

**Named Person and Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State** *Appellants*

v.

**The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Canadian Broadcasting Corporation, CKNW, Citytv and CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario and Law Society of British Columbia** *Interveners*

**INDEXED: NAMED PERSON v. VANCOUVER SUN**

**Neutral citation: 2007 SCC 43.**

File No.: 30963.

2007: April 24; 2007: October 11.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

*Courts — Procedure — Informer privilege — In camera proceedings — Open court principle — Procedure to be followed where party claims to be confidential police informant — Whether extradition judge erred in interpreting and applying Dagenais/Mentuck test in context of claim of informer privilege — Whether judge erred in granting media counsel and representatives access, subject to confidentiality undertakings, to information over which informer privilege was being asserted.*

The appellant Named Person informed the judge, during an *in camera* portion of extradition proceedings, that he was a confidential police informer, and on that basis requested some disclosure from the appellant Attorney General, who was acting on behalf of the

**Personne désignée et procureur général du Canada au nom de l'État requérant** *Appellants*

c.

**The Vancouver Sun, The Province, BCTV, Société Radio-Canada, CKNW, Citytv et CTV, une division de Bell Globemedia Inc.** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario et Law Society of British Columbia** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PERSONNE DÉSIGNÉE *c.* VANCOUVER SUN**

**Référence neutre : 2007 CSC 43.**

N<sup>o</sup> du greffe : 30963.

2007 : 24 avril; 2007 : 11 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Tribunaux — Procédure — Privilège de l'indicateur de police — Procédures à huis clos — Principe de la publicité des débats judiciaires — Procédure à suivre lorsqu'une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police — Le juge d'extradition a-t-il commis une erreur en interprétant et en appliquant le critère des arrêts Dagenais/Mentuck dans le contexte de la revendication du privilège de l'indicateur de police? — Le juge a-t-il commis une erreur en accordant aux avocats et aux représentants des médias, sous réserve d'engagements de confidentialité, l'accès aux renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur de police était revendiqué?*

L'appelante, une personne désignée, a informé le juge pendant une séance de l'instance d'extradition tenue à huis clos qu'elle était un indicateur confidentiel de la police. Elle a alors demandé que le procureur général appellant, qui représentait l'État ayant demandé son

state requesting the Named Person's extradition. The judge asked the parties for submissions as to whether the proceedings ought to remain *in camera* and sought the assistance of an *amicus curiae*. On the basis of the latter's submissions, the judge sent a letter to a number of counsel who act for certain media groups, requesting that they attend a hearing on a specified date having filed undertakings of confidentiality and undertakings not to disclose anything learned at the hearing to their clients. A number of counsel for media groups, including the respondents, attended at that hearing.

At a subsequent hearing, the respondents applied for an order that they be allowed to review the documents prepared by the *amicus curiae* upon filing undertakings of non-disclosure. The judge allowed the application and ordered that counsel for the respondents as well as specific representatives of each respondent be allowed to review the *amicus* documents on each individual filing an undertaking of confidentiality. The Named Person and the Attorney General appealed that order to this Court.

*Held* (LeBel J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the extradition judge's order set aside.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The law has long recognized that those who choose to act as confidential police informers must be protected from the possibility of retribution. The law's protection has been provided in the form of the informer privilege rule, which protects from revelation in public or in court the identity of those who give information to the police in confidence. This protection in turn encourages cooperation with the police for future potential informers. This general protection is so important that it renders informer privilege a matter beyond the discretion of a trial judge. Once a trial judge is satisfied that the privilege exists, a complete and total bar on any disclosure of the informer's identity applies. Outside the innocence at stake exception, the rule's protection is absolute. No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time. [16] [19] [30]

extradition, lui communique certains renseignements. Le juge a demandé aux parties de lui présenter des observations sur l'opportunité de maintenir le huis clos et a demandé l'aide d'un *amicus curiae*. À la lumière des observations faites par ce dernier, le juge a demandé, par lettre adressée à un certain nombre d'avocats représentant certains médias, qu'ils assistent à une audience tenue à une date déterminée, après avoir déposé un engagement de confidentialité et un engagement de ne pas communiquer à leurs clients les renseignements obtenus à l'audience. Un certain nombre d'avocats des médias, y compris les avocats des intimés, ont assisté à l'audience.

À une audience subséquente, les intimés ont demandé une ordonnance les autorisant, après le dépôt de leurs engagements de non-communication, à passer en revue les documents préparés par l'*amicus curiae*. Le juge a fait droit à cette demande et a rendu une ordonnance autorisant les avocats des intimés ainsi que certains représentants de chaque intimé à passer en revue les documents de l'*amicus curiae*, sous réserve du dépôt par chacun d'un engagement de confidentialité. La personne désignée et le procureur général ont fait appel de cette ordonnance devant notre Cour.

*Arrêt* (le juge LeBel est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge d'extradition est annulée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel de la police doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements à la police. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec la police. Cette protection générale revêt une telle importance que l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. Une fois que le juge du procès est convaincu de l'existence du privilège, toute divulgation de l'identité de l'indicateur est absolument interdite. Mise à part l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, la règle jouit d'une protection absolue. La justification du privilège ne peut faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Le privilège assure la protection de tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, et ni le ministère public ni le tribunal n'ont le moindre pouvoir discrétionnaire de communiquer ces renseignements dans une instance, en aucun temps. [16] [19] [30]

While open courts are undoubtedly a vital part of our legal system and of our society, their openness cannot be allowed to fundamentally compromise the criminal justice system. *Dagenais/Mentuck*, insofar as that line of cases now represents a “test” for the application of the open court principle in discretionary action by courts, does not apply here since the informer privilege rule allows the trial judge no discretion. An informer must simply indicate that it is necessary to proceed *in camera*. No reasons need be given at this point because the basis of the informer status is the very issue to be examined *in camera* at the first stage. In more practical terms, this will mean that a trial judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if informer privilege is found to be present; however, an entirely *in camera* proceeding should be seen as a last resort. A judge ought to make every effort to ensure that as much information as possible is made public, and that disclosure and publication are restricted only for that information which might tend to reveal the informer’s identity. [4] [37] [40-42]

Here, the extradition judge erred insofar as the decisions made at several steps were not consistent with the proper approach. The appointment of the *amicus curiae* was not warranted, because the determination of the proper legal test that applied was the judge’s responsibility. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the extradition judge’s obligation to protect the information which was covered by informer privilege and with the particular mandate given. A second mistake made by the extradition judge was in giving notice to the media counsel. This practice cannot be supported, as it privileged unfairly and arbitrarily certain members of the media on the basis of the views of the judge or the *amicus*. A third error was the extradition judge’s handling of the material covered by informer privilege. The judge should have proceeded by determining *in camera*, without the media, on the facts presented by the Named Person and the Attorney General, whether or not the informer privilege properly applied. As an informer, the Named Person was absolutely protected by the informer privilege. In particular, he did not waive the privilege by coming forward to rely on it. The media were not entitled to any of the privileged material at any time, and ought to have been given only limited non-identifying materials in order to make their

Si la publicité des débats judiciaires revêt indubitablement une importance vitale dans notre système juridique et notre société, elle ne peut toutefois s’appliquer si elle porte fondamentalement atteinte au système de justice pénale. Les arrêts *Dagenais/Mentuck*, dans la mesure où ce courant jurisprudentiel constitue désormais le « critère » devant servir de fondement à l’application du principe de la publicité des débats judiciaires dans le cas de l’exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire, ne s’appliquent pas en l’espèce puisque la règle du privilège relatif aux indicateurs de police ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge. L’indicateur doit simplement indiquer que l’audience doit se dérouler à huis clos. Il n’est pas tenu de justifier sa demande à ce moment parce que son rôle d’indicateur de police constitue la question même qui sera tranchée à huis clos à la première étape. C’est donc dire, plus concrètement, que s’il conclut à l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police, le juge du procès doit avoir le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Toutefois, il ne devrait prendre une telle mesure qu’en dernier ressort. Le juge doit prendre toutes les mesures possibles pour assurer au public l’accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l’identité de l’indicateur. [4] [37] [40-42]

En l’espèce, le juge d’extradition a commis des erreurs dans la mesure où les décisions qu’il a rendues à plusieurs étapes ne cadraient pas avec la démarche appropriée. La nomination de l’*amicus curiae* n’était pas justifiée parce qu’il incombait au juge de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l’*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l’obligation qu’avait le juge d’extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et avec le mandat confié à l’*amicus curiae*. Le juge d’extradition a commis une deuxième erreur en donnant un avis aux avocats des médias. Cette pratique ne peut être tolérée puisqu’elle donne à certains membres des médias un avantage injuste et arbitraire fondé sur les opinions du juge ou de l’*amicus curiae*. La manière dont le juge d’extradition a traité les documents assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police constitue une troisième erreur. C’est à huis clos et en l’absence des médias que le juge d’extradition aurait dû décider, à la lumière des faits présentés par la personne désignée et le procureur général, si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait. En sa qualité d’indicateur, la personne désignée bénéficiait de la protection absolue qu’offre le privilège relatif aux indicateurs de police. Plus particulièrement, la personne

submissions at the second stage, after the existence of the privilege had been accepted. [62-65]

*Per* LeBel J. (dissenting in part): Two principles stand in opposition in this case: the open court principle and the rule of confidentiality made necessary by informer privilege. The relationship between this privilege and a justice system that is, in principle, open requires certain adjustments, since a simple assertion that the rule of confidentiality flowing from the privilege is absolute does not suffice either to guide or to settle the debate in all circumstances. It is therefore necessary, at the very least, to discuss the conditions and procedures that will govern the review of the privilege and incorporate this review into the broader legal debate. At times, consideration of the limits of the privilege, and its extinguishment, will be required. If a meaningful debate is to take place and if the applicable constitutional principles are to be adhered to, the trial judge must be found to have a residual discretion to order the disclosure, even in open court, of information on the factual background to the case. *A fortiori*, to this end, the judge retains the discretion to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify a police informer to parties with an interest in the issue of the openness of court proceedings, while taking any precautions needed to prevent or limit further dissemination of this information. [79-80]

The open court principle, which was accepted long before the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is now enshrined in it. This is due to the fact that the principle is associated with the right to freedom of expression. Members of the public must have access to the courts in order to freely express their views on the operation of the courts and on the matters argued before them, and the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* protects not only the right to express oneself on an issue, but also the right to gather the information needed to engage in expressive activity. The open court principle also has as a corollary the right of the press to have access to the courts and publish information on their operation. This principle is not absolute, however. Informer privilege constitutes a limit on the open court principle but, like any other rule, this privilege has its exceptions, and these exceptions are not limited to situations where accused persons could be prevented from proving their

désignée n'a pas renoncé au privilège en se manifestant pour le revendiquer. Les médias n'avaient en aucun temps le droit d'obtenir les documents protégés, et seuls quelques documents ne contenant aucun renseignement permettant d'identifier l'indicateur auraient dû leur être transmis pour leur permettre de préparer leurs observations à la deuxième étape, une fois reconnue l'existence du privilège. [62-65]

*Le* juge LeBel (dissident en partie) : Dans le présent litige, deux principes s'opposent : le principe de la publicité des débats judiciaires et la règle de la confidentialité imposée par le privilège de l'indicateur de police. L'articulation des rapports entre ce privilège et une justice en principe publique exige certains aménagements car la seule affirmation du caractère absolu de la règle de confidentialité imposée par le privilège ne permet pas toujours à elle seule d'encadrer ou de clore la discussion. Il faut alors au moins débattre des modalités et des procédures qui régiront la discussion du privilège et qui l'intégreront dans le cadre plus large du débat judiciaire en cours. Il faudra même parfois s'interroger sur les limites et l'extinction du privilège. Afin de permettre un débat utile et d'assurer le respect des principes constitutionnels pertinents, il faut reconnaître au juge du procès un pouvoir résiduel discrétionnaire l'habilitant à ordonner la communication, même en audience publique, d'informations sur le contexte factuel de l'affaire. *A fortiori*, pour ces fins, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de permettre ou d'ordonner que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient communiquées aux parties concernées par le problème de la publicité des débats judiciaires, en prenant les précautions indispensables pour empêcher ou limiter la diffusion de cette information. [79-80]

Reconnu bien avant son adoption, le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette reconnaissance découle du lien qu'entretient ce principe avec le droit à la liberté d'expression. Le public doit avoir accès aux tribunaux afin de pouvoir s'exprimer librement sur leur fonctionnement et sur les affaires qui y sont débattues, et le droit à la liberté d'expression garanti à l'al. 2b) de la *Charte* protège non seulement le droit de s'exprimer sur un sujet, mais aussi celui de recueillir les informations nécessaires à une activité d'expression. Le principe de la publicité de la justice a également pour corollaire le droit de la presse d'avoir accès aux tribunaux et de publier des informations sur leur fonctionnement. Cependant, ce principe n'est pas absolu. Le privilège de l'indicateur de police constitue une limite au principe de la publicité des débats judiciaires mais, comme toute autre règle, ce privilège est assorti d'exceptions qui ne se limitent pas qu'à celle où

innocence. It is more consistent with the logic of the common law and with the values of the *Charter* to hold that the trial judge always has the discretion (except where the law withdraws it) to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify an informer in the rare cases where the judge is satisfied that disclosure of the information would better serve the interests of justice than keeping it secret. [88-89] [91] [100] [103] [105]

Here, the issues relating to the Named Person's status as a police informer are not incidental to the legal proceedings, as is generally the case. On the contrary, they are at the very heart of the Named Person's applications. Furthermore, the stay of proceedings application the Named Person ultimately intends to make should relate to how the foreign and Canadian governments treated him as an informer. This is the very type of legal proceeding in which the open court principle assumes particular importance. How the Canadian government deals with informers can be of considerable significance in a democratic debate on the values of this country's justice system and on the proper administration of justice. The rule of informer privilege cannot deprive a trial judge of the discretion to consider whether the rule is applicable. In classic fact situations, the application of the rule will appear to be absolute. In certain exceptional circumstances, however, it will be more difficult to establish the scope of the privilege and an adversarial proceeding will be necessary. This will be true, for example, where, as appears to be the case here, the judge must consider the possibility that the privilege is being abused or is being diverted from its purpose. As a result of the constitutional status of the open court principle, anyone who relies on informer privilege to limit the scope of the principle bears the onus of showing that his or her case is indeed one in which the privilege should be applied and that the objectives of the privilege can be attained by no means less intrusive than applying it absolutely. In considering this issue, the trial judge may ask to hear the parties' arguments in an adversarial proceeding and make any orders he or she deems necessary to enable those with an interest in the matter to make a meaningful contribution to the proceeding. This was what the extradition judge in the case at bar intended when he ordered the disclosure of all the evidence in the record to media counsel and to certain representatives of the media. [68] [106] [109]

l'accusé pourrait être empêché de démontrer son innocence. Il est plus conforme à la logique de la common law et aux valeurs de la *Charte* de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire (à moins que la loi ne le lui retire) de permettre ou d'ordonner la communication d'informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police dans les rares cas où le juge sera convaincu qu'une telle communication servirait mieux l'intérêt de la justice que le maintien du secret. [88-89] [91] [100] [103] [105]

