des récusations motivées doit établir qu'il existe une « possibilité réaliste de partialité ».³⁶⁷ Deux conditions doivent être réunies en vue de satisfaire le critère. Premièrement, il faut qu'il existe un préjugé « largement répandu au sein de la collectivité ». Ensuite, il est nécessaire de démontrer que « certains jurés pourraient être incapables – malgré les garanties assortissant le procès – de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale ».³⁶⁸ Ce dernier élément n'a toutefois pas besoin de faire l'objet d'une « preuve tangible ».³⁶⁹ Seul l'interrogatoire ultérieur des candidats-jurés, une fois la première étape franchie, pourra en fait permettre de faire une telle preuve de la capacité d'un candidat de laisser ses préjugés de côté.³⁷⁰

³⁶⁵ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 13.

³⁶⁶ Art. 638(1)b) *C.cr.*

³⁶⁷ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 32.

³⁶⁸ *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 32.

³⁶⁹ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 23.

³⁷⁰ BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité de preuve et de procédure pénales*, 13^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2006, par. 1782.

En se penchant sur la question de la publicité antérieure au procès, la juge L'Heureux-Dubé, au nom d'une Cour suprême unanime, est assez équivoque quant à la sévérité du standard à adopter :

L'établissement de principes directeurs rigides est évidemment impossible. Le juge Lawton, dans *R. v. Kray* (1969), 53 Cr. App. R. 412, établit, pour les cas de publicité antérieure au procès, une distinction *utile* entre la simple publication des faits d'une cause et les situations où les médias dénaturent la preuve, déterrent le passé de l'accusé, et diffusent largement des incidents tendant à le discréditer, ou se livrent à des conjectures quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. *Il se peut bien que la publicité antérieure au procès, ou tout autre motif de partialité qu'on a pu avancer, suffise en soi pour justifier une récusation motivée.* La question préliminaire n'est pas de savoir si le motif de partialité invoqué engendrera cette partialité chez un juré, mais bien de savoir s'il pourrait engendrer une partialité qui empêcherait un juré d'être impartial quant au résultat. En définitive, il doit exister une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la requête, à défaut de quoi on ne devrait pas permettre à l'auteur de la récusation d'aller de l'avant.³⁷¹ [italiques ajoutés]

La juge commence par affirmer qu'il existe une distinction « utile » entre la simple publication des faits d'une cause et le traitement médiatique dénaturant la preuve, dénigrant l'accusé et véhiculant des hypothèses sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Elle entend par là qu'il faut examiner le type de preuve avant de conclure à une « possibilité réaliste de partialité ». Puis, elle affirme qu'« il se peut bien que la publicité antérieure au procès [...] suffise en soi pour justifier une récusation motivée », laissant sous-entendre que n'importe quelle publicité pourrait suffire à franchir la première étape.

Quoi qu'il en soit, le traitement que la Cour réserve à l'affaire devant elle semble la faire opter pour une norme exigeante. Les juges ont en effet estimé que la défense n'avait pas satisfait au test compte tenu du « délai considérable » s'étant écoulé entre la publicité et le procès ainsi que de l'objet précis de la publicité. Les reportages semblaient en effet « avoir porté

³⁷¹ *R. c. Sherratt* [1991] 1 R.C.S. 509, 536.

davantage sur la recherche et la découverte subséquente de la dépouille de la victime, et sur la réputation de celle-ci, que sur l'accusé ou les procédures engagées ultérieurement contre lui »³⁷².

Si, contrairement à ce qui s'est produit dans cette affaire, le juge autorise les récusations motivées, le processus se transporte à la deuxième étape. Les candidats jurés pourront alors être interrogés en rapport avec le préjugé allégué. À partir de leurs réponses, deux vérificateurs³⁷³ détermineront s'ils sont aptes à agir comme jurés, c'est-à-dire s'ils seraient capables de laisser de côté tous les préjugés qu'ils peuvent avoir et d'agir impartialement.³⁷⁴ Dans la négative, les candidats seront récusés.

Compte tenu de l'état du droit criminel canadien, on devrait conclure que la procédure de récusations motivées suffit à exclure les candidats partiaux en raison de la publicité négative. Pourquoi alors interdire toute diffusion des renseignements divulgués à l'enquête sur cautionnement ou à l'enquête préliminaire? La cohérence du droit apparaît mise à mal par ces limites à la liberté d'expression, qui assurent une protection redondante.

Malheureusement, dans les faits, l'efficacité de tout le processus de récusations motivées apparaît contestable. D'abord, lorsqu'un juge permet de telles récusations, la procédure veut que les questions soient écrites à l'avance et approuvées par le juge. Elles sont généralement assez peu nombreuses et appellent une réponse par « oui » ou « non ». La Cour suprême a résumé la manière dont il faudrait procéder dans l'affaire *Williams* :

À l'étape de la récusation motivée elle-même, la procédure sera vraisemblablement aussi sommaire. Le juge du procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire de diriger ce processus afin d'empêcher qu'on en abuse, d'en assurer l'équité pour le candidat juré et pour l'accusé, et d'éviter que

³⁷² *R. c. Sherratt* [1991] 1 R.C.S. 509, 536-537.

³⁷³ Ces deux vérificateurs sont les deux derniers jurés assermentés. Au début du processus, lorsque aucun juré n'a été choisi, ce rôle est assumé par deux personnes présentes, en pratique des journalistes ou des membres du tableau des jurés qui ont été exemptés. Voir BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité de preuve et de procédure pénales*, 13^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2006, par. 1786.

³⁷⁴ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 33.

des récusations viennent prolonger inutilement le procès [...]. Lors du premier procès tenu dans la présente affaire, le juge Hutchison a limité le processus de récusation à deux questions, sous réserve de quelques questions accessoires rigoureusement contrôlées. C'est une pratique à imiter. La crainte que les procès ne soient plus longs et coûteux si le droit de récusation motivée est maintenu dans les cas où on établit l'existence de préjugés raciaux largement répandus est démentie par l'expérience ontarienne depuis l'arrêt *Parks* [...]. L'intervenante, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), nous a informés que, dans les affaires où la question se pose, on y consacre, en moyenne, de 35 à 45 minutes. Le procureur général de l'Ontario n'a pas contredit cette assertion et appuie la position de l'appelant.³⁷⁵

Dans l'affaire *Dhillon*, un accusé venant des Indes orientales était accusé d'avoir tué une jeune canadienne d'origine chinoise. L'avocat de la défense avait obtenu la permission de procéder à des récusations motivées compte tenu des préjugés raciaux répandus dans la communauté. Il souhaitait convaincre le juge de s'éloigner de la procédure habituelle. Plutôt que de poser quelques simples questions appelant une réponse par « oui » ou « non », le procureur souhaitait avoir recours à des questions « that were designed in a subtle way to ferret out from prospective jurors any racist and bigoted views improperly held »³⁷⁶. Il s'est exprimé ainsi devant le juge du procès :

I'd like to ask a prospective juror, of these classes of people, and list persons born in India, people born in East India and of brown skin colour, people of Japanese origin, people of Chinese origin, east European Caucasians, Scottish Caucasians, which among these people are most likely to commit a crime, and add to that list "none of them". I could ask that question. Which group of those people is likely to commit ICBC fraud? I'd like to be able to ask that same list of people, if you were Minister of Finance [Immigration?], which of those groups of people would you restrict in entry to Canada? Questions along that line, and I'd like to frame maybe up to as many as five or six questions like that that have some subtlety, and I invite my friend's assistance in

³⁷⁵ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 55.