En l'espèce, les questions relatives à la qualité d'indicateur de police de la personne désignée ne sont pas incidentes aux procédures judiciaires, comme c'est généralement le cas. Au contraire, elles se situent au cœur même des requêtes présentées par la personne désignée. De plus, la requête pour sursis des procédures qu'entend ultimement présenter la personne désignée devrait porter sur le traitement que lui ont réservé les gouvernements étranger et canadien en tant qu'indicateur de police. Or, c'est justement à l'égard de ce genre de débats judiciaires que le principe de la publicité de ces débats prend toute son importance. La manière dont se comporte le gouvernement canadien à l'égard de ses indicateurs de police peut en effet avoir une importance considérable pour la tenue d'un débat démocratique sur les valeurs de la justice de notre pays et sur sa bonne administration. La règle du privilège de l'indicateur de police ne saurait priver le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de s'interroger sur la pertinence de son application. Dans les situations factuelles classiques, la règle paraîtra d'application absolue. Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, la portée du privilège restera plus difficile à établir et exigera la tenue d'un débat contradictoire. Cela se produira notamment lorsque, comme c'est apparemment le cas ici, le juge est préoccupé par la présence possible d'un abus du privilège ou d'un détournement de sa finalité. En raison du statut constitutionnel du principe de la publicité des débats judiciaires, il revient à celui qui invoque le privilège de l'indicateur de police afin de limiter la portée du principe de démontrer qu'il s'agit bien d'un cas où ce privilège doit s'appliquer et qu'il n'existe pas de moyens moins attentatoires que l'application absolue de celui-ci pour atteindre les objectifs qu'il vise. À cette fin, le juge du procès peut demander la tenue d'un débat contradictoire et rendre les ordonnances qu'il considère nécessaires afin que les parties intéressées puissent y participer utilement. Dans la présente affaire, tel était l'objectif recherché par le juge d'extradition lorsqu'il a ordonné la communication aux avocats et à certains représentants des médias de tous les éléments de preuve au dossier. [68] [106] [109]

The decision to order the disclosure of the documents in issue to media counsel was within the extradition judge's authority and was discretionary in nature. According to the standard of review applicable to this type of decision, the Court will be justified in intervening only if the judge misdirects him or herself or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. In the instant case, a series of factors provided ample justification for the extradition judge's decision to conduct an adversarial proceeding to determine whether this was a case in which information that might tend to identify a police informer should be disclosed in open court. He also correctly exercised his discretion in ordering the disclosure to media counsel of certain information that might tend to identify the Named Person so that they could make a meaningful contribution to the proceeding. The extradition judge considered the fact that this is a case in which there has already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity and in which the Named Person's co-conspirator is aware of his identity. The judge also seems to have feared that the government was attempting to divert informer privilege from its real purpose. Finally, he appears to have felt that the very nature of the stay of proceedings application favoured hearing it in open court, and also seems to have attached great weight to the fact that disclosure of the documents in issue to lawyers, after they had given appropriate undertakings of confidentiality, would probably not result in any additional risk to the Named Person. There is accordingly no basis for finding that the extradition judge misdirected himself or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. As for the extradition judge's decision to allow media counsel to share any information disclosed to them with their clients, but only under strict conditions and after each of the media representatives had given an undertaking of confidentiality, it was also within the ambit of his discretion and there is no basis for this Court to intervene. This decision was based on undertakings by the media representatives and on an accurate understanding of the relationship between them and their counsel. However, the extradition judge went too far in ordering that the entire record be disclosed to media lawyers and representatives. The sole purpose of this disclosure is to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Consequently, the judge should have screened and expurgated the documents in issue to remove information that might tend to identify the Named Person but is not relevant to the specific proceeding. [123-126] [128-133] [137]

La décision d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias relevait des fonctions du juge d'extradition et était de nature discrétionnaire. Selon la norme de contrôle applicable à ce type de décision, la Cour ne sera justifiée d'intervenir que si le juge s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. En l'espèce, un ensemble de facteurs justifiait largement la décision du juge d'extradition de conduire un débat contradictoire pour décider s'il s'agissait d'un cas où des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police devraient être dévoilées en audience publique. Il a aussi correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la communication aux avocats des médias de certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée afin qu'ils puissent participer utilement à ce débat. Le juge d'extradition a considéré le fait qu'il s'agit d'un cas où l'identité de la personne désignée a déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large et où le co-conspirateur de la personne désignée connaît son identité. Le juge paraît également avoir redouté que le gouvernement tente de détourner le privilège de l'indicateur de police de sa véritable finalité. Enfin, il semble avoir considéré que la nature même de la requête pour sursis des procédures militait en faveur de la publicité de cette procédure et avoir accordé beaucoup de poids au fait que la communication des documents en litige à des avocats, après que ces derniers auraient fourni des engagements de confidentialité appropriés, ne ferait probablement courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée. Rien ne permet donc de conclure que le juge d'extradition s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice. Quant à la décision du juge d'extradition de permettre que les avocats des médias puissent transmettre à leurs clients toute l'information qui leur serait communiquée, mais seulement sous des conditions strictes et après que les médias auraient chacun fourni un engagement de confidentialité, elle relevait aussi de son pouvoir discrétionnaire et il n'existe aucune raison justifiant la Cour d'intervenir. Cette décision reposait sur l'engagement pris par les médias et sur une juste conception des rapports entre ceux-ci et leurs avocats. Cependant, le juge d'extradition est allé trop loin en ordonnant la communication aux avocats des médias et aux représentants des médias de tout le contenu du dossier. Le seul objectif de cette communication est la tenue d'un débat contradictoire utile. Par conséquent, le juge aurait dû procéder à un travail de filtrage et d'expurgation des documents en litige afin d'en éliminer certains éléments susceptibles d'identifier la personne désignée, mais non pertinents pour le débat se déroulant devant lui. [123-126] [128-133] [137]

Finally, the extradition judge was entitled to select the media counsel he wanted to invite to take part in the proceeding on the *in camera* application. As a superior court judge, he has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. This power includes the power to invite interested parties to take part in proceedings incidental to the extradition request. The judge has some leeway as regards the conditions of this invitation, provided that these conditions facilitate the conduct of the hearing. Likewise, it was open to him to appoint an *amicus curiae* to assist him with the analysis of both the facts and the applicable law. [152] [155]

Accordingly, the order should be set aside and the case remanded to the extradition judge to decide what information may be disclosed to media counsel and the media representatives. [156]

#### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; **approved:** *R. v. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321; **distinguished:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; **referred to:** *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *Powell v. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL); *Savage v. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By LeBel J. (dissenting in part)

*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, 2005 SCC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522,

Finalement, le juge d'extradition était en droit de choisir les avocats des médias qu'il voulait inviter à intervenir aux débats sur la requête pour huis clos. En tant que juge d'une cour supérieure, il possède le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. Ce pouvoir comprend notamment celui d'inviter des parties intéressées à participer aux débats portant sur un incident de la demande d'extradition judiciaire. Le juge dispose d'une certaine latitude quant aux modalités de cette invitation, pourvu que celles-ci favorisent le bon déroulement de l'audience. De même, il pouvait nommer un *amicus curiae* pour l'assister tant au niveau de l'analyse des faits que du droit applicable. [152] [155]

En conséquence, l'ordonnance devrait être annulée et le dossier renvoyé au juge d'extradition pour qu'il décide quelles informations peuvent être communiquées aux avocats et aux représentants des médias. [156]

#### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts appliqués :** *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; **arrêt approuvé :** *R. c. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321; **distinction d'avec les arrêts :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *Powell c. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL); *Savage c. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417; *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Nixon c. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge LeBel (dissent en partie)

*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, 2005 CSC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S.

2002 SCC 41; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL); *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 177, 2007 SCC 24; *R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455; *Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *R. v. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321; *Orfus Realty v. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 39(1), (2).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 8, 11(d), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 486(1), 537(1)(i).  
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 24.  
*Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules*, SI/92-99, r. 6.04(1).

#### Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.  
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.  
 Burton, John Hill, ed. *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline*

522, 2002 CSC 41; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL); *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Hiscock c. R.*, [1992] R.J.Q. 895; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57; *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177, 2007 CSC 24; *Henry c. R.*, [1990] R.J.Q. 2455; *Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417; *R. c. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321; *Orfus Realty c. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 8, 11d), 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1), 537(1)i).  
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 24.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 39(1), (2).  
*Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario*, TR/92-99, r. 6.04(1).

#### Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.  
 Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.  
 Burton, John Hill, ed. *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham, With an Outline*



- of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works.* Edinburgh: William Tait, 1843.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. *Public and Media Access to the Criminal Process.* Ottawa: The Commission, 1987.
- Cooper, Terrance Gilmour. *Crown Privilege.* Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
- Eagles, Ian. "Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege?" (1982), 6 *Crim. L.J.* 175.
- Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada.* Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated 2007, release 3).
- MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline*, 4th ed. Toronto: Thomson, 2006.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- APPEAL from a judgment of the Supreme Court of British Columbia, [2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, allowing an application for disclosure of relevant information and documentation to the counsel and representatives of the respondents. Appeal allowed, LeBel J. dissenting in part.
- Ian Donaldson, Q.C.*, for the appellant Named Person.
- Bernard Laprade and Cheryl D. Mitchell*, for the appellant the Attorney General of Canada.
- Robert S. Anderson and Ludmila B. Herbst*, for the respondents The Vancouver Sun, The Province and BCTV.
- Daniel W. Burnett and Heather E. Maconachie*, for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation.
- Michael A. Skene and Angus M. Gunn, Jr.*, for the respondent CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.
- of His Opinions on the Principal Subjects Discussed in His Works.* Edinburgh : William Tait, 1843.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. *L'accès du public et des médias au processus pénal.* Ottawa : La Commission, 1987.
- Cooper, Terrance Gilmour *Crown Privilege.* Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.
- Eagles, Ian. « Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege? » (1982), 6 *Crim. L.J.* 175.
- Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada.* Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated 2007, release 3).
- MacKenzie, Gavin. *Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline*, 4th ed. Toronto : Thomson, 2006.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2005.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1976.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown & Co., 1961.
- POURVOI contre un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, qui a accueilli une demande de communication des renseignements et des documents pertinents aux avocats et aux représentants des intimés. Pourvoi accueilli, le juge LeBel est dissident en partie.
- Ian Donaldson, c.r.*, pour l'appelante la personne désignée.
- Bernard Laprade et Cheryl D. Mitchell*, pour l'appelant le procureur général du Canada.
- Robert S. Anderson et Ludmila B. Herbst*, pour les intimés The Vancouver Sun, The Province et BCTV.
- Daniel W. Burnett et Heather E. Maconachie*, pour l'intimée la Société Radio-Canada.
- Michael A. Skene et Angus M. Gunn, Jr.*, pour l'intimée CTV, une division de Bell Globemedia Inc.

No one appeared for the respondents CKNW and Citytv.

*Christopher Webb*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Leonard T. Doust, Q.C.*, and *Michael A. Feder*, for the intervener the Law Society of British Columbia.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

#### I. Introduction

<sup>1</sup> Information is at the heart of any legal system. Police investigate crimes and act on the information they acquire; lawyers and witnesses present information to courts; juries and judges make decisions based on that information; and those decisions, reported by the popular and legal press, make up the basis of the law in future cases. In Canada, as in any truly democratic society, the courts are expected to be open, and information is expected to be available to the public. However, from time to time, the safety or privacy interests of individuals or groups and the preservation of the legal system as a whole require that some information be kept secret.

<sup>2</sup> This case is about a conflict between two principles, each vital to Canadian law, which pull in fundamentally opposite directions *vis-à-vis* the treatment of information in our legal system. On the one hand is the open court principle, which, as has been repeatedly recognized by this Court, provides that court proceedings should presumptively be a matter of public record. On the other hand lies informer privilege, an age-old privilege according to which the identity of a confidential informer cannot be exposed under any but the narrowest of exceptions.

Personne n'a comparu pour les intimées CKNW et Citytv.

*Christopher Webb*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Leonard T. Doust, c.r.*, et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante Law Society of British Columbia.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

#### I. Introduction

L'information est au cœur de tout système juridique. La police enquête sur les crimes et intervient en fonction des renseignements qu'elle obtient; les avocats et les témoins présentent des renseignements aux tribunaux; les jurys et les juges fondent leurs décisions sur ces renseignements; et ces décisions, rendues publiques par la presse populaire et la presse spécialisée, constituent le fondement du droit dans les causes ultérieures. Au Canada, comme dans toute société véritablement démocratique, on s'attend à ce que les débats judiciaires soient publics et à ce que le public ait accès à l'information. Toutefois, de temps à autre, la sécurité de personnes ou de groupes, le respect du droit à la vie privée et la protection de l'intégrité du système judiciaire dans son ensemble exigent que certains renseignements soient gardés secrets.

Sont en conflit en l'espèce deux principes fondamentaux du droit canadien qui constituent des approches diamétralement opposées au traitement de l'information dans notre système juridique. D'une part, suivant le principe de la publicité des débats judiciaires, notre Cour a reconnu à maintes reprises que les audiences sont censées être publiques. D'autre part, suivant la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, un privilège qui existe depuis longtemps, l'identité d'un indicateur confidentiel ne peut être dévoilée que dans les circonstances les plus exceptionnelles.

In this case, the appellant, whose name cannot be disclosed, informed the extradition judge (who, along with the Named Person, is referred to in the masculine), during an *in camera* portion of the extradition proceedings, that he was a confidential police informer, and on that basis requested some disclosure from the appellant Attorney General of Canada, who was acting in the extradition proceeding on behalf of the state requesting the Named Person's extradition. Upon learning of the existence of these extradition proceedings, the respondents claimed a right to publicize details of the proceedings and to have access to information alleged to be protected by informer privilege.

The question posed to this Court is how to satisfy the interests which underlie the Named Person's privilege in light of the interests which underlie the open court principle on the basis of which the respondents claim a right to publish details of the proceedings. In my view, informer privilege must remain absolute. Information which might tend to identify a confidential informant cannot be revealed, except where the innocence of a criminal accused is at stake. Open courts are undoubtedly a vital part of our legal system and of our society, but their openness cannot be allowed to fundamentally compromise the criminal justice system. The appeal should therefore be allowed.

## II. Judicial History

This appeal is from an order made in the course of an extradition hearing before a judge of the Supreme Court of British Columbia, sitting as an extradition judge (the "extradition judge"). (The facts are taken, except where noted otherwise, from the Statement of Non-Identifying Facts, found in the public file at A.R., at pp. 105-9.) The appellant Named Person was the subject of the extradition hearing, having been charged with an offence in the requesting state. The appellant Attorney General of Canada was a party to the extradition hearing, acting on behalf of the requesting state.

En l'espèce, l'appelante, dont le nom ne peut être dévoilé, a informé le juge d'extradition (le masculin est utilisé pour désigner ce dernier), pendant une séance de l'instance d'extradition tenue à huis clos, qu'elle était un indicateur confidentiel de la police. Elle a alors demandé que le procureur général du Canada appelant, qui représentait l'État ayant demandé son extradition, lui communique certains renseignements. Informés de l'instance d'extradition, les intimés ont revendiqué le droit de publier les renseignements s'y rapportant et d'avoir accès aux informations que l'on prétend protégées par le privilège relatif aux indicateurs de police.

Notre Cour est appelée à déterminer la façon de respecter les droits protégés par le privilège revendiqué par la personne désignée, compte tenu des droits à la base du principe de la publicité des débats judiciaires, principe que les intimés ont invoqué pour faire valoir leur droit de publier les renseignements concernant l'instance. À mon avis, le privilège relatif aux indicateurs de police doit demeurer absolu. L'information susceptible de permettre l'identification d'un indicateur confidentiel ne peut être dévoilée, sauf si l'innocence de l'accusé est en jeu. Indubitablement d'une importance vitale dans notre système juridique et notre société, le principe de la publicité des débats judiciaires ne peut toutefois s'appliquer s'il porte fondamentalement atteinte au système de justice pénale. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## II. Historique des procédures judiciaires

Il s'agit d'un pourvoi contre une ordonnance rendue dans le cadre d'une audience d'extradition tenue par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant en tant que juge d'extradition (le « juge d'extradition »). (Sauf indication contraire, les faits sont repris de l'exposé des faits épuré figurant dans le dossier public des appelants, aux p. 105-109.) L'appelante, la personne désignée, accusée d'une infraction dans l'État requérant, faisait l'objet de l'audience d'extradition. Le procureur général du Canada, appelant, représentait l'État requérant à l'audience d'extradition.