³⁷⁶ *R. v. Dhillon*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 1946, par. 45 (C.A.C.-B.).

getting some subtlety to that, but I have applied my mind to that - that's two questions that I'd like to be able to ask. And I think that Dr. Basran can assist, at least on this issue, that to ask the bald questions asked in *Williams* would not very likely, in most cases, elicit an honest response and wouldn't get at the partiality.³⁷⁷

Le juge du procès a reconnu que les questions offraient peu de possibilités de coincer le candidat et lui laissaient le contrôle total de ses réponses.³⁷⁸ Le magistrat a quand même refusé de donner de la latitude au procureur, s'en tenant aux questions habituelles telles que formulées dans l'arrêt *Williams*. Adaptées à l'affaire, ces questions se lisaient comme suit :

Would your ability to judge the evidence in this case without bias, prejudice or partiality be effected (sic) by the fact that the person charged is an East Indian, or of Indo Canadian origin?

Would your ability to judge the evidence in this case without bias, prejudice or partiality be effected (sic) by the fact that the person charged is an East Indian, or of Indo Canadian origin, and the complainant is a 12 year old young woman, or girl, of Chinese Canadian origin?³⁷⁹

Il s'agit là de questions à l'image de toutes celles posées lors de récusations motivées. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé d'intervenir, compte tenu que le juge du procès avait suivi exactement la procédure prescrite dans l'arrêt *Williams*.³⁸⁰ Elle a également signalé que le Canada avait fait le choix de s'éloigner du modèle américain, qui permet une intrusion dans le style de vie, le passé et l'expérience des candidats jurés. Le tribunal a enfin souligné que les questions, ainsi posées, avaient pour but de rappeler aux jurés déjà sélectionnés l'importance de leur impartialité.³⁸¹

³⁷⁷ *R. v. Dhillon*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 1946, par. 46 (C.A.C.-B.).

³⁷⁸ *R. v. Dhillon*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 1946, par. 50 (C.A.C.-B.).

³⁷⁹ *R. v. Dhillon*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 1946, par. 47 (C.A.C.-B.).

³⁸⁰ *R. v. Dhillon*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 1946, par. 50 (C.A.C.-B.).

³⁸¹ *R. v. Dhillon*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 1946, par. 53 (C.A.C.-B.).

Il nous semble, pour reprendre les mots du juge Bastarache dans l'arrêt *Harper*, que « la logique et la raison, conjuguées à certains éléments preuve relevant des sciences sociales »³⁸² devraient nous amener à conclure à l'inefficacité du système de récusations motivées. Ayant elle-même entériné dans l'arrêt *Williams* la manière actuelle de procéder, la Cour suprême ne sera évidemment pas de notre avis...

La manière dont sont lues les questions, sans interaction, sans contre-interrogatoire véritable, risque de faire en sorte que celles-ci ne sont pas comprises de certains candidats, qui réussiraient tout de même à y répondre par un simple « oui » ou « non ».³⁸³ Pire encore, une littérature scientifique constante a montré que les candidats jurés ne se rendent pas compte de leurs biais ou, si tel est le cas, qu'ils cèdent à la pression sociale et, lorsque questionnés, indiquent qu'ils seraient capables de mettre de côté tout préjugé défavorable.³⁸⁴ Les auteurs Neil Vidmar et Julius Melnitzer ont qualifié ainsi la procédure canadienne de récusations motivées :

From the perspective of modern psychological assessment techniques, the challenge for cause process, as prescribed under *Hubbert*, is a rather rough and primitive instrument. It might be compared to a net that has a substantial number of holes in it. Yet, even with these holes, the net appears adequate to snare at least many of the persons who are not indifferent between the Queen and the accused.³⁸⁵

Compte tenu de la faiblesse du processus menant aux récusations motivées, nous ne pouvons suivre la doctrine de la Cour suprême pour conclure

³⁸² *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 79.

³⁸³ Voir Neil VIDMAR, « The Canadian Criminal Jury : Searching for a Middle Ground », (1999) 62 *Law and Contemporary Problems* 141, 162.

³⁸⁴ Stanley SUE, Ronald E. SMITH et Renee GILBERT, « Biasing Effect of Pretrial Publicity on Judicial Decisions », (1974) 2 *Journal of Criminal Justice* 163; Neil VIDMAR et Julius MELNITZER, « Juror Prejudice: an Empirical Study of a Challenge for Cause », (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal* 487; Norbert L. KERR, Geoffrey P. KRAMER, John S. CARROLL et James J. ALFINI, « On the Effectiveness of Voir Dire in Criminal Cases with Pretrial Publicity: An Empirical Study », (1991) 40 *American University Law Review* 665.

³⁸⁵ Neil VIDMAR et Julius MELNITZER, « Juror Prejudice: an Empirical Study of a Challenge for Cause », (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal* 487, 511.

qu'il s'agit là d'une alternative moins attentatoire que les ordonnances de non-publication pour assurer un procès juste et équitable.

b) Le changement de venue

Le sixième amendement de la Constitution américaine a constitutionnalisé le droit d'être jugé dans le district où la poursuite allègue que le crime a été commis.³⁸⁶ Au Canada, un tel droit constitutionnel n'existe pas. N'empêche, la common law³⁸⁷ prévoit que toute infraction doit être jugée dans la circonscription territoriale où elle a été commise.³⁸⁸ L'article 599(1) *C.cr.* édicte cependant qu'il est possible de tenir le procès dans un autre district judiciaire de la province lorsque « la chose paraît utile aux fins de la justice ». Cette relocalisation du procès est communément appelée « changement de venue ».

Les tribunaux ont répété à de nombreuses reprises que la publicité négative ne suffisait pas pour entraîner un changement de venue.³⁸⁹ Ce critère va de pair avec les principes notamment dégagés dans les arrêts *Corbett*³⁹⁰ et *Vermette*³⁹¹, selon lesquels les jurés ne sont pas faillibles au point de devenir partiaux à la moindre prise de connaissance d'informations préjudiciables

³⁸⁶ Le Sixième amendement de la Constitution des États-Unis se lit comme suit : « In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State *and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law*, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence. » [Italiques ajoutés]

³⁸⁷ Dès 1762, la Cour anglaise s'exprimait ainsi dans *R. v. Harris*, 97 E.R. 858, 860 (K.B.) : « There was no rule better established than "that all causes shall be tried in the county, and by the neighbourhood of the place, where the fact is committed." And therefore that rule ought never to be infringed, unless it plainly appears that a fair and impartial trial can not be had in that county. »

³⁸⁸ Outre le changement de venue, il existe certaines exceptions à ce principe. Voir à cet égard Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité de preuve et de procédure pénales*, 13^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2006, par. 406 et suivants.