3

4

5

6 At some point during the hearing, the Named Person applied for an order that the proceedings continue *in camera*. The Attorney General consented and the extradition judge allowed the application.

7 While the proceedings were taking place *in camera*, the Named Person made it known that he wished to apply for a stay of his extradition on the grounds that his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached. In support of the application for a stay, the Named Person disclosed to the extradition judge that he was a confidential police informer who had provided information to the authorities (either in Canada or the requesting state). In addition, the Named Person told the extradition judge that he had been charged with criminal offences in the requesting state and that his confidential informer status had been breached in the requesting state by way of disclosure of that status to a co-conspirator who had in turn provided more information implicating the Named Person which had resulted in the extradition request.

8 While the proceedings were still *in camera*, the extradition judge asked the parties for submissions as to whether the proceedings ought to remain *in camera*. Both the Attorney General and the Named Person submitted that they should.

9 The extradition judge then sought the assistance of an *amicus curiae* on the following issues:

- (1) The public interest and policy considerations which would favour an open court hearing of these issues notwithstanding the risks associated with that open process;
- (2) The extent to which counsel for the press should be entitled to address these *in camera* issues and if so, the measures that could be put in place to protect [the Named Person's] interest;
- (3) The possibility of other means of protecting the interests of [the Named Person], including through

À un moment donné pendant l'audience, la personne désignée a demandé au tribunal d'ordonner le huis clos pour la poursuite de l'instance. Le procureur général a consenti à cette demande et le juge d'extradition y a fait droit.

Au cours de l'audience à huis clos, la personne désignée a indiqué vouloir demander l'arrêt de la procédure d'extradition en invoquant une atteinte à ses droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. À l'appui de sa demande d'arrêt de la procédure, la personne désignée a révélé au juge d'extradition qu'elle était un indicateur confidentiel de la police et qu'elle avait fourni des renseignements aux autorités (au Canada ou dans l'État requérant). En outre, elle a déclaré au juge d'extradition qu'elle avait été accusée d'actes criminels dans l'État requérant, où son rôle d'indicateur confidentiel avait été communiqué à un complice, qui avait alors fourni d'autres renseignements compromettants à son égard, ce qui avait entraîné le dépôt de la demande d'extradition.

Pendant que l'instance se déroulait encore à huis clos, le juge d'extradition a demandé aux parties de lui présenter des observations sur l'opportunité de maintenir le huis clos. Le procureur général et la personne désignée ont tous deux plaidé en faveur du maintien du huis clos.

Le juge d'extradition a alors demandé l'aide d'un *amicus curiae* relativement aux questions suivantes :

[TRADUCTION]

- (1) Quels intérêts généraux et considérations de principe favorisent l'examen de ces questions en audience publique, malgré les risques associés à la publicité des débats?
- (2) Dans quelle mesure peut-on autoriser les avocats des médias à examiner ces questions relatives au huis clos et, le cas échéant, quelles mesures devraient être prises pour protéger les droits de [la personne désignée]?
- (3) Existe-t-il d'autres moyens de protéger les droits de [la personne désignée], notamment au moyen

publication bans but considering also their potential utility and risks; and

- (4) If these proceedings continue *in camera*, the manner by which the Court may render judgments on [the Named Person's] disclosure application and ultimately on [his] stay of proceedings application without exposing [the Named Person] to unacceptable risk but at the same time sufficiently informing the public of the issues and providing a proper judicial record both for potential appeal and for consideration by the Minister if extradition is ultimately ordered.

([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, at para. 25)

The *amicus* was provided with all the exhibits and documents which were before the court, as well as with transcripts of all the *in camera* proceedings. The *amicus* then made submissions to the extradition judge. In summary, his assessment was that:

- (1) issues concerning the extent to which these proceedings should remain *in camera* would be most appropriately and effectively addressed by adversarial argument provided proper safeguards could be put in place to protect the identity of the Named Person pending determination of the issues through the adversarial process; and
- (2) since *amicus curiae* could not take an adversarial position he recommended that notice of the *in camera* proceedings should be given to those media counsel who had been known to represent local and national media outlets in past judicial proceedings in British Columbia involving publication bans on appropriate undertakings and orders to protect the Named Person's interests. [para. 27]

On the basis of the *amicus*' submissions, the extradition judge sent a letter to a number of counsel who act for certain media groups, requesting that they attend a hearing on a specified date having filed undertakings of confidentiality and non-disclosure to their clients of anything learned at the hearing. A number of counsel for media groups — including counsel for all the respondents in this appeal

d'ordonnances d'interdiction de publication, compte tenu de leur utilité éventuelle et des risques en découlant?

- (4) Si le huis clos est maintenu, de quelle façon la Cour peut-elle rendre jugement sur la demande d'interdiction de communication présentée par [la personne désignée] et, éventuellement, sur sa demande d'arrêt de la procédure sans exposer [la personne désignée] à un risque inacceptable, tout en informant convenablement le public des questions en litige et en constituant un dossier judiciaire suffisamment étayé en cas d'appel ou d'examen par le ministre advenant le prononcé d'un arrêté d'extradition?

([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805, par. 25)

Tous les documents et pièces dont le tribunal était saisi ainsi que la transcription de tous les débats tenus à huis clos ont été fournis à l'*amicus curiae*, qui a ensuite présenté ses observations au juge d'extradition. En voici le résumé :

[TRADUCTION]

- (1) le processus contradictoire est le cadre le plus indiqué et le plus efficace pour régler les questions relatives à l'opportunité du maintien du huis clos, pourvu que des mesures adéquates soient prises pour protéger l'identité de la personne désignée jusqu'au règlement de ces questions dans le cadre du processus contradictoire;
- (2) puisqu'il ne peut participer au processus contradictoire, l'*amicus curiae* a recommandé qu'un avis de la procédure tenue à huis clos soit donné aux avocats qui ont représenté des médias locaux et nationaux dans le cadre d'instances judiciaires antérieures en Colombie-Britannique portant sur des ordonnances d'interdiction de publication, sous réserve des engagements nécessaires de leur part et des ordonnances de protection des droits de la personne désignée. [par. 27]

À la lumière des observations faites par l'*amicus curiae*, le juge d'extradition a demandé, par lettre adressée à un certain nombre d'avocats représentant certains médias, qu'ils assistent à une audience tenue à une date déterminée, après avoir déposé un engagement de confidentialité et un engagement de ne pas communiquer à leurs clients les renseignements obtenus à l'audience. Un certain nombre d'avocats

— attended at that hearing. The extradition judge then directed that another hearing would take place in which the judge would entertain submissions on “*in camera* issues” (para. 28), and on how the protection of the privilege could or should be balanced against the media’s and the public’s interest in publicizing the proceedings. Notwithstanding forceful opposition from the counsel of both appellants, the extradition judge allowed the media counsel to report the details of the hearing to their clients but imposed a limited publication ban on the proceedings.

11 At the next hearing, the extradition judge heard submissions from the Attorney General, the Named Person, and the respondents on the scope of the claimed privilege. The extradition judge determined that “the informant privilege rule does not act as a bar to proceeding otherwise than *in camera*” (para. 48) and that the issue of whether or not to proceed *in camera* “must be decided in accordance with the principles established in *Dagenais*, *Mentuck* and *Re Vancouver Sun*” (para. 48). The extradition judge permitted the media to publish the fact that the court had heard the matter *in camera* and that the court had determined that further *in camera* proceedings were needed.

12 The extradition judge then heard submissions regarding the materials that would be disclosed to counsel for the respondents, and to specific representatives of the respondents on an interim basis to allow the respondents to instruct their counsel regarding their submissions on the applicability of the *Dagenais/Mentuck* test and whether that test required that the Named Person’s extradition proceedings be held *in camera*. The respondents also applied for an order that they be allowed to review the documents prepared by the *amicus curiae* upon filing undertakings of non-disclosure.

13 The extradition judge allowed this application and ordered that counsel for the respondents as well as specific representatives of each respondent be allowed to review the *amicus* documents on each individual filing an undertaking of confidentiality.

des médias — y compris les avocats de tous les intimés en l’espèce — ont assisté à l’audience. Le juge d’extradition a ensuite ordonné la tenue d’une autre audience au cours de laquelle il entendrait les observations sur [TRADUCTION] « les questions relatives au huis clos » (par. 28) et à la pondération du privilège et du droit des médias et du public à la publicité des débats judiciaires. Malgré l’opposition vigoureuse des avocats des deux appelants, le juge d’extradition a permis aux avocats des médias de dévoiler la teneur de l’audience à leurs clients, mais a rendu une ordonnance restreinte d’interdiction de publication visant l’instance.

À l’audience suivante, le juge d’extradition a entendu les observations du procureur général, de la personne désignée et des intimés concernant l’étendue du privilège revendiqué. Il a conclu que [TRADUCTION] « la règle du privilège relatif aux indicateurs de police ne commande pas automatiquement le huis clos » (par. 48) et que la décision de procéder à huis clos « doit être prise en conformité avec les principes établis dans les arrêts *Dagenais*, *Mentuck* et *Vancouver Sun (Re)* » (par. 48). Le juge d’extradition a donné aux médias l’autorisation de publier le fait que le tribunal avait entendu l’affaire à huis clos et avait jugé nécessaire de poursuivre les procédures à huis clos.

Le juge d’extradition a ensuite entendu des observations concernant les documents qui seraient communiqués aux avocats des intimés et à certains représentants des intimés à titre provisoire, afin que ceux-ci puissent préparer avec leurs avocats leurs observations sur l’applicabilité du critère énoncé dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* et sur la nécessité, à la lumière de ce critère, de tenir à huis clos l’audience d’extradition de la personne désignée. Les intimés ont de plus demandé une ordonnance les autorisant, après le dépôt de leurs engagements de non-communication, à passer en revue les documents préparés par l’*amicus curiae*.

Le juge d’extradition a fait droit à cette demande et a rendu une ordonnance autorisant les avocats des intimés ainsi que certains représentants de chaque intimé à passer en revue les documents de l’*amicus curiae*, sous réserve du dépôt par chacun d’un engagement de confidentialité.

It is this order, currently stayed, that the appellants contest in this Court.

### III. Analysis

At stake here are two important principles which seem fundamentally opposed. The principle of informer privilege provides an all but absolute bar against revealing any information which might tend to identify a confidential informer. The open court principle, on the other hand, provides that information which is before a court ought to be public information to the extent possible. How are these two principles to be reconciled? In order to answer this question, I will examine each of them in turn. The result of this exercise will be a model procedure to guide judges in similar situations.

#### A. *Informer Privilege*

Police work, and the criminal justice system as a whole, depend to some degree on the work of confidential informers. The law has therefore long recognized that those who choose to act as confidential informers must be protected from the possibility of retribution. The law's protection has been provided in the form of the informer privilege rule, which protects from revelation in public or in court of the identity of those who give information related to criminal matters in confidence. This protection in turn encourages cooperation with the criminal justice system for future potential informers.

A useful summary of the rule was set out by Cory J.A. (as he then was) in his decision in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.), at pp. 5-6, and adopted by McLachlin J. (as she then was) in her reasons in this Court's decision in *R. v. Leipter*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 9:

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and

C'est cette ordonnance, encore en sursis, que les appelants contestent devant notre Cour.

### III. Analyse

Sont en jeu en l'espèce deux principes importants qui semblent fondamentalement opposés. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police interdit de façon presque absolue la communication de tout renseignement susceptible de permettre l'identification d'un indicateur confidentiel. Suivant le principe de la publicité des débats judiciaires par contre, le public doit dans la mesure du possible avoir accès aux renseignements fournis aux tribunaux judiciaires. Comment peut-on concilier ces deux principes? Pour répondre à cette question, j'examinerai chacun à tour de rôle. Cette analyse débouchera sur une démarche type qui servira de guide aux juges dans des situations analogues.

#### A. *Privilège relatif aux indicateurs de police*

Le travail des policiers et le système de justice pénale dans son ensemble sont, dans une certaine mesure, tributaires de l'initiative des indicateurs confidentiels. Ainsi, il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements concernant des matières criminelles. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec le système de justice pénale.

Dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.), p. 5-6, le juge Cory (plus tard juge de notre Cour) a fait un résumé utile de cette règle et son résumé a été repris par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'arrêt *R. c. Leipter*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 9 :

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation de l'importance du

14

15

16

17

the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [Emphasis added.]

18 This passage usefully recognizes the dual objectives which underlie the informer privilege rule. Not only does the ban on revealing the informer's identity protect that informer from possible retribution, it also sends a signal to potential informers that their identity, too, will be protected. Without taking away from the particular protection afforded by the rule to an individual informer in a given case, we must emphasize the general protection afforded by the rule to *all* informers, past and present.

19 This general protection is so important that it renders informer privilege a matter beyond the discretion of a trial judge. As McLachlin J. wrote in *Leipert* at para. 12:

Informer privilege is of such importance that once found, courts are not entitled to balance the benefit enuring from the privilege against countervailing considerations . . . [Emphasis added.]

20 To similar effect was the Court's finding in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93, that the application of the rule "does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound".

21 Thus a court does not have any discretion with regard to the privilege; a court is under a duty to protect the informer's identity. Indeed, the duty of a court not to breach the privilege is of the same nature as the duty of the police or the Crown.

22 It deserves emphasizing here that the rationale for the privilege's existence is not something that

rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu'ils peuvent détenir relativement à la perpétration d'un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l'importance de dissimuler l'identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [Je souligne.]

Ce passage fait utilement ressortir le double objectif sur lequel repose la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. L'interdiction de dévoiler l'identité de l'indicateur sert non seulement à protéger l'indicateur de représailles possibles, mais aussi à envoyer aux indicateurs éventuels le message que leur identité sera elle aussi protégée. Sans minimiser l'importance de la protection particulière assurée par la règle à un indicateur donné, il nous faut mettre l'accent sur la protection générale que la règle assure à *tous* les indicateurs, antérieurs et actuels.

Cette protection générale revêt une telle importance que l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. La juge McLachlin s'est exprimée ainsi dans l'arrêt *Leipert* au par. 12 :

Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'une fois qu'ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas soupeser l'avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires . . . [Je souligne.]

Notre Cour est arrivée à une conclusion dans le même sens dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, p. 93, en affirmant que l'application de la règle « ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge ».

Ainsi, un tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire relativement au privilège; il est tenu de protéger l'identité de l'indicateur. En fait, le devoir du tribunal de ne pas enfreindre ce privilège est le même que celui de la police ou du ministère public.

Il faut souligner ici que les raisons qui justifient l'existence du privilège ne permettent pas que l'on



allows for weighing on a case-by-case basis the maintenance or scope of the privilege depending on what risks the informer might face. Informer privilege is a class privilege that always applies when it has been established that a confidential informer is present.

Once it has been established that the privilege exists, the court is bound to apply the rule. It is the non-discretionary nature of the informer privilege rule which explains that the rule is referred to as “absolute”: see R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at p. 2-7. The Crown has a similar obligation: the privilege is “owned” by both the Crown and the informer himself, so the Crown has no right to disclose the informer’s identity: *Leipert*, at para. 15.