³⁸⁹ XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

³⁹⁰ *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

³⁹¹ *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985.

envers l'accusé. Le critère pour accorder la mesure a été résumé dans l'arrêt *Bryant*, cité par la Cour suprême de Terre-Neuve dans l'arrêt *English* :

An examination of the jurisprudence shows that the case law as developed recognizes two criteria for a change of venue - first, where it is clearly made out that there is a full and reasonable probability of partiality or prejudice in the jurisdiction; secondly, that the place of trial ought not be altered unless the Court is satisfied that a full and impartial trial cannot be held in the particular county in which the venue has been properly laid [...].³⁹²

Cette affaire impliquait un membre de la congrégation des Frères des écoles chrétiennes faisant face à des accusations de nature sexuelle contre plusieurs résidants d'un orphelinat où il travaillait dans les années 70. Un détective avait mené une enquête à l'époque, mais ses supérieurs lui avaient demandé d'y mettre fin. Lors de l'interruption de l'enquête, les policiers avaient des motifs suffisants pour recommander que soient déposées des accusations contre certains religieux, incluant l'accusé English.³⁹³ En 1989, à la suite d'une émission de radio, l'enquête avait été rouverte. Parallèlement à la procédure, un juge à la retraite a été nommé pour mener une enquête publique sur la conduite de la police et des autorités dans les années 70.

Les plaignants dans le procès criminel d'English ont déposé à l'enquête, dont les travaux étaient retransmis en direct à la télévision, puis en reprise en soirée. Les témoignages ont fait l'objet d'une couverture médiatique intense. Deux livres ont aussi été publiés sur le sujet. L'un d'entre eux a été vendu à St. John's, le lieu du procès, et l'autre y a été interdit par voie d'injonction. De la même manière, une émission spéciale télévisée sur la question a vu sa diffusion retardée jusqu'à la fin du procès.³⁹⁴

³⁹² *R. v. Bryant*, [1980] O.J. (Quicklaw) n° 3914, par. 12 (O.H.C.J.), citée dans *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 75 (C.A.T.-N.), permission d'appel refusée à la Cour suprême à [1993] S.C.C.A. (Quicklaw) n° 465.

³⁹³ *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 15 (C.A.T.-N.).

³⁹⁴ *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 25 à 27 (C.A.T.-N.).

La demande de changement de venue a été faite en raison de la publicité ayant entouré l'affaire. Le juge de première instance a estimé qu'il existait une « possibilité réaliste de partialité » des candidats jurés. Il a toutefois refusé d'accorder le changement de venue. Le magistrat a justifié son refus par le fait que la population de St. John's était moins susceptible d'avoir été influencée par la population que les gens des autres districts où pourrait être déplacé le procès. En effet, l'agglomération comptait moins d'abonnés que les autres villes à la chaîne câblée ayant diffusé les audiences ainsi qu'au journal *Sunday Express*, qui avait substantiellement couvert les événements.³⁹⁵ Il a plutôt accordé à la défense le droit de procéder à des récusations motivées.³⁹⁶ La Cour d'appel n'a rien trouvé à redire à sa conclusion, d'autant plus, a-t-elle dit, qu'un jury impartial a finalement pu être formé.³⁹⁷ Elle a également rappelé que « there must be strong evidence of a general prejudicial attitude in the community as a whole to justify a change of venue »³⁹⁸.

Dans l'affaire *Munson*³⁹⁹, la Cour d'appel de la Saskatchewan, entérinant ce dernier critère, a refusé de revenir sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle la preuve d'une attitude préjudiciable répandue dans la communauté ne lui avait pas été faite. Elle a également rappelé que de toute façon, les récusations motivées étaient de nature à assurer à l'accusé un jury impartial.⁴⁰⁰ De nombreuses autres décisions ont refusé d'accorder un changement de venue sous prétexte que l'exclusion des candidats jurés biaisés était de nature à corriger toute situation préjudiciable potentielle.⁴⁰¹

³⁹⁵ *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 42 (C.A.T.-N.).

³⁹⁶ *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 41 à 43 (C.A.T.-N.). La Cour d'appel a jugé que bien que la décision de laisser la défense procéder à des récusations motivées était correcte, le juge appelé à statuer sur la requête en changement de venue n'avait pas juridiction pour rendre une telle décision. Il aurait dû laisser le juge du procès se prononcer sur la question : voir le paragraphe 77.

³⁹⁷ *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 76 (C.A.T.-N.).

³⁹⁸ *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 21 (C.A.T.-N.).

³⁹⁹ *R. c. Munson*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 161 (C.A.S.); en première instance : *R. c. Munson*, [2001] S.J. (Quicklaw) n° 593 (S.C.Q.B.).

⁴⁰⁰ *R. c. Munson*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 161, par 28 (C.A.S.).

⁴⁰¹ Voir notamment *R. v. Fitzgerald*, [1981] O.J. (Quicklaw) n° 823, par. 29 (O.S.C. – H.C.J.); *R. v. Gunning*, [2006] B.C.J. (Quicklaw) n° 2888, par. 25 (B.C.S.C.); *R. v. C.E.W.*, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 3502 (O.S.C.J.);

De telles décisions n'ont rien d'étonnant. En fait, les critères du changement de venue ressemblent fort à ceux des récusations motivées. L'affaire *Bryant* parle d'une « full and reasonable probability of partiality or prejudice »⁴⁰². La ressemblance avec la « possibilité réaliste de partialité »⁴⁰³ dont il est question dans le cas des récusations motivées est frappante. En plus, dit la Cour suprême, pour permettre que soient posées des questions en vue de récusations motivées, l'accusé doit établir un préjugé « largement répandu au sein de la collectivité ». Nulle part on ne précise ce qu'est la collectivité, mais on pourrait sans se tromper affirmer qu'il s'agit de la communauté où se tient le procès, précisément celle dont il faudrait établir la « general prejudicial attitude » pour obtenir le changement de venue.

La plupart du temps, ces critères exposés dans l'arrêt *Bryant* sont les seuls considérés lors d'une demande de changement de venue. La Cour d'appel du Québec a toutefois ajouté à la simple impartialité une exigence supplémentaire : l'équité du procès, dont la sérénité de l'atmosphère est une condition. Le juge Fish (alors à la Cour d'appel) a résumé ainsi la question :

Delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal, Goodman J.A. stated that the "fundamental consideration is whether a change of venue is necessary in order to ensure that an accused has a fair trial with an impartial jury" [...]. My emphasis. Noting that a change of venue was within the trial judge's discretion, the Court held that the trial judge had not erred in refusing to adjourn the trial or grant a change of venue on the facts of that case, "particularly so having regard to the fact that he acceded to the request of trial counsel for the appellant to question prospective jurors by way of challenge for cause without placing any restriction upon him as to the questions to be asked" [...].

With respect, I prefer the test formulated in *Collins* to the narrower one laid down by Aikins J. in *Beaudry*. It adds to the "impartial jury" standard the additional and broader concept of

⁴⁰² *R. v. Bryant*, [1980] O.J. (Quicklaw) n° 3914, par. 12 (O.H.C.J.), citée dans *R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252, par. 75 (C.A.T.-N.), permission d'appel refusée à la Cour suprême à [1993] S.C.C.A. (Quicklaw) n° 465.

⁴⁰³ *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 32.

a fair trial. In my view, a fair trial can be conducted only in a reasonably serene environment. Extensive prejudicial publicity shortly before the trial, pronounced hostility toward the accused, widespread sympathy for the victim, and a frightened or enraged community, surely create -- especially in a small judicial district -- the kind of emotionally-charged atmosphere in which the ends of justice may be best served by removal of the trial to another venue.⁴⁰⁴

Dans cette affaire, l'accusé avait étranglé un jeune homme de 11 ans dont il était entraîneur de hockey. Le procès s'était déroulé dans la petite municipalité de Contrecoeur et, lors de sa première apparition en Cour, le prévenu avait été copieusement injurié. Un journaliste affecté à la couverture des affaires judiciaires pendant près de 25 ans avait témoigné qu'il avait rarement eu connaissance d'une atmosphère aussi agressive entourant un procès.⁴⁰⁵

Qu'en est-il du changement de venue comme alternative aux ordonnances prévues aux articles 517 et 539 *C.cr.*? Cette mesure, non attentatoire à la liberté d'expression, permet-elle d'assurer un procès équitable à l'accusé au même titre que les interdits de publication?

En fait, compte tenu du système de récusation motivées actuellement inefficace pour enrayer l'impact possible de la publicité négative, le changement de venue pourrait au premier abord sembler une excellente solution. En relevant l'inefficacité d'autres mesures pour faire disparaître l'effet de la publicité négative, Nancy Mehrkens Steblay et ses collègues se sont exprimées ainsi :

Change of venue and foreign venue thus appear to be the most logical solutions given appropriate cases, as they are both designed to avoid the use of jurors who have been exposed to problematic levels of PTP [pre-trial publicity]. However, judges have been resistant to granting venue changes, no doubt due to the expense and inconvenience of

⁴⁰⁴ *R. c. Charest*, [1990] J.Q. (Quicklaw) n° 405 (C.A.Q.). Voir également *R. c. Proulx*, [1992] J.Q. (Quicklaw) n° 1400 (C.A.Q.).

⁴⁰⁵ *R. c. Charest*, [1990] J.Q. (Quicklaw) n° 405 (C.A.Q.). Voir les commentaires à la fin sous le sous-titre « Venue for new trial ».

moving a trial or importing jurors. These solutions may nonetheless be the best way to avoid PTP effects.⁴⁰⁶

Si elle est peut-être appropriée aux États-Unis, cette manière d'aborder le problème ignore la réalité québécoise, où les médias d'information, surtout les réseaux télévisés, centralisent beaucoup l'information. Ainsi, les nouvelles d'importance, celles qui risquent de marquer le candidat juré potentiel, sont souvent les mêmes sur tout le territoire québécois. Si le changement de venue peut être approprié dans certaines affaires régionales, force est de constater que son impact, de manière globale, est assez limité.⁴⁰⁷ Nous sommes donc d'avis que la plupart du temps, la mesure ne saurait constituer une alternative adéquate aux ordonnances de non-publication.

c) Les directives aux jurés

Les tribunaux canadiens vouent une grande confiance aux directives que donne le juge aux jurés. L'affaire *Corbett*⁴⁰⁸ l'illustre de manière éloquente. Dans cette affaire, un accusé de meurtre au premier degré souhaitait que la Couronne ne puisse l'interroger sur son casier judiciaire, particulièrement une condamnation pour « meurtre non qualifié »⁴⁰⁹. Il prétendait que le fait de permettre aux jurés de connaître ses condamnations antérieures serait si préjudiciable qu'il en résulterait une violation de son droit à un procès équitable. Le jury, disait-il en substance, serait incapable de considérer cet élément uniquement pour apprécier sa crédibilité. Il en tirerait nécessairement une

⁴⁰⁶ Nancy MEHRKENS STEBLAY, Jasmina BESIREVIC, Solomon M. FULERO et Bella JIMENEZ-LORENTE, « The Effects of Pretrial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 219, 230.

⁴⁰⁷ Voir à cet égard le témoignage du criminaliste Pierre Poupart dans l'affaire *Southam Inc. c. Canada (Procureure générale)*, [1992] J.Q. (Quicklaw) n° 1100 (C.S.), où la Cour supérieure s'était prononcée sur la constitutionnalité de l'article 542(2) C.cr. Voir aussi à titre d'exemple *R. v. Baker*, [1997] S.J. (Quicklaw) n° 97, par. 29 (S.C.Q.B.), où le tribunal avait rejeté une demande de changement de venue, estimant que comme l'information avait été diffusée dans toute la Saskatchewan, la mesure n'aurait pas les effets escomptés.

⁴⁰⁸ *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

⁴⁰⁹ Il s'agissait là du vocable utilisé en 1971 pour décrire l'infraction dont il avait été accusé. Voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 681.

conclusion qu'il avait une propension à commettre le crime, ce qui est illégal. La Cour suprême n'a pas vu les choses de cet œil :

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi.⁴¹⁰

Si la Cour suprême est d'avis que les jurés sont en mesure de respecter les directives du juge sur une question aussi sensible, il est difficile d'envisager qu'elle pourrait mettre en doute leur capacité de faire abstraction de la publicité négative. Pourtant, une fois de plus, la littérature scientifique semble être d'un avis contraire.⁴¹¹ Des chercheurs s'étant directement penchés sur la question ont estimé que non seulement les directives ne faisaient pas disparaître les impressions créées par la publicité négative, mais elles accentuaient l'impact de la publicité factuelle.⁴¹²

Dans les études psychologiques, la publicité factuelle est distinguée de la publicité émotionnelle.⁴¹³ La première est constituée d'informations purement factuelles qui seraient généralement cachées au jury, comme une déclaration inadmissible ou les antécédents judiciaires d'un accusé ne témoignant pas. Ce

⁴¹⁰ *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 692.

⁴¹¹ Voir Christina A. STUDEBAKER et Steven D. PENROD, « Pretrial Publicity: The Media, the Law and Common Sense », (1997) 3 *Psychology, Public Policy and Law*, 428, 446: « [P]eople find it very difficult to actively suppress a thought upon instruction, particularly when that thought is vivid or emotionally arousing. Indeed, the harder people try to control a thought, the less likely they are to succeed. »

⁴¹² Geoffrey P. KRAMER, Norbert L. KERR et John S. CARROLL, « Pretrial Publicity, Judicial Remedies, and Jury Bias », (1990) 14 *Law and Human Behavior* 409, 430.

⁴¹³ Pour une description de la distinction, voir James R. P. OLGOFF et Neil VIDMAR, « The Impact of Pretrial Publicity on Jurors – A Study to Compare the Relative Effects of Television and Print Media in a Child Sex Abuse Case », (1994) 18 *Law and Human Behavior* 507, 508.

type de publicité peut aussi être lié à de fausses informations ayant circulé, par exemple des rumeurs non fondées.

Quant à la publicité émotionnelle, elle n'a pas à proprement parler de valeur incriminante, mais engendre des émotions négatives chez les jurés. Les détails des blessures graves dont aurait souffert une victime entrent dans cette catégorie. Ils ne relient pas l'accusé au crime, mais suscitent le dégoût.