This is a highly exceptional case. Usually, the informer is not a party to the proceedings, nor is he or she going to be a witness. The Crown will not be presenting his or her evidence. The confidential information is used by the police in its investigation, leading to evidence that will be presented in the usual way. The question of informer privilege is more likely to arise indirectly at trial, as when counsel seeks to cross-examine a Crown witness on whether he or she is or has been a confidential informer, or when a police officer is questioned on what led him or her to take a certain step and the officer invokes the informer privilege. Where such an informer reveals his or her identity, this would normally signify that he or she desires to waive the privilege. This could not have been the case in the present context however. Here, the Named Person came forth for the very purpose of enforcing the confidential informer agreement. The extradition judge was wrong in finding that the Named Person compromised the privilege by revealing his status. The extradition judge’s decision on waiver is possibly due to the unusual circumstances of this case and the absence of clear precedent to provide guidance.

évalue au cas par cas le maintien ou la portée du privilège en fonction des risques auxquels pourrait s’exposer l’indicateur. Le privilège relatif aux indicateurs de police est un privilège générique s’appliquant chaque fois que la présence d’un indicateur confidentiel est établie.

Dès lors que l’existence du privilège est démontrée, le tribunal a l’obligation d’appliquer la règle. C’est parce qu’elle revêt un caractère non discrétionnaire que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police est qualifiée d’« absolue » : voir R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 2-7. Le ministère public a une obligation semblable : le privilège « appartient » tant au ministère public qu’à l’indicateur lui-même, de sorte que le ministère public n’a pas le droit de révéler l’identité de l’indicateur : *Leipert*, par. 15.

Le présent pourvoi revêt un caractère tout à fait exceptionnel. Habituellement, l’indicateur n’est pas une partie à l’instance et ne sera pas cité comme témoin. Le ministère public ne présentera pas ses éléments de preuve. Les renseignements confidentiels sont utilisés par la police dans le cadre de son enquête et mènent à l’obtention des éléments de preuve qui seront présentés de la manière habituelle. La question du privilège relatif aux indicateurs de police est plus susceptible de se poser indirectement lors du procès, par exemple lorsque l’avocat veut contre-interroger un témoin du ministère public pour savoir s’il est ou a été indicateur confidentiel, ou lorsqu’un policier est interrogé sur les raisons qui l’ont amené à prendre une certaine mesure et qu’il invoque alors le privilège relatif aux indicateurs de police. S’il dévoile son identité, l’indicateur laisse généralement entendre qu’il souhaite renoncer au privilège. Il n’aurait pas pu en être ainsi dans le présent contexte toutefois. En l’espèce, la personne désignée s’est manifestée dans le but exprès de faire respecter l’entente de confidentialité qu’elle avait conclue. Le juge d’extradition a eu tort de conclure que la personne désignée avait violé le privilège en se manifestant. La décision du juge relative à la renonciation est peut-être attribuable aux circonstances peu ordinaires de l’affaire et à l’absence d’un précédent clair pour le guider.

23

24

25 Moreover, the informer himself or herself cannot unilaterally decide to “waive” the privilege. The authors of *The Law of Evidence in Canada* write, at p. 883, that “[t]he privilege belongs to both the Crown and the informer and thus the informer alone cannot ‘waive’ the privilege and neither can a party in a civil proceeding”: J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999) (emphasis in original). Courts in the United Kingdom have found that a court may refuse to disclose an informer’s identity even if he or she has explicitly requested disclosure: see *Powell v. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL) (C.A.), and *Savage v. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061 (C.A.).

26 In addition to its absolute non-discretionary nature, the rule is extremely broad in its application. The rule applies to the identity of every informer: it applies where the informer is not present, where the informer is present, and even where the informer himself or herself is a witness. It applies to both documentary evidence and oral testimony: Sopinka, Lederman and Bryant, at pp. 882-83. It applies in criminal and civil trials. The duty imposed to keep an informer’s identity confidential applies to the police, to the Crown, to attorneys and to judges: Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-2. The rule’s protection is also broad in its coverage. Any information which might tend to identify an informer is protected by the privilege. Thus the protection is not limited simply to the informer’s name, but extends to any information that might lead to identification.

27 The informer privilege rule admits but one exception: it can be abridged if necessary to establish innocence in a criminal trial (there are no exceptions to the rule in civil proceedings). According to the innocence at stake exception, “there must be a basis on the evidence for concluding that disclosure of the informer’s identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused”: *Leipert*, at para. 21. It stands to be emphasized that the exception will apply only if there is an evidentiary basis for the conclusion; mere speculation will not

De plus, l’indicateur lui-même ne peut décider unilatéralement de « renoncer » au privilège. Selon les auteurs de *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 883, [TRADUCTION] « [l]e privilège appartient à la fois au ministère public et à l’indicateur et, partant, l’indicateur ne peut prendre seul la décision d’y renoncer, ni non plus une partie en matière civile » : J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999) (en italique dans l’original). Au Royaume-Uni, les tribunaux ont conclu qu’un juge peut refuser de dévoiler l’identité d’un indicateur, même si ce dernier lui présente une demande expresse en ce sens : voir *Powell c. Chief Constable of North Wales Constabulary*, [1999] E.W.J. No. 6844 (QL) (C.A.), et *Savage c. Chief Constable of Hampshire*, [1997] 1 W.L.R. 1061 (C.A.).

Outre son caractère absolu et non discrétionnaire, la règle est d’application extrêmement large. Elle s’applique à l’identité de tout indicateur de police, qu’il soit ou non présent et même s’il est lui-même un témoin. Elle s’applique tant à la preuve documentaire qu’aux témoignages de vive voix : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 882-883. Elle s’applique en matières pénales et civiles. L’obligation de garder secrète l’identité des indicateurs est imposée aux policiers, au ministère public, aux avocats et aux juges : Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-2. La règle offre également une protection très étendue. Tous les renseignements susceptibles de permettre l’identification d’un indicateur sont protégés par le privilège. Ainsi, la protection ne vise pas uniquement le nom de l’indicateur de police, mais aussi tous les renseignements susceptibles de servir à l’identifier.

La règle du privilège relatif aux indicateurs de police n’admet qu’une seule exception : elle peut être écartée si cette mesure est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé dans une procédure pénale (il n’y a pas d’exception à la règle en matière civile). Suivant l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé, « la preuve doit révéler l’existence d’un motif de conclure que la divulgation de l’identité de l’indicateur est nécessaire pour démontrer l’innocence de l’accusé » : *Leipert*, par. 21. Il y a lieu de souligner que l’exception

suffice: Sopinka, Lederman and Bryant, at p. 884. The exception applies only where disclosure of the informer's identity is the *only* way that the accused can establish innocence: *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185, 2002 SCC 32, at para. 4.

In this Court's decision in *Leipert*, it was clearly established that innocence at stake is the *only* exception to the informer privilege rule. The rule does not allow an exception for the right to make full answer and defence. Nor does the rule allow an exception for disclosure under *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. Indeed, the Court's decision in *Leipert* suggests, at para. 24, that an absolute informer privilege rule, subject only to the innocence at stake exception, is consistent with the *Charter's* provisions dealing with trial rights:

To the extent that rules and privileges stand in the way of an innocent person establishing his or her innocence, they must yield to the *Charter* guarantee of a fair trial. The common law rule of informer privilege, however, does not offend this principle. From its earliest days, the rule has affirmed the priority of the policy of the law "that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved" by permitting an exception to the privilege where innocence is at stake: *Marks v. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. It is therefore not surprising that this Court has repeatedly referred to informer privilege as an example of the policy of the law that the innocent should not be convicted, rather than as a deviation from it.

For the sake of clarity, it is useful to pause here to explain the law regarding what were argued before us as some "other" exceptions to the informer privilege rule. As already noted, the only real exception to the informer privilege rule is the innocence at stake exception: *Leipert*. All other purported exceptions to the rule are either applications of the innocence at stake exception or

s'applique uniquement s'il existe des preuves étayant une telle conclusion; les simples conjectures ne suffisent pas : Sopinka, Lederman et Bryant, p. 884. L'exception s'applique uniquement dans les cas où la divulgation de l'identité de l'indicateur de police est le *seul* moyen pour l'accusé de faire la preuve de son innocence : *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, 2002 CSC 32, par. 4.

Dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a clairement établi que la démonstration de l'innocence de l'accusé est la *seule* exception à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. Ne sont admis comme exception à la règle ni le droit à une défense pleine et entière, ni le droit à la communication de la preuve au titre de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. D'ailleurs, dans l'arrêt *Leipert*, notre Cour a laissé entendre, au par. 24, que le privilège relatif aux indicateurs de police en tant que règle absolue, sous réserve uniquement de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, est conforme aux dispositions de la *Charte* portant sur le droit à un procès équitable :

Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d'établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. Or, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe. Dès son origine, la règle a reconnu la priorité du principe de droit selon lequel [TRADUCTION] « il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence », en permettant de faire exception au privilège dans le cas où l'innocence d'une personne est en jeu : *Marks c. Beyfus* [(1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.)]. Il n'est donc pas étonnant que notre Cour ait, à maintes reprises, décrit le privilège relatif aux indicateurs de police comme un exemple du principe de droit voulant qu'on ne doive pas condamner une personne innocente, plutôt que comme une dérogation à ce principe.

Par souci de clarté, j'estime utile à ce moment d'expliquer l'état du droit en ce qui concerne quelques « autres » exceptions à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police qui ont été invoquées devant nous. Comme je l'ai déjà indiqué, l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé est la seule véritable exception au privilège relatif aux indicateurs de police : *Leipert*. Toutes

28

29

else examples of situations in which the privilege does not actually apply. For example, situations in which the informer is a material witness to a crime fall within the innocence at stake exception: *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 996. The privilege does not apply to an individual whose role extends beyond that of an informer to being an *agent provocateur*: *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.); Hubbard, Magotiaux and Duncan, at p. 2-28. Similarly, situations in which s. 8 of the *Charter* is invoked to argue that a search was not undertaken on reasonable grounds may fall within the innocence at stake exception: *Scott*. Thus, as I noted, the only time that the privilege, once found, can be breached, is in the case of an accused raising the innocence at stake exception. All other so-called exceptions are simply applications of this one true exception: *Scott*, at p. 996; D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 254.

les autres prétendues exceptions à la règle constituent, en fait, soit des cas d'application de l'exception relative à la démonstration de l'innocence, soit des cas où le privilège ne s'applique pas réellement. Par exemple, les cas où l'indicateur de police est un témoin essentiel d'un crime sont visés par l'exception relative à la démonstration de l'innocence : *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, p. 996. Le privilège ne s'applique pas à la personne qui, en plus d'être un indicateur de police, a agi comme agent provocateur : *R. c. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.); Hubbard, Magotiaux et Duncan, p. 2-28. De même, l'exception relative à la démonstration de l'innocence peut s'appliquer dans les cas où l'art. 8 de la *Charte* est invoqué pour plaider qu'une fouille ou une perquisition n'était pas fondée sur des motifs raisonnables : *Scott*. Ainsi, comme je l'ai mentionné, l'exception relative à la démonstration de l'innocence d'un accusé est la seule exception au privilège, une fois son existence reconnue. Toutes les autres soi-disant exceptions ne constituent en fait que l'application de cette seule véritable exception : *Scott*, p. 996; D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 2005), p. 254.

30

In conclusion, the general rationale for the informer privilege rule requires a privilege which is extremely broad and powerful. Once a trial judge is satisfied that the privilege exists, a complete and total bar on any disclosure of the informer's identity applies. Outside the innocence at stake exception, the rule's protection is absolute. No case-by-case weighing of the justification for the privilege is permitted. All information which might tend to identify the informer is protected by the privilege, and neither the Crown nor the court has any discretion to disclose this information in any proceeding, at any time.

En conclusion, la justification générale de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police exige un privilège extrêmement large et impératif. Une fois que le juge du procès est convaincu de l'existence du privilège, toute divulgation de l'identité de l'indicateur est absolument interdite. Mise à part l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé, la règle jouit d'une protection absolue. La justification du privilège ne peut faire l'objet d'une évaluation au cas par cas. Le privilège assure la protection de tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, et ni le ministère public ni le tribunal n'ont le moindre pouvoir discrétionnaire de communiquer ces renseignements dans une instance, en aucun temps.

#### B. *The Open Court Principle*

#### B. *Principe de la publicité des débats judiciaires*

31

The "open court principle" is a "hallmark of a democratic society", as this Court said in *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43, at para.

Le « principe de la publicité des débats en justice » est une « caractéristique d'une société démocratique », comme notre Cour l'a déclaré dans

23. This principle, as the Court noted in that case, “has long been recognized as a cornerstone of the common law” (para. 24), and has been recognized as part of the law since as far back as *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), and *Ambard v. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (P.C.), where Lord Atkin wrote, at p. 335: “Justice is not a cloistered virtue”. “Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity” (J. H. Burton, ed., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), at p. 115).

Open courts have several distinct benefits. Public access to the courts allows anyone who cares to know the opportunity to see “that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law”: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480 (“CBC”), at para. 22. An open court is more likely to be an independent and impartial court. Justice seen to be done is in that way justice more likely to be done. The openness of our courts is a “principal component” of their legitimacy: *Vancouver Sun*, at para. 25.

In addition to its longstanding role as a common law rule required by the rule of law, the open court principle gains importance from its clear association with free expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. In the context of this appeal, it is important to note that s. 2(b) provides that the state must not interfere with an individual’s ability to “inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents” (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1338, citing *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597). La Forest J. adds at para. 24 of *CBC*: “[e]ssential to the freedom of the press to provide information to the public is the ability of the press to have access to this information” (emphasis added). Section 2(b)

l’arrêt *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43, par. 23. Comme notre Cour l’a signalé dans cet arrêt, ce principe « est depuis longtemps reconnu comme une pierre angulaire de la common law » (par. 24) et figure au nombre de nos principes de droit depuis les arrêts *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 417 (H.L.), et *Ambard c. Attorney-General for Trinidad and Tobago*, [1936] A.C. 322 (C.P.), dans lequel lord Atkin s’est exprimé ainsi à la p. 335 : [TRADUCTION] « La justice ne se rend pas derrière des portes closes ». [TRADUCTION] « La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l’effort et la meilleure des protections contre l’improbité » (J. H. Burton, dir., *Benthamiana : or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115).

La publicité des débats judiciaires présente plusieurs avantages distincts. L’accès du public aux tribunaux offre à toute personne qui le souhaite la possibilité de constater « que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480 (« *Société Radio-Canada* »), par. 22. La publicité des débats judiciaires favorise l’indépendance et l’impartialité des tribunaux. S’il y a apparence de justice, il est alors plus probable que justice soit rendue. La publicité des débats constitue « l’élément principal » de la légitimité du processus judiciaire : *Vancouver Sun*, par. 25.

Outre son rôle de longue date comme règle de common law inhérente à la primauté du droit, le principe de la publicité des débats judiciaires est d’autant plus important qu’il est manifestement lié à la liberté d’expression, garantie à l’al. 2b) de la *Charte*. Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de noter que l’al. 2b) dispose que l’État ne doit pas empêcher les particuliers « d’examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires » (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1338, citant *Nixon c. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), p. 597). Le juge La Forest ajoute au par. 24 de l’arrêt *Société Radio-Canada* que « [p]our que la presse exerce sa liberté d’informer le public, il

also protects the ability of the press to have access to court proceedings (*CBC*, at para. 23; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at para. 53).

est essentiel qu'elle puisse avoir accès à l'information » (je souligne). L'alinéa 2b) protège également le droit de la presse d'assister aux instances judiciaires (*Société Radio-Canada*, par. 23; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 53).