L'accentuation de la publicité factuelle peut être supportée par une certaine logique bien résumée par cette remarque d'un juge américain : « When one is told : "Don't think about elephants," the immediate image in mind is an elephant. So goes the effectiveness of instructions to disregard. »⁴¹⁴ Bien que le système canadien repose en grande partie sur la prémisse que les jurés seront à même de ne prendre en considération que la preuve qui leur est présentée, il nous est difficile d'en arriver à la même conclusion.

2.2.2.3. La proportionnalité globale

La dernière étape du test de proportionnalité de l'arrêt Oakes consiste à se demander si les effets préjudiciables de la mesure sont proportionnels à ses effets bénéfiques. Compte tenu de notre conclusion que les articles 517 et 539 C.cr. ne satisfont pas à l'étape du lien rationnel, notre analyse n'aurait pas besoin d'aborder cette question. Mais, pour des motifs théoriques, nous analyserons brièvement la question.

Les effets préjudiciables de la mesure sont considérables. Les interdits de publication font en effet naître la rumeur, empêchent les membres du public de suivre les travaux des tribunaux et, en conséquence, minent leur confiance envers l'appareil judiciaire. Il vaut de reprendre les mots de Jeremy Bentham, qui sont devenus paroles d'évangile dans les juridictions de common law :

In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate.

⁴¹⁴ *U.S. v. Davis*, 904 F.Supp. 564, 569 (E.D.La. 1995).

Where there is no publicity there is no justice.' 'Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial.'⁴¹⁵

Il est par ailleurs assez ironique de constater que lors de l'enquête sur mise en liberté provisoire, qui peut sans justification être frappée d'une ordonnance de non-publication à la demande de la défense, trois facteurs doivent être pris en compte pour décider de remettre ou non le prévenu en liberté. L'article 515(10) C.cr. se lit comme suit :

(10) Pour l'application du présent article, la détention d'un prévenu sous garde n'est justifiée que dans l'un des cas suivants :

a) sa détention est nécessaire pour assurer sa présence au tribunal afin qu'il soit traité selon la loi;

b) sa détention est nécessaire pour la protection ou la sécurité du public, notamment celle des victimes et des témoins de l'infraction, eu égard aux circonstances, y compris toute probabilité marquée que le prévenu, s'il est mis en liberté, commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice;

c) sa détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, notamment les suivantes :

(i) le fait que l'accusation paraît fondée,

(ii) la gravité de l'infraction,

(iii) les circonstances entourant sa perpétration, y compris l'usage d'une arme à feu,

(iv) le fait que le prévenu encourt, en cas de condamnation, une longue peine d'emprisonnement ou, s'agissant d'une infraction mettant en jeu une arme à feu, une peine minimale d'emprisonnement d'au moins trois ans.

⁴¹⁵ Jeremy BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*, vol I, Londres, Hunt and Clarke, 1827, 541-542, cité dans *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417-437.

Le troisième facteur, prévu à l'alinéa 515(10)c), fait directement référence à la confiance du public envers l'administration de la justice. La Cour suprême a précisé que « le juge peut refuser d'accorder la mise en liberté sous caution uniquement s'il est persuadé, à la lumière de ces facteurs et des circonstances connexes, qu'un membre raisonnable de la collectivité serait convaincu que ce refus est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public dans l'administration de la justice ». ⁴¹⁶ D'un côté, on prend comme référence l'opinion d'un membre du public, alors que de l'autre, on empêche ce même public de se former une opinion.

Quant aux effets bénéfiques des ordonnances, ils ne se feraient vraiment sentir que pour les crimes les plus importants et les plus médiatisés, puisque c'est de ces événements que se souvient le public. Cependant, compte tenu de la démonstration que nous avons faite antérieurement quant à l'inefficacité de ces mesures, ces effets bénéfiques sont plutôt limités. À l'instar du juge Brooker dans l'affaire *White* ⁴¹⁷, nous concluons qu'ils ne sont assurément pas proportionnels aux effets préjudiciables.

⁴¹⁶ *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 41.

⁴¹⁷ *R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 98-102 (A.C.Q.B.).

CONCLUSION

Devant ce constat d'inconstitutionnalité que nous avons tracé, une réforme s'impose pour protéger le droit à un procès équitable, tout aussi important que la liberté d'expression. Un nombre important d'études scientifiques tendent à prouver que la publicité préjudiciable à l'accusé affecte négativement le verdict que peuvent rendre les jurés. Il serait à souhaiter que la Cour suprême prenne acte de tels travaux et qu'elle ne soit pas réticente, à l'instar des tribunaux américains⁴¹⁸, à baser ses conclusions sur l'abondante littérature psychologique existante. Mais il appartient surtout au législateur d'envisager sérieusement une manière de limiter au maximum l'impact de la publicité antérieure au procès.

Contrôler l'information relève de plus en plus de l'utopie. Dans l'affaire *White*, le juge Brooker avait estimé que le caractère obligatoire de l'ordonnance demandée par la défense lors de l'enquête sur mise en liberté provisoire était trop large. Sa solution consistait notamment à rendre cette mesure discrétionnaire même lorsqu'elle était demandée par l'accusé.⁴¹⁹ En d'autres mots, si sa décision était confirmée par la Cour d'appel, le test de *Dagenais* s'appliquerait chaque fois qu'une ordonnance serait demandée.

Vu nos conclusions sur l'efficacité des ordonnances, il est clair que nous sommes en désaccord avec ce compromis. Celui-ci présente d'ailleurs d'autres problèmes pratiques importants. La partie qui demande une ordonnance de non-publication devrait-elle annoncer à l'avance son intention pour permettre aux médias de contester la demande ? Combien de temps à l'avance devrait-on avertir les médias ? Comment concilier la préparation d'une audience selon le modèle de *Dagenais* et les courts délais dans lesquels doivent se tenir les enquêtes sur mise en liberté provisoire ?

⁴¹⁸ Voir Brian H. BORNSTEIN et Sean G. MCCABE, « Jurors of the Absurd? The Role of Consequentiality in Jury Simulation Research », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 443, 448.

⁴¹⁹ *R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608, par. 113 (A.C.Q.B.). Le juge avait toutefois suspendu la déclaration d'inconstitutionnalité pour un an, laissant le temps au législateur de façonner sa propre solution.

Il nous apparaît que les ordonnances de non-publication représentent une solution qui n'est pas adaptée à la réalité actuelle. La vraie réforme devrait plutôt passer par un filtre plus important des candidats jurés. La procédure de récusations motivées devrait être revue. Il faudrait d'abord permettre systématiquement les récusations motivées quant à la publicité négative.

La forme de ces récusations devrait également être revue. Les questions écrites d'avance et lues aux candidats jurés n'aboutissent à rien. Elles exigent que les vérificateurs, chargés de juger de leur impartialité, prennent au mot leurs réponses par « oui » ou « non ».

Il serait opportun de laisser une latitude à l'avocat questionnant le juré potentiel, tout comme on laisse s'exécuter un procureur en contre-interrogatoire. Les cours ont souventes fois exprimé la crainte que l'entreprise ne se rapproche du *voir dire* américain, où les intrusions dans la vie privée sont permises. Il semble qu'il y aurait possibilité, sans enquêter sur les candidats jurés, de leur poser des questions de base sur leurs habitudes de lecture des journaux ou d'écoute des nouvelles et, bien sûr, sur la publicité qui a entouré l'affaire qu'ils pourraient être appelés à juger.

Cela impliquerait certains aménagements. Par exemple, si l'on souhaite poser des questions sur la publicité négative, il faudrait faire sortir les autres jurés – potentiels ou déjà sélectionnés – au moment du contre-interrogatoire. Il serait alors nécessaire d'éliminer le système de vérificateurs et de s'en remettre à l'opinion du juge.

Non seulement une telle réforme conférerait-elle une efficacité accrue aux récusations motivées, mais elle donnerait un nouveau souffle aux récusations péremptoires, actuellement dépourvues de tout fondement. L'utilité d'un tel outil a été expliquée par la Cour d'appel de l'Ontario :

The justification for allowing peremptory challenges is that they foster confidence in the jury trial process. An accused may have a "hunch" about a prospective juror that cannot be

proved. A lingering doubt about the juror's partiality would taint the perception of a fair trial.⁴²⁰

Ces récusations sont actuellement effectuées au hasard, sur la base de considérations aussi superficielles que l'aspect physique. Elles ne mènent à rien. Si les candidats jurés étaient questionnés un peu plus à l'étape des récusations motivées, tant la Couronne que le prévenu seraient mieux outillés pour exercer leurs récusations péremptoires. Ainsi, l'accusé pourrait avoir davantage confiance dans le système qui le juge. Il en serait de même du public qui, en l'absence de restrictions à la presse, serait vraiment à même de juger l'appareil judiciaire à toutes ses étapes.

⁴²⁰ *R. c. Gayle*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 1559, par. 59 (C.A.O.).

SOURCES DOCUMENTAIRES

Législation

Code criminel, L.R., 1985, ch. C-46.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), App.III.

Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal, S.C. 1968-1969, c. 38.

Loi de 1975 modifiant le Code criminel, L.C. 1974-75-76, c. 93.

Loi modifiant les dispositions du Code criminel relatives à la mise en liberté des prévenus avant le procès ou pendant l'appel, S.R.C., 1970, c. 2 (2^e suppl.).

Loi sur la presse, L.R.Q c. P-19.

Loi sur la preuve au Canada, L.R., 1985, ch. C-5.

Loi sur les jurés, L.R.Q., chapitre J-2.

Jurisprudence

(Les affaires dont l'intitulé commence par R. (La Reine) sont classées en fonction du nom de l'autre partie)

Américaine

Gannett Co. Inc. v. DePasquale et al., (1979) 99 S.Ct. 2898 (U.S.S.C.).

Nebraska Press Association et al. v. Stuart et al., (1976) S.Ct. 2791 (U.S.S.C.).

U.S. v. Davis, 904 F.Supp. 564 (E.D.La. 1995).

Anglaise

R. v. Harris, 97 E.R. 858, 860 (K.B.)

Scott v. Scott, [1913] A.C. 417.

Canadienne

R. v. Baker, [1997] S.J. (Quicklaw) n° 97 (S.C.Q.B.).

R. c. Banville, [1982] N.B.J. (Quicklaw) n° 246 (N.B.P.C.).

- R. c. Banville*, [1983] N.B.J. (Quicklaw) n° 110 (N.B.Q.B).
- R. v. Bernardo*, [1993] O.J. (Quicklaw) n° 2047 (O.C.J.).
- R. c. Begley*, [1982] O.J. (Quicklaw) n° 3455 (O.H.C.J.).
- R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.
- R. c. Bryan*, [2007] 1 R.C.S. 527.
- R. v. Bryant*, [1980] O.J. (Quicklaw) n° 3914 (O.H.C.J.).
- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (decision orale).
- Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122.
- R. v. Carson* [1994] N.B.J. (Quicklaw) n° 226 (C.A.N.-B.).
- R. v. C.E.W.*, [2003] O.J. (Quicklaw) n° 3502 (O.S.C.J.).
- R. c. Charest*, [1990] J.Q. (Quicklaw) n° 405 (C.A.Q.).
- R. v. CJCD Radio Ltd.*, [1986] N.W.T.J. (Quicklaw) n° 93 (T.C.N.T.).
- R. c. Clement*, [1981] 2 R.C.S. 468.
- R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.
- Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.
- R. c. Daly*, [2005] B.C.J. (Quicklaw) n° 1697 (C.A.C.-B.).
- R. c. Daly*, [2003] B.C.J. (Quicklaw) n° 1742 (B.C.S.C.).
- David Polowin Real Estate Ltd. v. The Dominion of Canada General Insurance Co.*, [2005] O.J. n° 2436 (C.A.O.).
- R. v. Dawson*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 652 (B.C.S.C.).

- R. v. D.(G.)*, [1991] O.J. (Quicklaw) n° 335 (C.A.O.).
- R. v. Dhillon*, [2001] B.C.J. (Quicklaw) n° 1946 (C.A.C.-B.).
- R. v. Dimmock*, [1999] N.B.J. (Quicklaw) n° 184 (N.B.Q.B.).
- R. v. Domm*, [1996] O.J. (Quicklaw), n° 4300 (C.A.O.).
- Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.
- R. c. Edward Books*, [1986] 2 R.C.S. 713.
- R. v. English*, [1993] N.J. (Quicklaw) n° 252 (C.A.T.-N.), permission d'appel refusée à la Cour suprême à [1993] S.C.C.A. (Quicklaw) n° 465.
- États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.
- R. v. Fatima and Khan*, O.S.C.J., 2002, j. Watt (décision inédite).
- R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863.
- R. v. Fitzgerald*, [1981] O.J. (Quicklaw) n° 823 (O.S.C. – H.C.J.).
- Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.
- R. c. Forget* (1982) 65 C.C.C. (2d) 373 (C.A.O.).
- R. c. Gayle*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 1559 (C.A.O.).
- Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 3043 (O.H.C.J.).
- Re : Global Communications Ltd and Attorney-General of Canada*, [1984] O.J. (Quicklaw) n° 3066 (C.A.O.).
- R. c. Gonzague* [1983] O.J. (Quicklaw) n° 53 (C.A.O.).
- R. v. Greco*, [2001] O.J. (Quicklaw) n° 4147 (C.A.O.), permission d'en appeler refusée par la Cour suprême à [2001] S.C.C.A. (Quicklaw) n° 656.
- R. c. Guité*, [2005] Q.J. (Quicklaw) n°. 7847 (C.S.).
- R. v. Gunning*, [2006] B.C.J. (Quicklaw) n° 2888 (B.C.S.C.).