34

Returning to our examination of the open court principle, I note that it is clearly a broad principle of general application to all judicial proceedings. The principle has gained some jurisprudential purchase through this Court's decisions in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76. In those decisions, the Court developed a test — colloquially known as the *Dagenais/Mentuck* test — “to balance freedom of expression and other important rights and interests, thereby incorporating the essence of the balancing of the *Oakes* test”: *Vancouver Sun*, at para. 28. The test has two parts, which mirror the minimal impairment and proportionality steps in the s. 1 analysis set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The test was set out at para. 23 of *Mentuck*.

Revenant à notre examen du principe de la publicité des débats judiciaires, je constate qu'il s'agit manifestement d'un principe général s'appliquant à toutes les procédures judiciaires. Ce principe est reconnu dans la jurisprudence depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76. Dans ces arrêts, notre Cour a élaboré un critère — couramment appelé le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* — « afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts, incorporant ainsi l'essence de la pondération selon le critère de l'arrêt *Oakes* » : *Vancouver Sun*, par. 28. Le critère comporte deux volets, qui reprennent les étapes de l'analyse de l'article premier relatives à l'atteinte minimale et à la proportionnalité énoncées dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le critère a été formulé au par. 23 de l'arrêt *Mentuck*.

35

However, we need not delve into a detailed analysis of the *Dagenais/Mentuck* test. As the Court made clear in *Dagenais*, at pp. 874-75, the test was intended to apply only to exercises of discretionary power by a trial judge. This understanding of the test was reaffirmed in *Vancouver Sun*, at para. 31, where Iacobucci and Arbour JJ. expanded the application of the test beyond discretionary publication bans (which were at issue in the *Dagenais* and *Mentuck* decisions) to “all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings” (emphasis added).

Toutefois, il n'est pas nécessaire d'analyser en profondeur le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck*. Comme la Cour l'a clairement indiqué dans *Dagenais*, p. 874-875, le critère devait uniquement s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Cette interprétation du critère a été réaffirmée dans l'arrêt *Vancouver Sun*, par. 31, où les juges Iacobucci et Arbour ont étendu l'application du critère, élaboré dans le contexte des interdictions de publication d'ordre discrétionnaire (en cause dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*) pour qu'il « s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires » (je souligne).

36

The *Dagenais/Mentuck* test has a wide area of application, but we must take caution not to widen it beyond its proper scope. The test was never intended to apply to all actions limiting freedom of

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

expression in a court. The limitation to discretionary action was clear from the test's first incarnation in *Dagenais*, where Lamer C.J. wrote at pp. 874-75:

Challenges to publication bans may be framed in several different ways, depending on the nature of the objection to the ban. If legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself. Similarly, if a common law rule requires a judge to order a publication ban or authorizes a judge to order a publication ban that infringes *Charter* rights in a manner not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the common law rule. [Emphasis in original.]

As should now be clear from the examination of the informer privilege rule, it is this last situation which faces the Court in this case. *Dagenais/Mentuck*, insofar as that line of cases now represents a “test” for the application of the open court principle in discretionary action by courts, does not apply to the privilege in this case. The informer privilege rule does *not* provide a trial judge with a discretionary power to order a publication ban. Quite the contrary. When a trial judge finds that an informer privilege exists, then, as the Court stated in *Bisaillon v. Keable*, at p. 93, “[i]ts application does not depend on the judge’s discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound”.

### C. *Secrecy and Openness*

What is being argued in this case is that the informer privilege rule is discretionary, and that judges have the power to determine, on a

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*, où le juge en chef Lamer a déclaré ce qui suit aux p. 874-875 :

La contestation d’une interdiction de publication peut prendre différentes formes, suivant la nature de l’opposition à l’interdiction. Si, aux termes d’une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d’une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte*. De même, si une règle de common law contraint un juge ou l’autorise à rendre une ordonnance de non-publication qui viole des droits garantis par la *Charte* d’une façon qui n’est pas raisonnable et qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, toute opposition à cette ordonnance devrait revêtir la forme d’une contestation de la règle de common law, fondée sur la *Charte*. [Souligné dans l’original.]

Il devrait désormais clairement ressortir de l’examen de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police que c’est de cette dernière situation dont notre Cour est saisie en l’espèce. Les arrêts *Dagenais/Mentuck*, dans la mesure où ce courant jurisprudentiel constitue désormais le « critère » devant servir de fondement à l’application du principe de la publicité des débats judiciaires dans le cas de l’exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire, ne s’appliquent pas au privilège revendiqué en l’espèce. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police *ne* confère *pas* au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance d’interdiction de publication. Bien au contraire. Lorsque le juge du procès conclut à l’existence d’un privilège relatif aux indicateurs de police, alors, comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Bisaillon c. Keable*, p. 93, « [s]on application ne relève en rien de la discrétion du juge car c’est une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge ».

### C. *Secret et transparence*

En l’espèce, on affirme que la règle du privilège relatif aux indicateurs de police est discrétionnaire et que les juges ont le pouvoir de déterminer, dans

case-by-case basis, whether the courtroom should be closed to protect informer privilege.

39

This proposition cannot be accepted. The informer privilege rule is mandatory (subject only to the “innocence at stake” exception). To permit trial judges wide discretion in determining whether to protect informer privilege would undermine the purposes of the rule. Part of the rationale for a mandatory informer privilege rule is that it encourages would-be informers to come forward and report on crimes, safe in the knowledge that their identity will be protected. A rule that gave trial judges the power to decide on an *ad hoc* basis whether to protect informer privilege would create a significant disincentive for would-be informers to come forward, thereby eviscerating the usefulness of informer privilege and dealing a great blow to police investigations.

40

Although a judge has no discretion not to apply the informer privilege rule, to ensure that the open court principle is respected, we must ensure that it retains the maximum effect possible by requiring that the informer privilege cover only that information which would in fact tend to reveal an informer’s identity; all other information regarding the proceeding would continue to be information which should be published under the open court principle. It is clear therefore that an informer need simply indicate that it is necessary to proceed *in camera*. No reasons need be given at this point because the basis of the informer status is the very issue to be examined *in camera* at the first stage, i.e. at the stage where the privilege is to be found to be present.

41

In more practical terms, this will mean that a trial judge must have the authority to hold an entire proceeding *in camera* if informer privilege is found to be present; however, an entirely *in camera* proceeding should be seen as a last resort. A judge

chaque cas, si la protection du privilège exige le huis clos.

Cette proposition est inacceptable. La règle du privilège relatif aux indicateurs de police est impérative (sous réserve seulement de l’exception de la « démonstration de l’innocence de l’accusé »). Accorder aux juges du procès un vaste pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer si le privilège relatif aux indicateurs de police doit être protégé minerait les fins de cette règle. La règle impérative du privilège relatif aux indicateurs de police se justifie en partie parce qu’elle encourage les indicateurs éventuels à se manifester et à dénoncer les crimes, confiants que leur identité sera protégée. Une règle qui accorderait aux juges du procès le pouvoir de déterminer dans chaque cas si le privilège de l’indicateur doit être protégé aurait pour effet de décourager les indicateurs éventuels de se manifester, ce qui anéantirait ainsi l’utilité du privilège et porterait un grand coup aux enquêtes policières.

Même si un juge ne peut à sa discrétion refuser d’appliquer la règle du privilège relatif aux indicateurs de police, nous devons, afin d’assurer le respect du principe de la publicité des débats judiciaires, veiller à ce qu’il produise son effet dans toute la mesure du possible en exigeant que le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique uniquement aux renseignements réellement susceptibles de révéler l’identité de l’indicateur; tous les autres renseignements sur l’instance demeureraient des renseignements pouvant être publiés en application du principe de la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, l’indicateur n’a qu’à indiquer que l’audience doit se dérouler à huis clos. Il n’est pas tenu de justifier sa demande à ce moment parce que son rôle d’indicateur de police constitue la question même qui sera tranchée à huis clos à la première étape, c’est-à-dire à l’étape où le juge doit décider si un privilège existe.

C’est donc dire, plus concrètement, que s’il conclut à l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police, le juge du procès doit avoir le pouvoir de tenir toute la procédure à huis clos. Toutefois, il ne devrait prendre une telle mesure



ought to make every effort to ensure that as much information as possible is made public, and that disclosure and publication are restricted only for that information which might tend to reveal the informer's identity.

This approach is in line with the one taken to the open court principle in *Dagenais* and *Mentuck*. As noted above (at para. 35), the test set out in those cases is a particular attempt to balance open courts with secrecy requirements in situations of judicial discretion. In other words, it is one application of the open court principle to a situation of secrecy. This case presents a different application: where the secrecy arises out of the informer privilege rule and allows the trial judge no discretion, *Dagenais/Mentuck* does not apply.

In this case, the trial judge found that the common law rule requiring a publication ban was discretionary. He therefore disposed of the appellant Named Person's claim as if it were governed by the *Dagenais/Mentuck* test. With respect, he erred in this regard. As a result, the parties chose not to bring the *Charter* application required to challenge a mandatory common law rule, and there is no *Charter* challenge before us.

The range of situations in which the open court principle and informer privilege are in conflict is not easy to describe in the abstract. As noted earlier, informer privilege arises most often in the course of a criminal trial, when a Crown witness is asked on cross-examination about the source of some information which led to the trial. I do not think it is necessary at this time to weigh in on the specific application of the open courts principle in such circumstances. The facts before this Court in this case present a different, less common

qu'en dernier ressort. Le juge doit prendre toutes les mesures possibles pour assurer au public l'accès le plus complet aux débats et ne restreindre la communication et la publication de renseignements que si ces renseignements sont susceptibles de révéler l'identité de l'indicateur.

Cette approche est conforme à la démarche retenue dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* à l'égard du principe de la publicité des débats judiciaires. Comme je l'ai déjà fait remarquer (au par. 35), le critère énoncé dans ces arrêts visait en particulier à établir l'équilibre entre le principe de la publicité des débats judiciaires et les exigences de confidentialité dans les cas où les juges exercent leur pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, il s'agit d'un cas d'application du principe de la publicité des débats judiciaires à une cause assujettie au secret. Il n'en est pas ainsi en l'espèce : si l'exigence de confidentialité découle de l'application de la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et ne laisse aucun pouvoir discrétionnaire au juge, le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* ne s'applique pas.

En l'espèce, le juge de première instance a décidé que la règle de common law exigeant une interdiction de publication était discrétionnaire. Il a donc rendu sa décision à l'égard de la demande de la personne désignée comme si le critère des arrêts *Dagenais/Mentuck* s'appliquait. En toute déférence, il a commis une erreur à cet égard. En conséquence, les parties ont choisi de ne pas invoquer la *Charte* pour contester une règle de common law impérative, et nous ne sommes pas saisis d'une contestation fondée sur la *Charte*.

Il n'est pas facile de décrire dans l'abstrait toutes les situations dans lesquelles il peut y avoir conflit entre le principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège relatif aux indicateurs de police. Comme je l'ai indiqué précédemment, le privilège relatif aux indicateurs de police est le plus souvent revendiqué dans le contexte d'un procès criminel, lorsqu'un témoin du ministère public est contre-interrogé au sujet de la source de certains renseignements ayant occasionné la tenue du procès. À mon sens, il n'est pas

42

43

44

circumstance in which the open court principle must still accommodate the protection of informer privilege. In order to see clearly how this ought to play out, I think it is useful to describe the procedure to be followed by a judge in a case of informer privilege such as the one before the Court. The procedure described below, although informed by the particular facts of this case, will nonetheless provide guidance in all cases where a question of informer privilege arises; other circumstances may of course require the court to modify this approach accordingly.

#### D. *The Procedure to Be Followed*

45 The interface between the informer privilege rule and the open court principle in the context of a hearing where a party claims to be a confidential police informant must at the same time allow for the protection of the identity of the informer from any possibility of disclosure and the maintenance of public access to the courtroom to the greatest extent possible. In order to best illustrate how this can be achieved, I will in what follows set out a procedure to be followed in a case such as the one before the Court, where an individual who is in the midst of criminal or quasi-criminal proceedings for some reason discloses to the court his or her status as a confidential informer.

46 In such a proceeding, the parties before the judge will be the individual and the Attorney General of Canada (or the Crown). If the individual wishes to make a claim that he or she is a confidential informer, he or she should ask the judge to adjourn the proceedings immediately and continue *in camera*. The proceedings will proceed *in camera*, with only the individual and the Attorney General present, in order to determine if sufficient evidence exists to determine that the person is a confidential informer and therefore able to claim informer privilege.

nécessaire à ce moment d'examiner l'application particulière du principe de la publicité des débats judiciaires dans de telles circonstances. En l'espèce, les faits soumis à notre Cour indiquent une situation différente et moins commune où le principe de la publicité des débats judiciaires doit permettre l'application du privilège relatif aux indicateurs de police. Afin d'illustrer clairement la façon de procéder, j'estime utile de décrire la démarche que doit suivre le juge saisi d'une cause faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police comme en l'espèce. La marche à suivre exposée ci-après, bien qu'elle soit fonction des faits propres à l'espèce, pourra quand même servir d'exemple dans tous les cas où se pose une question de privilège relatif aux indicateurs de police; le tribunal pourra bien sûr modifier la démarche pour l'adapter à des faits différents.

#### D. *La démarche*

Dans le contexte d'une audience où une partie affirme être un indicateur confidentiel de la police, la relation entre la règle du privilège relatif aux indicateurs de police et le principe de la publicité des débats judiciaires doit à la fois permettre la protection de l'indicateur contre toute possibilité que son identité soit révélée et assurer, dans la mesure du possible, l'accès du public à la salle d'audience. Pour bien illustrer le moyen d'atteindre cet objectif, j'exposerai ci-après une démarche à suivre dans un cas comme celui qui nous occupe où, dans une instance criminelle ou quasi criminelle, une personne dévoile au tribunal son rôle d'indicateur confidentiel.

Dans une telle instance, les parties seront la personne qui revendique le privilège et le procureur général du Canada (ou le ministère public). Si la personne souhaite revendiquer le rôle d'indicateur confidentiel, elle doit demander au juge de prononcer sans tarder l'ajournement et de poursuivre l'audition de l'affaire à huis clos. L'instance se poursuivra à huis clos en présence uniquement de cette personne et du procureur général afin que le juge détermine si la preuve est suffisante pour conclure que la personne est un indicateur confidentiel et, partant, qu'elle peut revendiquer le privilège.

While the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply. This means that under no circumstances should any third party be admitted to the proceedings, and even the claim of informer privilege must not be disclosed. The only parties admitted in this part of the proceeding are the person who seeks the protection of the privilege and the Attorney General. It is the responsibility of the judge at this stage to demand from the parties some evidence which satisfies the judge, on balance, that the person is a confidential informer. Once it has been established on the evidence that the person is a confidential informer, the privilege applies. I cannot overemphasize the importance of this last point. The judge *has no discretion* not to apply the privilege: *Bisailon v. Keable*, at p. 93. If the person is an informer, the privilege applies fully.