- R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309.
- Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827.
- R. c. Harrison*, [1984] C.S.P. 1158.
- R. c. Hynes*, [2001] 3 R.C.S. 623.
- Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur general)*, [1989] 1 R.C.S. 927.
- R. c. Kearney*, [1992] 3 R.C.S. 807.
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.
- R. v. Kenny*, [1996] N.J. (Quicklaw) n° 180 (C.S.T.-N. – C.A.).
- R. c. Lafleur*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 16278 (C.S.).
- R. c. Lafleur*, [2007] J.Q. (Quicklaw) n° 15629 (C.S.).
- R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178.
- Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569.
- R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.
- R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.
- R. c. Munson*, [2001] S.J. (Quicklaw) n° 593 (S.C.Q.B.).
- R. c. Munson*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 161 (C.A.S.).
- R. v. Murray*, [2000] O.J. (Quicklaw) n° 2182 (O.S.C.J.)
- R. c. Nelles*, notes sténographiques de l'enquête préliminaire, vol. 21, p. 66, 19 février 1982, juge Vanek, O.P.C.
- Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175.
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- R. c. Ouellette*, [1997] J.Q. (Quicklaw) n° 4076 (C.S.).
- R. c. Parasiris*, C.S. Longueuil, n° 505-01-068171-079, 20 avril 2007, j. Boilard.

- Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] C.S.C. 43.
- R. v. Pickton*, [2002] B.C.J. (Quicklaw) N° 2830 (B.C.P.C.).
- R. c. Progrès du Saguenay Ltée; R. c. Roy*, R.J.P.Q. 83-136 (C.S.).
- R. c. Proulx*, [1992] J.Q. (Quicklaw) n° 1400 (C.A.Q.).
- Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123.
- R. v. Romagnulo*, Ont. Gen. Div., 27 janvier 1999, j. Weekes.
- R. c. Russell*, [2001] 2 R.C.S. 804.
- R. c. Sazant*, [2004] 3 R.C.S. 635.
- R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.
- R. c. Sherratt* [1991] 1 R.C.S. 509.
- R. c. Skogman*, [1984] 2 R.C.S. 93.
- Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421.
- Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.
- RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.
- Southam inc. c. Brassard*, [1987] R.J.Q. 1841 (C.S.).
- Southam Inc. and The Queen (No. 1)*, [1983] O.J. (Quicklaw) n° 2962 (C.A.O.).
- Southam Inc. c. Canada (Procureure générale)*, [1992] J.Q. (Quicklaw) n° 1100 (C.S.).
- R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458.
- Steiner c. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14 (O.H.C.J.).
- R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153.

- R.v. The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 3 (S.C.Q.B.).
- R. v. The Star Phoenix*, [2003] S.J. (Quicklaw) n° 727 (C.A.S.).
- Re Regina v. Thibodeau; In re Saint Johan Telegraph-Journal et al.*, [1956] N.B.J. (Quicklaw) n° 8 (N.B.S.C. – Q.B.D.).
- Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.
- Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2006] O.J. (Quicklaw) n° 3062 (O.C.J.).
- Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] O.J. (Quicklaw) n° 752 (O.S.C.J.).
- Toronto Star Newspapers Ltd c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188.
- United States of America v. Gillingham*, [2004] B.C.J. (Quicklaw) n° 822 (C.A.C.-B.).
- United States of America v. LeGros (re: Canadian Broadcasting Corporation)* [1992] N.S.J. (Quicklaw) n° 471 (N.S.S.C.A.D.).
- Re : Vancouver Sun*, [2004] 2 R.C.S. 332.
- R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985.
- R. v. White*, [2006] A.J. (Quicklaw) n° 179 (C.A.A.).
- R. c. White*, [2007] A.J. (Quicklaw) n° 608 (A.C.Q.B.).
- R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128.
- R. c. Williams*, [2003] 2 R.C.S. 134.
- R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

Doctrine

Monographies

- BÉLIVEAU, P. et M. VAUCLAIR, *Traité de preuve et de procédure pénales*, 13^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2006.

- Jeremy BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*, vol I, Londres, Hunt and Clarke, 1827.
- HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada*, Student Edition, Scarborough, Thomson Carswell, 2007.
- LEPOFSKY, D., *Open Justice – The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*, Toronto, Butterworths, 1985.
- MARTIN, R., *Media Law*, 2nd edition, Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2003.
- MORISSETTE, R., *La presse et les tribunaux – un mariage de raison*, 2^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.
- OUELLETTE, F., *L'accès des caméras de télévision aux audiences des tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1997.

Articles

- ALLEN J.P., et T. ALLEN, « Publication Restrictions and Criminal Proceedings », (1994) 36 *Crim Law Q* 168.
- BELLAVANCE, J.-D., « Gestion scandaleuse des commandites, dénonce la vérificatrice générale », *La Presse*, mercredi 11 février 2004, p.A1.
- BELLEROSE, P., « ABC : Une bonne année pour The Gazette », *Infopresse*, mardi 29 avril 2008, disponible au <http://www2.infopresse.com/blogs/actualites/archive/2008/04/29/article-26753.aspx>.
- BENESSAIEH, K., « Le "spectacle" donné à l'abri des projecteurs », *La Presse*, mercredi 30 mars 2005, p. A1.
- BENESSAIEH, K., « Jean Brault s'effondre en plein témoignage », *La Presse*, vendredi 1^{er} avril 2005, p. A1.
- BENESSAIEH, K., « Citoyens à l'affût », *La Presse*, samedi 2 avril 2005, p. A41.
- BENESSAIEH, K., « Le PLC tente de sauver les meubles », *La Presse*, mardi 5 avril 2005, p. A2

- BENESSAIEH, K., « Les spectateurs commencent à affluer », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A4.
- BERGERON, M., « La machine à rumeurs va bon train », *La Presse*, jeudi 1^{er} avril 2004, p. Actuel 1.
- BÉRUBÉ, N., « Le "virus" des commandites se répand sur le Web », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A3
- BORNSTEIN, B. H., « The Ecological Validity of Jury Simulations : Is The Jury Still Out? », (1999) *23 Law and Human Behavior* 75.
- BOILEAU, J., « Trop parler », *Le Devoir*, mercredi 30 mars 2005, p. A6.
- BOISVERT, Y., « Vous le saurez quand on vous le dira », *La Presse*, mercredi 30 mars 2005, p. A3.
- BOISVERT, Y., « Le problème, c'est l'ordonnance, pas Internet », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A3.
- BORNSTEIN, B.H. et S. G. MCCABE, « Jurors of the Absurd? The Role of Consequentiality in Jury Simulation Research », (2005) *32 Florida State University Law Review* 443.
- BULL KOVERA, M., « The Effects of General Pretrial Publicity on Juror Decisions: An Examination of Moderators and Mediating Mechanisms », (2002) *26 Law and Human Behavior* 43.
- DAMAŠKA, M., « Free Proof and Its Detractors », (1995) *43 The American Journal of Comparative Law* 343
- DEVINE, D. J., « Jury Decision Making : 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups », (2001) *7 Psychology, Public Policy and Law* 622.
- FARNSWORTH, C. H., « Murder Trial in Canada stirs Press Freedom Fight », *The New York Times*, vendredi 10 décembre 1993, section A, page 3.
- FOTHERINGHAM, A., « Judge's brownout won't work », *The Daily News*, mardi 13 juillet 1993, p. 14.
- FREEDMAN, J. L., et T. M. BURKE, « The Effect of Pretrial Publicity: The Bernardo Case », (1996) *38 Canadian Journal of Criminology* 253.