Of course, we must make allowances for the difficult position that the judge will be in, namely an *in camera* proceeding in which both parties — the alleged informer and the Attorney General — will often both be arguing in favour of the same conclusion. (Conceivably, of course, the Attorney General might dispute the individual's claim to informer privilege status.) If such a circumstance should arise, the non-adversarial nature of the proceedings at this stage may cause concern. Therefore, it may be permissible in some cases for a judge to appoint an *amicus curiae* in order to assist in the determination of whether or not the evidence supports the conclusion that the person is a confidential informer. However, the mandate of the *amicus* must be precise, and the role of the *amicus* must be limited to this factual task. The legal issues are of another nature. The judge alone makes the legal determination that a confidential informer is present, and that the informer privilege applies. Here, the *amicus* was asked what was the scope of the privilege. Moreover, given the importance of protecting the confidential informer's identity, if a trial judge decides that the assistance of an *amicus* is needed, caution must be taken to ensure that the *amicus* is provided with only that information which is absolutely essential to determining if the

Alors que le juge détermine si le privilège s'applique, la plus grande prudence s'impose en supposant que le privilège s'applique. Ainsi, aucun tiers ne peut être admis dans la salle d'audience sous aucun prétexte, et même la revendication du privilège de l'indicateur ne doit pas être révélée. Les seules parties admises à cette étape de l'instance sont la personne qui demande la protection au titre du privilège et le procureur général. Il incombe au juge à cette étape d'exiger que les parties lui présentent des preuves qui, tout compte fait, le convaincront que la personne est un indicateur confidentiel. Une fois établi par la preuve le rôle d'indicateur confidentiel de la personne, le privilège s'applique. Je ne saurais trop insister sur l'importance de ce dernier point. Le juge *n'a pas le pouvoir* de refuser d'appliquer le privilège : *Bisailon c. Keable*, p. 93. Si la personne est un indicateur, le privilège s'applique pleinement.

De toute évidence, il faut tenir compte de la position plutôt délicate dans laquelle se trouve le juge : il tient une audience à huis clos dans laquelle les deux parties — le présumé indicateur et le procureur général — plaident souvent toutes les deux dans le même sens. (Le procureur général pourrait, bien entendu, contester la revendication du privilège.) Le cas échéant, le caractère non contradictoire de l'instance à cette étape peut être source de préoccupation. Par conséquent, dans certains cas, il serait loisible au juge de nommer un *amicus curiae* qui l'aiderait à déterminer si la preuve permet de conclure que la personne est un indicateur confidentiel. Toutefois, l'*amicus curiae* doit être investi d'un mandat précis, et son rôle ne peut dépasser les limites de cette analyse des faits. Les questions de droit revêtent une toute autre nature. Le juge seul détermine, en droit, s'il est en présence d'un indicateur confidentiel et si le privilège de l'indicateur s'applique. Dans cette affaire, le juge a demandé à l'*amicus curiae* de se prononcer sur l'étendue du privilège. En outre, étant donné l'importance que revêt la protection de l'identité de l'indicateur confidentiel, le juge doit veiller, s'il estime que l'aide d'un *amicus curiae* est requise, à ne lui fournir que les renseignements dont il a absolument besoin pour déterminer si le privilège s'applique. Vu le mandat

47

48

privilege applies. Given the mandate of the *amicus* in the present case, it appears that the appointment was inappropriate.

49

In the course of the determination of whether or not the privilege applies, the proceedings will be carried on *in camera*. During this determination, the only parties with standing will be the Attorney General and the person claiming the protection of the privilege, in addition to an *amicus* with the mandate set out above, in those unusual situations in which the judge finds this to be necessary. No other parties have standing in this part of the proceeding. The reason for this is simple: since the determination of the applicability of the privilege is a simple matter of determining whether the person is indeed a confidential informer — I repeat that no balancing of competing legal interests or rights is at stake — no one else will have any arguments of value to contribute to this determination. Furthermore, allowing third parties standing at this stage would needlessly increase the risk of disclosure of the identity of the confidential informer.

50

Having established the existence of an informer privilege, the judge is charged with carrying on the proceedings without violating that privilege by disclosing any information that might tend to reveal the confidential informer's identity while at the same time protecting and promoting the values of the open court principle.

51

In determining the proper way of protecting informer privilege and realizing the open court principle, the judge must concern himself or herself with minimal intrusion. He or she may allow submissions from individuals or organizations other than the Attorney General and the informer at this point. This is of course because the Attorney General and the confidential informer will argue strenuously in favour of restricting any and all disclosure of information related to the proceeding, eliminating the efficiencies of the adversarial process. Restricted disclosure will of course be necessary to protect the privileged information, but the protection of the open court principle demands that all information necessary to ensure that meaningful submissions,

confié à l'*amicus curiae* dans cette affaire, sa nomination était manifestement inappropriée.

Les procédures menant à la décision que le privilège s'applique ou non se déroulent à huis clos. Les seules parties ayant alors qualité pour agir sont le procureur général et la personne qui revendique le privilège, de même que l'*amicus curiae* investi du mandat susmentionné dans les situations inusitées où le juge estime sa participation nécessaire. Aucune autre partie n'est autorisée à participer à cette étape de l'instance. Il en est ainsi tout simplement parce que, pour décider si le privilège s'applique, il suffit de déterminer si la personne est effectivement un indicateur confidentiel — je répète qu'il n'y pas d'intérêts juridiques ou de droits opposés à mettre en balance — et aucune autre personne ne peut présenter d'arguments utiles à cet égard. Qui plus est, donner à des tiers qualité pour agir à cette étape ne ferait qu'accroître inutilement le risque que l'identité de l'indicateur confidentiel soit dévoilée.

Une fois qu'il a conclu à l'existence d'un privilège relatif aux indicateurs de police, le juge doit poursuivre l'audition de l'affaire sans porter atteinte à ce privilège par la communication de tout renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur confidentiel, tout en protégeant et en favorisant les valeurs sur lesquelles repose le principe de la publicité des débats judiciaires.

Lorsqu'il détermine la façon appropriée de protéger le privilège relatif aux indicateurs de police et d'appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires, le juge doit trouver une façon de limiter l'atteinte à ces principes. Il peut à cette étape permettre à des personnes ou des organismes autres que le procureur général et l'indicateur de présenter des observations. Il en est ainsi, bien sûr, parce que le procureur général et l'indicateur confidentiel plaideront énergiquement en faveur de la non-communication de tous les renseignements se rapportant à l'instance, écartant tout bénéfice du débat contradictoire. Bien sûr, la protection des renseignements auxquels s'attache le privilège imposera des limites à la communication de renseignements,

which can be disclosed without breaching the privilege, ought to be disclosed. Therefore, standing may be given at this stage to individuals or organizations who will make submissions regarding the importance of ensuring that the informer privilege not be overextended and the way in which that can be accomplished in the context of the case.

A judge faced with an informer privilege who believes that it is in the interests of justice that notice of it be given ought to post in some public forum — ideally in hard copy at the courthouse as well as in electronic form over the internet — a notice to all interested parties regarding the existence of a proceeding in which informer privilege has been invoked. More often than not, of course, the individuals or organizations will be the media.

The decision to post a public notice regarding the existence of the proceeding is a matter of discretion on the part of the judge. In other words, no one has a right, constitutional or otherwise, to be informed of all situations in which informer privilege is claimed. The reason for this is simply practical: there is no real difference — *vis-à-vis* the open court principle — between a situation in which informer privilege exists and any other situation in which some part of a proceeding takes place *in camera* — be it a situation of a child sexual assault victim, or a situation involving solicitor-client privilege. It would be unworkable and unreasonable to expect that literally every time an *in camera* proceeding is taking place, a judge has the obligation to publicize its existence and invite submissions from all comers on whether that proceeding should be held *in camera*. Nor should a judge choose “worthy” interveners.

Instead, the judge retains discretion as to whether or not to provide public notice of the *in*

mais la protection du principe de la publicité des débats judiciaires exige la communication de tous les renseignements nécessaires à la présentation d’observations utiles et qui peuvent être communiqués sans qu’il soit porté atteinte au privilège. Par conséquent, la qualité pour agir peut à cette étape être reconnue à des personnes ou à des organismes dont les observations porteront sur l’importance de ne pas étendre outre mesure la portée du privilège relatif aux indicateurs de police et qui proposeront des moyens d’atteindre cet objectif dans le contexte de l’affaire.

Un juge qui constate l’existence du privilège relatif aux indicateurs de police devrait, s’il estime qu’il est dans l’intérêt de la justice de donner avis de l’instance dans laquelle ce privilège a été revendiqué, afficher dans un lieu public — idéalement sur support papier au palais de justice ainsi que par voie électronique dans Internet — un avis adressé à toutes les parties intéressées. Le plus souvent, les personnes ou organismes seront bien entendu des médias.

La décision d’afficher un avis concernant l’instance relève de la discrétion du juge. En d’autres termes, nul n’a le droit, d’ordre constitutionnel ou autre, d’être informé de toutes les instances dans lesquelles est revendiqué le privilège relatif aux indicateurs de police. Il en est ainsi pour une raison bien pratique : il n’y a pas de différence réelle, s’agissant du principe de la publicité des débats judiciaires, entre une situation où il existe un privilège relatif aux indicateurs de police et toute autre situation où une partie de l’instance est tenue à huis clos, soit parce que la victime d’agression sexuelle est un enfant, soit parce que le privilège du secret professionnel de l’avocat a été invoqué. Il ne serait ni praticable ni raisonnable de s’attendre à ce que, chaque fois qu’il procède à huis clos, le juge ait l’obligation de publier un avis d’instance tenue à huis clos et d’inviter tout un chacun à présenter des observations sur l’opportunité du huis clos. Le juge ne devrait pas non plus choisir les intervenants « dignes ».

Le juge conserve plutôt le pouvoir discrétionnaire de décider s’il doit ou non donner avis au

52

53

54

*camera proceeding involving informer privilege.* The exercise of the discretion will depend on the circumstances, such as whether the holder of the privilege is present and plays an active role in court, for instance, as was the case here. Whether the judge issues notice, or (as can certainly happen) the media independently learns of the existence of the *in camera* proceeding, the next step in the procedure is to hear submissions to determine the extent of the need for *in camera* proceedings. It is at this point that the media is granted standing to present arguments on how informer privilege can be respected with minimal effect on the open court principle.

55 The question that the judge must ask is this: is a totally *in camera* proceeding justified on the basis that only an *in camera* proceeding will properly protect the informer privilege, or will sufficient protection be possible via other means, such as a partial *in camera* proceeding, or some other option? The guiding rule at this stage should always remain the following: the judge must accommodate the open court principle to as great an extent possible without risking a breach of the informer privilege. This rule is meant to protect informer privilege absolutely while minimally impairing the open court principle.

56 At this point in the proceeding, the persons with standing — which will now include the Attorney General, the confidential informer, and media representatives — will make submissions on how that rule will play out in the circumstances of each case. The correct result will of course depend on the circumstances of each case, but certain parameters are clear. On the one extreme is a case which must be heard entirely *in camera*. On the other side would be a situation in which the facts of the proceeding are sufficiently remote from the confidential informer's status as an informer so that much of the proceeding could be heard in open court without disclosing any information that might tend to

public de la tenue à huis clos de l'instance faisant intervenir le privilège relatif aux indicateurs de police. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera fonction des circonstances, par exemple si le titulaire du privilège est présent à l'audience et y intervient activement, comme cela s'est produit en l'espèce. Que le juge donne avis de l'audience à huis clos ou que les médias en apprennent l'existence autrement (ce qui peut certainement se produire), l'étape suivante consiste pour le juge à entendre les observations afin de déterminer dans quelle mesure une audience à huis clos est nécessaire. C'est à cette étape que les médias obtiennent l'autorisation de présenter des observations sur la façon d'assurer le respect du privilège relatif aux indicateurs de police tout en portant atteinte le moins possible au principe de la publicité des débats judiciaires.

Le juge doit se demander s'il est justifié d'imposer le huis clos à l'ensemble de la procédure parce que seul le huis clos permettra d'assurer le respect adéquat du privilège relatif aux indicateurs de police, ou s'il est possible d'offrir une protection suffisante par d'autres moyens, notamment en tenant une partie de l'instance à huis clos. Le principe directeur à cette étape devrait toujours rester le suivant : le juge doit favoriser dans toute la mesure possible la publicité des débats judiciaires sans risquer une violation du privilège relatif aux indicateurs de police. Ce principe vise à assurer le respect absolu du privilège relatif aux indicateurs de police tout en limitant l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires.

À cette étape de l'instance, les personnes ayant qualité pour agir — au nombre desquelles figurent désormais le procureur général, l'indicateur confidentiel et les représentants des médias — présentent des observations sur l'application de ce principe directeur compte tenu des faits de l'espèce. Le résultat retenu dépendra évidemment des faits de l'espèce, mais certains paramètres sont clairs. À la limite, il est possible que l'affaire doive être entendue entièrement à huis clos. Ou à l'opposé, il est possible que le lien entre les faits de l'affaire et le statut d'indicateur confidentiel de l'indicateur soit suffisamment tenu pour que l'audience se déroule dans une large mesure en public sans risque de

reveal his or her identity. In the most extreme case, perhaps no *in camera* proceedings would be necessary, and the informer might be able to be present in open court, hidden behind a screen. In the middle lies what I think will be the typical case, in which some of the proceedings — in particular any parts in which the informer's identity might be revealed — are heard *in camera* and other aspects — those in which there will be no risk of disclosure of the informer's identity, likely including many legal arguments — are heard in open court.

It is impossible to determine in the abstract how the two principles will be met; judges must use their judgment in following the guidelines set out above, ensure that the identity of an informer is always protected, and attempt to promote open courts within that framework.

One issue which must be addressed is this: as noted, whether through notice or through their own resourcefulness, media groups may from time to time appear to make submissions on the proper procedure to use in a given case. In such a situation, what materials may be given to the media in order to allow them to make submissions? As in the case of the *amicus curiae* discussed above (at para. 48), the judge must be extremely careful in the information that is given to the media. The information must be limited only to non-identifying information which provides a general basis from which the media can argue to what extent the proceeding can be heard in open court; no identifying information can be given to the media under any circumstances. This would constitute a breach of the informer privilege and is outside the authority of the judge. At this stage minimal information should be given, that is, only that which is essential to make a legal argument of assistance to the judge.

communication de renseignements susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur. Dans le cas le plus extrême, il pourrait ne pas être nécessaire du tout de procéder à huis clos, et l'indicateur de police pourrait même assister à l'audience publique, caché derrière un écran. Entre ces deux situations opposées se trouve, à mon avis, le cas typique, c'est-à-dire le cas où l'instance se déroule en partie à huis clos — notamment pour les parties comportant un risque de dévoiler l'identité de l'indicateur —, et en partie en audience publique — notamment lorsqu'il n'existe pas de possibilité que l'identité de l'indicateur soit dévoilée, vraisemblablement pendant la présentation de nombreux arguments juridiques.

Il est impossible de savoir, dans l'abstrait, comment ces deux principes seront respectés; les juges doivent appliquer les principes directeurs susmentionnés avec discernement, veiller à ce que l'identité de l'indicateur de police soit toujours protégée et tenter de favoriser la publicité des débats judiciaires dans ce contexte.

Une question se pose : à la suite d'un avis ou par leurs propres moyens, les médias peuvent à l'occasion apprendre la tenue d'une audience et s'y présenter pour faire des observations sur la procédure à suivre dans un cas donné. Le cas échéant, quels documents peuvent être remis aux médias pour leur permettre de présenter des observations? Comme dans le cas de l'*amicus curiae* dont il est question ci-dessus (au par. 48), le juge doit faire preuve d'une extrême prudence pour ce qui est des renseignements fournis aux médias. L'information doit se limiter aux seuls renseignements qui ne permettent pas d'identifier l'indicateur et qui peuvent servir de fondement général à leurs observations sur la mesure dans laquelle les débats seront publics; aucun renseignement susceptible de permettre l'identification de l'indicateur ne peut être communiqué aux médias en aucun cas. Il s'agirait d'une violation du privilège relatif aux indicateurs de police et une telle décision ne relève pas du juge. À cette étape, il faut transmettre le moins de renseignements possibles, seuls ceux qui sont essentiels à la formulation d'arguments juridiques utiles au juge.

59

Moreover, circumstances may arise in which this information should be given not to the actual members of any media organizations who may wish to make submissions, but rather to their counsel only, as officers of the court. Since the information released will always be limited to non-identifying information, in some cases there may be no great harm in allowing members of the media themselves to see this information. However, this must remain within the discretion of the judge, as it is possible that the sensitivity of the information is such that the only way to ensure protection of the privilege is to insist that the information not be disclosed beyond counsel. In such a case, the media counsel will be given access only by agreeing to be bound by a court order not to disclose this information to their clients or to anyone else pending the court's decision on the extent of the *in camera* coverage. Of course, since media counsel cannot be forced to take information without revealing it to the media itself — as this would be a breach of counsel's obligation to their clients — allowing counsel to view this information on a limited basis must be accepted by the media in consultation with their counsel.

60

An example of the proper procedure at this stage was set out by the Ontario Court of Appeal in its recent decision in *R. v. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321. The court described its procedure as follows, at paras. 68-69:

When we reached the point in argument where counsel could no longer make submissions without public disclosure of some of the information over which a claim of privilege was asserted . . . before proceeding *in camera*, we ordered that the media be notified.

Counsel for *The Globe and Mail* and the *Toronto Star* appeared in response to that notice. At that point, it was not clear to us that we could publicly reveal the nature of the issue that confronted us without destroying the privilege claim, and we therefore made the following order:

We are prepared to disclose to counsel for the media representatives the legal category within which the

Qui plus est, dans certaines circonstances, il conviendrait de transmettre ces renseignements non pas aux membres eux-mêmes des médias qui souhaitent présenter des observations, mais plutôt à leurs avocats seulement, en leur qualité d'officiers de justice. Puisque les renseignements transmis se limiteront toujours à ceux qui ne permettent pas l'identification de l'indicateur, il pourrait ne pas être préjudiciable dans certains cas de permettre aux membres des médias eux-mêmes de prendre connaissance de ces renseignements. Toutefois, le juge conserve son pouvoir discrétionnaire à cet égard, puisqu'il est possible que le seul moyen de protéger le privilège, du fait de la nature délicate des renseignements, soit de limiter leur communication aux avocats seulement. Le cas échéant, pour avoir accès aux renseignements, les avocats des médias devront accepter d'être liés par une ordonnance judiciaire de non-communication des renseignements à leurs clients ou à toute autre personne jusqu'à ce que le tribunal se prononce sur la portée du huis clos. De toute évidence, puisque les avocats des médias ne peuvent être contraints de recevoir des renseignements sans les communiquer aux médias eux-mêmes — il s'agirait d'un manquement à l'obligation des avocats envers leurs clients — les médias, après consultation de leurs avocats, devraient accepter que leurs avocats prennent connaissance des renseignements dans une mesure limitée.

Dans sa décision récente dans *R. c. Dell* (2005), 194 C.C.C. (3d) 321, la Cour d'appel de l'Ontario a donné un exemple de la procédure applicable à cette étape. Elle en a donné la description suivante, aux par. 68-69 :

[TRADUCTION] Lorsqu'il n'a plus été possible pour les avocats de poursuivre les plaidoiries sans rendre publics certains des renseignements visés par le privilège revendiqué, [. . .] avant de poursuivre l'audition à huis clos, nous avons ordonné qu'un avis soit donné aux médias.

Les avocats de *The Globe and Mail* et du *Toronto Star* ont comparu à la suite de la publication de l'avis. Incertains à ce moment si nous pouvions révéler la nature de la question dont nous étions saisis sans porter atteinte au privilège revendiqué, nous avons rendu l'ordonnance suivante :

Nous sommes disposés à dévoiler aux avocats des représentants des médias la catégorie juridique visée



disclosure issue arises, provided that counsel make an undertaking that they will not disclose this information to anyone, including their clients, pending further order of the court.

The reason for this order is to enable counsel for the media to receive information to consider whether to make submissions on whether the hearing on this issue should proceed *in camera*.

As I noted above, this is a fact-sensitive determination that will depend on the particulars of each case. But the Court of Appeal's procedure in *Dell* — as set out in the form of order reproduced in the excerpt — is a laudable example of how to accommodate the open court principle in light of the clear prohibition on publication arising out of the informer privilege. Hopefully this example, along with the general guidelines set out above, will be of assistance to courts faced with a similar problem.

#### IV. Application to the Case at Bar

Given the detailed description of the ideal procedure to be followed in a case such as this, an in-depth review of the facts is not necessary. This was a difficult case concerning a novel area of the law. The extradition judge dealt with the issues as best he could. But he erred insofar as the decisions made at several steps were not consistent with the proper approach set out in these reasons. Three errors in particular deserve special comment.

The appointment of the *amicus curiae* was not warranted: as I noted above, there is no justification for the appointment of an *amicus* to assist in legal matters, because — as in any trial situation — the determination of the proper legal test to be applied was the responsibility of the extradition judge. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the extradition judge's obligation to protect the information covered by informer privilege and with the particular mandate given.

par la question de communication, à la condition que les avocats s'engagent à ne communiquer ces renseignements à personne, ni même à leurs clients, jusqu'à ce que le tribunal l'autorise.

Cette ordonnance doit permettre aux avocats des médias de prendre connaissance de renseignements qui leur permettront de décider s'ils veulent présenter des observations sur l'opportunité de tenir à huis clos l'audition relative à cette question.

Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit d'une décision fondée sur les faits de l'espèce. Or, dans l'arrêt *Dell*, la procédure établie par la Cour d'appel — reproduite sous forme d'ordonnance dans l'extrait — constitue un bon exemple de la démarche à suivre pour arriver à concilier le principe de la publicité des débats judiciaires et l'interdiction manifeste de publication inhérente au privilège relatif aux indicateurs de police. Souhaitons que cet exemple ainsi que les principes généraux énoncés ci-dessus seront utiles aux tribunaux aux prises avec un problème semblable.

#### IV. Application en l'espèce

Compte tenu de la description détaillée de la démarche idéale à suivre dans une cause comme celle-ci, l'examen approfondi des faits n'est pas nécessaire. Il s'agissait d'une affaire difficile concernant un point de droit nouveau. Le juge d'extradition a tranché ces questions du mieux qu'il pouvait, mais il a commis des erreurs dans la mesure où les décisions qu'il a rendues à plusieurs étapes ne cadraient pas avec la démarche exposée dans les présents motifs. J'estime utile de faire des observations concernant trois erreurs en particulier.

La nomination de l'*amicus curiae* n'était pas justifiée; comme je l'ai déjà mentionné, rien ne justifie la nomination d'un *amicus curiae* pour présenter des observations concernant des questions juridiques, parce que — comme dans tous les procès — il incombait au juge d'extradition de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l'*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l'obligation qu'avait le juge d'extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police et avec le mandat confié à l'*amicus curiae*.

61

62

63

64

A second mistake made by the extradition judge was in giving notice to media counsel. Notice was given by the extradition judge to “certain known and respected lawyers for the various media outlets” identified by the *amicus* (para. 28). This practice cannot be supported, as it unfairly and arbitrarily privileged certain members of the media on the basis of the judge’s or the *amicus*’ views. As noted above, the notice to media, if given, ought to be justified, and made in a public manner available to all interested parties.

Deuxièmement, le juge d’extradition a commis une erreur en donnant un avis aux avocats des médias, soit à [TRADUCTION] « certains avocats connus et respectés de divers médias » identifiés par l’*amicus curiae* (par. 28). Cette pratique ne peut être tolérée puisqu’elle donne à certains membres des médias un avantage injuste et arbitraire fondé sur les opinions du juge ou de l’*amicus curiae*. Je le répète, l’avis aux médias, le cas échéant, doit être justifié et doit être rendu public de manière à ce que toutes les parties intéressées y aient accès.

65

A third error was the extradition judge’s handling of the material covered by informer privilege. Of course, the treatment of this material stemmed from the erroneous conclusion that informer privilege was not absolute; this conclusion was wrong as illustrated by the discussion of the law of informer privilege above. The extradition judge should have proceeded by determining *in camera*, without the media, on the facts presented by the Named Person and the Attorney General, whether or not the informer privilege properly applied; the extradition judge had no discretion to attempt to determine if the underlying rationales of the privilege were present in this case or if the risk to the Named Person justified the privilege. As an informer, the Named Person was absolutely protected by the informer privilege. In particular, as shown above, the Named Person did not waive the privilege by coming forward to rely on it. Had the extradition judge correctly determined the privilege issue, the handling of the privileged material might have been performed properly. Neither the media nor their counsel should have been granted access to any of the privileged material at any time, and ought to have been given only limited non-identifying materials in order to make their submissions at the second stage, i.e. after the existence of the privilege had been accepted.

La manière dont le juge d’extradition a traité les documents assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police constitue une troisième erreur. De toute évidence, il a réservé un tel traitement à ces documents parce qu’il a conclu à tort que le privilège relatif aux indicateurs de police n’était pas absolu; cette conclusion était erronée comme il ressort de l’examen ci-dessus du droit applicable au privilège relatif aux indicateurs de police. C’est à huis clos et en l’absence des médias que le juge d’extradition aurait dû décider, à la lumière des faits présentés par la personne désignée et le procureur général, si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait; le juge d’extradition n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de déterminer s’il existait en l’espèce des motifs justifiant le privilège ou si le risque auquel s’exposait la personne désignée justifiait le privilège. En sa qualité d’indicateur, la personne désignée bénéficiait de la protection absolue qu’offre le privilège relatif aux indicateurs de police. Plus particulièrement, comme je l’ai indiqué, la personne désignée n’a pas renoncé au privilège en se manifestant pour le revendiquer. S’il avait tranché correctement la question du privilège, le juge d’extradition aurait peut-être traité adéquatement les documents protégés par le privilège. En aucun temps les médias et leurs avocats n’auraient dû obtenir l’accès à ces documents protégés et seuls quelques documents ne contenant aucun renseignement permettant d’identifier l’indicateur auraient dû leur être transmis pour leur permettre de préparer leurs observations à la deuxième étape, c’est-à-dire une fois reconnue l’existence du privilège.

V. Disposition

For the reasons set out above, the appeal should be allowed, and the extradition judge's order granting disclosure to selected media representatives and their counsel set aside.

English version of the reasons delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) —

I. Introduction

I have read the reasons of my colleague Bastarache J. and, although I agree with many of his comments on the issues and on the outcome of this appeal, I am unable to agree with certain fundamental elements of his analysis. In particular, I disagree with him on the interpretation to be given to the common law rule relating to informer privilege. According to my colleague, the duty of confidentiality flowing from informer privilege means that the trial judge has no power whatsoever to authorize or order the disclosure of any evidence that might tend to identify a police informer. In his view, there is only one exception to this rule — innocence at stake — that is, where disclosure of such evidence is necessary to establish the innocence of the accused. With respect, an interpretation of the rule as “absolute” as this is unnecessary. In his interpretation of the privilege, Bastarache J. fails to give due consideration to the purpose of this judge-made rule of confidentiality: to promote the proper administration of justice. This purpose should instead lead to the conclusion that a trial judge always retains a residual discretion to decline to apply the rule of confidentiality if the judge is satisfied that this would better serve the administration of justice or that the party relying on the rule is seeking to divert it from its purpose to his or her own advantage.

My colleague also fails to give due consideration to the constitutional status of the open court

V. Décision

Pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance du juge d'extradition accordant la communication de renseignements à certains représentants des médias et à leurs avocats.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) —

I. Introduction

J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Bastarache. Bien que je reconnaisse le bien-fondé de beaucoup de ses commentaires sur les questions en litige et sur le sort du présent appel, je ne peux souscrire à certains éléments fondamentaux de son analyse. En particulier, je ne partage pas son avis quant à l'interprétation à donner à la règle de common law relative au privilège de l'indicateur de police. Selon mon collègue, l'obligation de confidentialité créée par ce privilège prive complètement le juge du procès du pouvoir d'autoriser ou d'ordonner la communication de tout élément de preuve susceptible de permettre l'identification d'un indicateur de police. Cette règle ne connaîtrait qu'une seule exception — la démonstration de l'innocence — soit lorsque la communication d'une telle preuve s'avère nécessaire pour démontrer l'innocence de l'accusé. Avec égards pour l'opinion contraire, une interprétation aussi « absolue » de cette règle ne s'impose pas. La conception du privilège proposée par le juge Bastarache ne tient pas suffisamment compte de la finalité de ce principe de confidentialité d'origine prétorienne, soit celle de favoriser la bonne administration de la justice. Cette finalité doit plutôt nous conduire à reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser d'appliquer la règle de la confidentialité lorsqu'il est convaincu que l'administration de la justice serait mieux servie de cette manière ou que la partie qui l'invoque cherche à la détourner de sa finalité pour son propre avantage.

De plus, la position de mon collègue ne tient pas suffisamment compte du statut constitutionnel du

66

67

68

principle. As a result of this status, anyone who relies on informer privilege to limit the scope of the open court principle bears the onus of showing that his or her case is indeed one in which the privilege should be applied and that the objectives of the privilege can be attained by no means less intrusive than applying it absolutely. In considering this issue, the trial judge may ask to hear the parties' arguments in an adversarial proceeding and make any orders he or she deems necessary to enable those with an interest in the matter to make a meaningful contribution to the proceeding. This was what the extradition judge in the case at bar (who, along with the Named Person, is referred to in the masculine) intended when he ordered the disclosure of all the evidence in the record to media counsel and to certain representatives of the media. Had the extradition judge not erred in law by ordering a more extensive disclosure than was necessary, my view would have been that this exercise of discretion should not be interfered with and that members of the media should be allowed to make a meaningful contribution to the adversarial proceeding in which they have been invited to participate.

69 Finally, I am unable to agree with my colleague regarding the procedure the trial judge must follow in inviting members of the media to take part in the proceedings. I also disagree with him on the limits the court must place on the role of an *amicus curiae* in cases where it considers the appointment of an *amicus* to be necessary in order, *inter alia*, to preserve the adversarial nature of court proceedings and protect the public interest in having them conducted properly.

## II. Judicial History

70 Although my colleague has already set out the procedural history of this case, I would nevertheless add a few comments on this subject in order to delineate more precisely the issues this Court must resolve and to better understand the particular difficulties the extradition judge faced in this case.

71 This appeal is incidental to an extradition proceeding in which the opposing parties are, on the

principe de la publicité des débats judiciaires. En raison de ce statut, il revient à celui qui invoque le privilège de l'indicateur de police afin de limiter la portée du principe susmentionné de démontrer qu'il s'agit bien d'un cas où ce privilège doit s'appliquer et qu'il n'existe pas de moyens moins attentatoires que l'application absolue de celui-ci pour atteindre les objectifs qu'il vise. À cette fin, le juge du procès peut demander la tenue d'un débat contradictoire et rendre les ordonnances qu'il considère nécessaires afin que les parties intéressées puissent y participer utilement. En l'espèce, tel était l'objectif recherché par le juge d'extradition lorsqu'il a ordonné la communication aux avocats et à certains représentants des médias de tous les éléments de preuve au dossier. J'aurais été d'avis de ne pas intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire, si le juge d'extradition n'avait pas commis une erreur de droit en ordonnant une communication plus étendue que nécessaire, afin de permettre aux médias de participer utilement au débat contradictoire auquel ils étaient conviés.

Enfin, je ne saurais souscrire aux propositions de mon collègue au sujet de la procédure que doit suivre le juge du procès afin d'inviter les médias à participer aux débats judiciaires. Je ne suis pas non plus d'accord avec lui quant aux limites que le tribunal doit imposer au rôle de l'*amicus curiae* dans les cas où il estime sa nomination nécessaire, notamment pour préserver le caractère contradictoire du débat judiciaire et sauvegarder l'intérêt du public dans la bonne marche de celui-ci.