- FREEDMAN, J. L., C. K. MARTIN, et V. L. MOTA, « Pretrial publicity: Effects of Admonition and Expressing Pretrial Opinions », (1998) 3 *Legal and Criminological Psychology* 255
- GIROUX, R., « Jean Brault craque », *Le Soleil*, vendredi 1^{er} avril 2005, p. A9
- GORMAN, W., « D.P.P. v. Charles J. Haughey : A Canadian Perspective on Stays of Proceedings and Pre-Trial Publicity », (2000) 44 *Criminal Law Quarterly* 149.
- HENRY, D., « Free Expression and Publication Bans : Towards a More Open Criminal Justice System », (2006) 19 *Nat'l J. Const. L.* 337.
- JURY, P., « Blogue, Internet et les procès », *Le Droit*, mercredi 6 avril 2005, p. 26.
- KERR, N. L., G. P. KRAMER, J. S. CARROLL et J. J. ALFINI, « On the Effectiveness of Voir Dire in Criminal Cases with Pretrial Publicity: An Empirical Study », (1991) 40 *American University Law Review* 665.
- KRAMER, G. P., N. L. KERR et J. S. CARROLL, « Pretrial Publicity, Judicial Remedies, and Jury Bias », (1990) 14 *Law and Human Behavior* 409.
- KÜHBERGER, A. et al., « Framing Decisions : Hypothetical and Real », (2002) 89 *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1162
- « Les larmes d'un publicitaire », *Le Devoir*, vendredi 1^{er} avril 2005, p. A2.
- MACCOUN, R. J., « Comparing Legal Factfinders : Real and Mock, Amateur and Professional », (2005) 32 *Florida State University Law Review* 511.
- MALLE, T., « Publication des estimations les soirs d'élection: vers une remise à plat », *Agence France-Presse*, jeudi 19 avril 2007
- MARISSAL, V., « Un système pourri jusqu'à la moelle », *La Presse*, mardi 5 avril 2005, p. A5.
- MEHRKENS STEBLAY, Nancy, J. BESIREVIC, S. M. FULERO et B. JIMENEZ-LORENTE, « The Effects of Pretrial Publicity on Juror Verdicts: A Meta-Analytic Review », (1999) 23 *Law and Human Behavior* 219.
- MYLES, B., « Gomery tire le rideau », *Le Devoir*, mercredi 30 mars 2005, p. A1.

- OLGOFF, J. R. P., et N. VIDMAR, « The Impact of Pretrial Publicity on Jurors – A Study to Compare the Relative Effects of Television and Print Media in a Child Sex Abuse Case », (1994) 18 *Law and Human Behavior* 507.
- OTTO, A.L., S. D. PENROD et H. R. DEXTER, « The Biasing Impact of Pretrial Publicity on Juror Judgements » (1994) 18 *Law and Human Behavior* 453.
- PARENT, R., « Trois accusé craignent que la commission Gomery nuise à leur procès imminent », *La Presse Canadienne*, lundi 21 mars 2005.
- PINARD, D. « Charter and Context : The Facts for which we Need Evidence and the Mysterious Other Ones », (2001) 14 S.C.L.R. (2d) 163.
- PRESSE CANADIENNE, « Guy Cloutier : TQS plaide coupable et la direction de l'information est disculpée », vendredi 10 septembre 2004.
- PRESSE CANADIENNE, « La date du second procès de Robert Pickton ne sera fixé [sic.] qu'après l'appel », lundi 7 avril 2008.
- PRESSE CANADIENNE, « Un ex-policier arrêté », *Le Soleil*, dimanche 21 novembre 1993, p. B8.
- RAYNER, J., « Karla Homolka Was A Sweet Young Girl... », *Mail on Sunday*, 30 avril 1995, p. 39.
- RICHARD, P., « 17 h : la ruée des internautes sur les sites belges et suisses », *Ouest-France*, lundi 23 avril 2007, p. 4.
- RIEHLE, A., « Canada's "Barbie and Ken" Murder Case : The Death Knell of Publication Bans? », (1996) 7 *Indiana International and Comparative Law Review* 193.
- SALVET, J.M., « Prévenance extrême », *Le Soleil*, mercredi 30 mars 2005, p. A16.
- SPIGELMAN, J.J., « The Principle of Open Justice: A Comparative Perspective », (2006) 29(2) *UNSW Law Journal* 147, 163.
- STUDEBAKER, C.A. et S. D. PENROD, « Pretrial Publicity: The Media, the Law and Common Sense », (1997) 3 *Psychology, Public Policy and Law*, 428.

- SUE, S., R. E. SMITH et R. GILBERT, « Biasing Effect of Pretrial Publicity on Judicial Decisions », (1974) 2 *Journal of Criminal Justice* 163.
- TOUPIN, G., « Chuck Guité témoignera sur la place publique », *La Presse*, vendredi 29 octobre 2004, p.A8.
- TOUPIN, G., et J.-D. BELLAVANCE, « Panique au Parti libéral », *La Presse*, mardi 5 avril 2005, p. A1.
- TOUPIN, G., et J.-D. BELLAVANCE, « La tourmente gagne Québec... et perdure à Ottawa », *La Presse*, mercredi 6 avril 2005, p. A1.
- TRUDEL, J., « Au blogue, citoyens! », *L'actualité*, vol. 30, n °19, le 1^{er} décembre 2005, p. 35.
- TRUDEL, P., « Liberté de presse ou procès public et équitable ? – À la recherche du fondement au droit d'accéder aux audiences et de diffuser des informations judiciaires », (1989) 49 *Revue du Barreau* 251.
- VIDMAR, N., « The Canadian Criminal Jury : Searching for a Middle Ground », (1999) *Law and Contemporary Problems* 141.
- VIDMAR, N. et J. MELNITZER, « Juror Prejudice: an Empirical Study of a Challenge for Cause », (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal* 487.
- WOAN, S., « The Blogosphere : Past, Present, and Future. Preserving the Unfettered Development of Alternative Journalism », (2008) 44 *California Western Law Review*, 477.

Autres documents

- Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 1^{ère} session, 28^e législature, volume V, p. 4717, 23 janvier 1969.
- Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 3^e session, 28^e législature, volume III, p. 2613, 21 janvier 1971.
- Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 3^e session, 28^e législature, volume III, p. 3113 à 3133, 5 février 1971.
- Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, 3^e session, 28^e législature, volume V, p. 4489 à 4496, 22 mars 1971.

« Enquête canadienne sur l'utilisation d'Internet », Statistique Canada, Communiqué de presse daté du 12 juin 2008, disponible à <http://www.statcan.ca/Daily/Francais/080612/q080612b.htm>.

Factum of the Applicant Canadian Broadcasting Corporation, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

Factum of the Respondant Her Majesty the Queen, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

Notes sténographiques de l'enquête préliminaire du 27 août 2007, déposées en preuve dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (décision orale).

Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des question éthiques, 3^e session, 28^e législature, fascicule no 8, p. 8:13, 23 février 1971.

Reply factum of the applicant Canadian Broadcasting Corporation, déposé dans *Canadian Broadcasting Corporation v. Her Majesty the Queen and Shawn Brant*, O.S.C.J. Napanee, n° 2008-153-0000, 18 juillet 2008, j. Maranger (decision orale).