## II. Historique procédural

Bien que mon collègue ait exposé le contexte procédural de la présente affaire, je me permettrai néanmoins d'ajouter quelques commentaires à ce sujet. Ce rappel permettra de cerner plus exactement les questions précises auxquelles notre Cour doit répondre et de mieux comprendre les difficultés particulières auxquelles le juge d'extradition a fait face dans ce dossier.

Le présent pourvoi représente un incident d'une procédure d'extradition opposant la personne

one hand, the appellant Named Person and, on the other hand, the appellant Attorney General of Canada, who is acting on behalf of a requesting state. In the course of that extradition proceeding, the Named Person indicated that he intended to invoke s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to apply for a stay of the proceeding on the ground that the requesting state had violated certain of his fundamental *Charter* rights (the “stay of proceedings application”). In support of that claim, the Named Person applied to the extradition judge for an order that the Attorney General of Canada disclose certain evidence to him (the “disclosure application”). He also made a further application to have the disclosure application heard *in camera* (the “*in camera* application”). The *in camera* application resulted in four interlocutory judgments.

In the first of these interlocutory judgments, the extradition judge appointed an *amicus curiae*. He considered the appointment of an *amicus* to be necessary to ensure that he heard adequate submissions on the *in camera* application from all relevant points of view, since the appellant Attorney General of Canada, far from contesting the application, had instead decided to support it. To enable the *amicus curiae* to make informed submissions, the extradition judge also considered it essential to order that the *amicus* be provided with transcripts of all the hearings held up to that time, as well as all with the documents the Named Person was relying on in support of the disclosure application and the *in camera* application. None of the parties contested the appointment of the *amicus curiae* or tried to appeal this interlocutory judgment.

After reviewing the evidence in the record and doing the necessary legal research, the *amicus curiae* concluded that the difficult questions of law and fact raised by the *in camera* application would be best addressed by means of a genuine adversarial proceeding. However, he felt that adequate safeguards would have to be put in place to protect the informer’s identity pending a decision on this application. Being of the view that he could not

désignée appelante au procureur général du Canada appellant, lequel agit pour le compte d’un État requérant. Dans le cadre de cette procédure, l’appelante a manifesté l’intention d’invoquer le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* afin de demander le sursis de la procédure d’extradition, au motif que l’État requérant aurait violé certains des droits fondamentaux que lui garantit la *Charte* (la « requête pour sursis des procédures »). À l’appui de cette prétention, la personne désignée a présenté une requête au juge d’extradition pour qu’il ordonne au procureur général du Canada de lui communiquer certains éléments de preuve (la « requête pour communication de la preuve »). Elle a aussi présenté une autre requête demandant que la requête pour communication de la preuve soit entendue à huis clos (la « requête pour huis clos »). Cette dernière requête a donné lieu à quatre jugements interlocutoires.

Par le premier de ces jugements interlocutoires, le juge d’extradition a nommé un *amicus curiae*. Il a jugé cette nomination nécessaire pour obtenir un exposé adéquat de tous les points de vue pertinents sur la requête pour huis clos, étant donné que, loin de s’y opposer, le procureur général du Canada a plutôt décidé de l’appuyer. Afin de permettre à l’*amicus curiae* de présenter des observations éclairées, le juge d’extradition a aussi cru indispensable d’ordonner que l’on remette à celui-ci la transcription de toutes les audiences tenues jusque-là, ainsi que l’ensemble des documents sur lesquels la personne désignée appuyait ses requêtes pour communication de la preuve et pour huis clos. Aucune des parties n’a alors contesté la nomination de l’*amicus curiae* ni tenté d’appeler de ce jugement interlocutoire.

Après avoir pris connaissance de la preuve au dossier et fait les recherches juridiques nécessaires, l’*amicus curiae* a conclu que la tenue d’un véritable débat contradictoire constituerait la meilleure façon de trancher les difficiles questions juridiques et factuelles soulevées par la requête pour huis clos. Selon l’*amicus curiae*, il faudrait toutefois que des mécanismes adéquats de protection de l’identité de l’indicateur soient mis en

himself argue one position or the other in this proceeding, the *amicus curiae* recommended that the extradition judge invite certain lawyers representing media outlets (“media counsel”) to take part in the proceeding on the *in camera* application. These lawyers would have to be respected members of the legal community who had participated in past proceedings involving publication bans. Moreover, they should be authorized to participate in this proceeding only after having given appropriate undertakings of confidentiality, and only after the extradition judge had made the necessary orders to protect the identity of the Named Person.

74

Although both appellants opposed such an invitation, the extradition judge decided to implement the *amicus curiae*'s recommendations and send a notice to certain media counsel he himself had selected. The appellants had also made submissions concerning the conditions of the invitation to be extended to media counsel and their participation. The extradition judge then decided on a very limited disclosure of facts to media counsel who chose to take part in the proceedings, and also held that this disclosure would be made only after they had signed undertakings of confidentiality. None of the parties attempted to appeal this second interlocutory judgment.

75

Certain media counsel agreed to take part in the proceeding under the rigorous conditions imposed by the extradition judge. The extradition judge then acceded to the appellants' joint application to first decide, in a separate proceeding, the issue of his power to decline to order an *in camera* proceeding. Following an adversarial proceeding in which counsel for the media took part, the extradition judge ruled that there was no common law rule requiring him to order an *in camera* proceeding (the “no absolute bar ruling”). Once again, none of the parties attempted to appeal this third interlocutory judgment.

place avant le jugement sur cette requête. Estimant qu'il ne pourrait pas lui-même défendre une thèse plutôt qu'une autre dans ce débat, l'*amicus curiae* a recommandé au juge d'extradition d'inviter certains avocats représentant des médias (les « avocats des médias ») à participer aux débats sur la requête pour huis clos. Ces avocats devraient être des membres respectés de la communauté juridique ayant déjà participé à des procédures portant sur des interdictions de publication. Ils ne devraient par ailleurs être autorisés à participer aux débats judiciaires qu'après avoir fourni des engagements de confidentialité adéquats, et une fois seulement que le juge d'extradition aurait rendu les ordonnances requises pour protéger l'identité de la personne désignée.

Sur la base de ces recommandations, et malgré l'opposition des deux appelants à une telle invitation, le juge d'extradition a décidé de donner suite aux recommandations de l'*amicus curiae* et de faire parvenir un avis à certains avocats des médias qu'il avait lui-même choisis. Les modalités de l'invitation lancée aux avocats des médias et leur participation avaient, elles aussi, fait l'objet d'observations par les appelants. Le juge d'extradition a alors décidé que des faits très limités seraient communiqués aux avocats des médias s'ils choisissaient de participer aux procédures, et cela seulement après que ceux-ci auraient signé des engagements de confidentialité. Aucune des parties n'a tenté de porter en appel ce deuxième jugement interlocutoire.

Certains avocats des médias ont accepté de participer aux débats judiciaires conformément aux conditions rigoureuses imposées par le juge d'extradition. Ce dernier a alors accepté la demande conjointe des appelants de trancher au préalable, dans une procédure séparée, la question de son pouvoir de refuser le huis clos. Au terme d'un débat contradictoire auquel ont participé des avocats des médias, le juge d'extradition a jugé qu'aucune règle de common law ne l'obligeait à ordonner le huis clos (la [TRADUCTION] « décision sur l'absence d'interdiction absolue »). Encore une fois, aucune des parties n'a tenté d'interjeter appel de ce troisième jugement interlocutoire.

After the third decision, media counsel applied to have additional evidence disclosed to them. They argued that this disclosure was necessary to enable them to make a meaningful contribution to the legal proceeding on the *in camera* application. The appellants vigorously opposed the application, but the extradition judge ruled that the media representatives and their counsel should have access to the same documents as the *amicus curiae* (the “documents in issue”). Only this fourth interlocutory judgment was appealed to this Court ([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805).

This brief account of the proceedings giving rise to this appeal serves to delineate more precisely the issues this Court must resolve. It should be borne in mind that what this Court must do is not to determine the outcome of the *in camera* application. Rather, we must decide whether the extradition judge erred in ordering the disclosure of the documents in issue to media counsel. Should we conclude that he did not err in doing so, we will then have to ask whether he erred in authorizing media counsel to give the information in these documents to certain media representatives — whom he himself had selected — after each of them had signed an undertaking of confidentiality.

In deciding these two issues, we must bear in mind the precise limits that were to apply to the disclosure of the documents in issue under the terms of the extradition judge’s order. The judge carefully circumscribed this disclosure. The documents were to be disclosed to a short list of lawyers he himself had selected. Moreover, the order authorized designated media representatives to review the documents and evidence only in the presence of their counsel. They were prohibited from taking away copies of these materials. Any dissemination of any information obtained from them was strictly prohibited, and the media

Après cette troisième décision, les avocats des médias ont présenté une requête demandant qu’on leur communique des éléments de preuve supplémentaires. Selon eux, cette communication devenait nécessaire afin de leur permettre de participer utilement aux débats judiciaires sur la requête pour huis clos. Les appelants se sont vigoureusement opposés à cette demande, mais le juge d’extradition a statué que les représentants des médias, ainsi que leurs avocats, devaient avoir accès aux mêmes documents que l’*amicus curiae* (les « documents en litige »). Seul ce quatrième jugement interlocutoire a été porté en appel devant notre Cour ([2006] B.C.J. No. 3122 (QL), 2006 BCSC 1805).

Ce bref historique des procédures à l’origine du présent pourvoi permet de mieux cerner les questions précises dont notre Cour est saisie. Ainsi, il est important de garder à l’esprit qu’il ne s’agit pas pour notre Cour de préjuger du sort de la requête pour huis clos. Nous avons plutôt à décider si le juge d’extradition a commis une erreur en ordonnant la communication des documents en litige aux avocats des médias. Si nous concluons qu’il n’a pas fait erreur à cet égard, nous devons alors nous demander si le juge d’extradition a commis une erreur en permettant aux avocats des médias de remettre les informations contenues dans ces documents à certains représentants des médias, choisis par lui, après la signature d’un engagement de confidentialité par chacun d’entre eux.

Afin de trancher ces deux questions, il faut par ailleurs se rappeler les limites exactes à l’intérieur desquelles le juge d’extradition a ordonné que s’effectue la communication des documents en litige. Le juge a soigneusement encadré cette communication. Celle-ci se faisait à une liste restreinte d’avocats qu’il avait lui-même choisis. Ensuite, l’ordonnance permettait à des représentants désignés des médias d’examiner les documents et la preuve uniquement en présence de leurs avocats. Il leur était alors interdit d’emporter des copies de ces documents. Toute diffusion des informations ainsi obtenues demeurait strictement interdite.

76

77

78

representatives had to sign written undertakings to this effect. I think it will be helpful to reproduce the order in question:

THIS COURT ORDERS that

1. Robert S. Anderson, Daniel W. Burnett, Amy J. Davison, Ludmila B. Herbst, Heather E. Maco-nachie, [and] Michael A. Skene . . . (the “Media Counsel”) are entitled to review copies of:
  - (a) all information and material provided to *amicus curiae* in the *in camera* proceedings;
  - (b) all transcripts of the *in camera* proceedings related to the Named Person’s disclosure and anticipated stay application to date at which the Media Counsel were not present;
  - (c) any and all Orders made by the Honourable . . . in the *in camera* proceedings related to the Named Person’s disclosure and anticipated stay application to date at which the Media Counsel were not present;
  - (d) all arguments advanced *in camera* by *amicus curiae*, counsel for the Named Person, and counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State  
(the “Relevant Information and Documentation”) at the courthouse in . . .
2. Upon payment by Media Counsel of an appropriate fee for photocopying, counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State must:
  - (a) edit copies of the Relevant Information and Documentation to delete reference to the Named Person’s name and the court file identifying the extradition proceedings in which he is named (the “Edited Relevant Information and Documentation”); and

D’ailleurs, les représentants des médias devaient souscrire des engagements écrits à cet effet. De toute manière, je crois utile de reproduire les termes exacts de l’ordonnance en question :

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. Robert S. Anderson, Daniel W. Burnett, Amy J. Davison, Ludmila B. Herbst, Heather E. Maco-nachie [et] Michael A. Skene [. . .] (les « avocats des médias ») sont autorisés à examiner des copies des éléments d’information suivants :
  - a) tous les documents et renseignements fournis à l’*amicus curiae* dans le cadre des procédures à huis clos;
  - b) la transcription de toutes les procédures à huis clos tenues jusqu’ici relativement à la demande présentée par la personne désignée en vue d’obtenir communication de la preuve et à la demande d’arrêt des procédures envisagée par cette dernière, et auxquelles les avocats des médias n’ont pas participé;
  - c) toutes les ordonnances rendues par le juge [. . .] dans le cadre des procédures à huis clos tenues jusqu’ici relativement à la demande présentée par la personne désignée en vue d’obtenir communication de la preuve et à la demande d’arrêt des procédures envisagée par cette dernière, et auxquelles les avocats des médias n’ont pas participé;
  - d) tous les arguments présentés à huis clos par l’*amicus curiae*, l’avocat de la personne désignée et l’avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l’État requérant;  
(les « Documents et renseignements pertinents ») au palais de justice de . . .
2. Dès que les avocats des médias auront payé les frais de photocopie exigibles, l’avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l’État requérant,
  - a) doit réviser les copies des Documents et renseignements pertinents afin d’en supprimer toute mention du nom de la personne désignée ou du dossier judiciaire identifiant les procédures d’extradition et où figure le nom de cette personne (les « Documents et renseignements pertinents épurés »); et



- |  |  |
|--|--|
| <p>(b) supply Media Counsel with copies of the Edited Relevant Information and Documentation.</p> <p>3. Upon payment by Media Counsel of appropriate fees, the Supreme Court of British Columbia Registries must supply Media Counsel with copies of any Edited Relevant Information and Documentation not available from counsel for the Attorney General of Canada on behalf of the Requesting State.</p> <p>4. Upon the filing and acceptance of undertakings, Patricia Graham, Lisa Green, Ian Haysom, Daniel J. Henry, Susan Lee, Gordon MacDonald, Wayne Moriarty, Tom Walters, Wayne Williams, and Steve Pasternak (the “Media Representatives”) are entitled to review the Relevant Information and Documentation on terms that:</p> <p>(a) the Media Representatives may review the Relevant Information and Documentation only in the presence of one or more of the Media Counsel;</p> <p>(b) the Media Representatives must not copy or otherwise create any permanent record of the Relevant Information and Documentation;</p> <p>(c) the disclosure of the Relevant Information and Documentation to the Media Representatives will be subject to the court order upon which the Media Counsel have to date received and will in future receive information and documents, altered as necessary to reflect their status as Media Representatives.</p> <p>5. Until further Order of the Court:</p> <p>(a) the Media Counsel may inform the Media Representatives only of paragraphs 1, 2, 3, 4, 5, and 6 of this Order;</p> <p>(b) there must be no publication by the media represented by the Media Representatives of that information given to them by the Media Counsel.</p> <p>6. The Named Person’s disclosure application and paragraphs 1, 2, 3, and 4 of this Order be and are hereby stayed for a period of up to 60 days pending determination by the parties of an intention to appeal this Order.</p> <p>7. This Order be and is hereby sealed until further Order of the Court.</p> | <p>b) doit fournir aux avocats des médias des copies des Documents et renseignements pertinents épurés.</p> <p>3. Dès que les avocats des médias auront payé les frais exigibles, le greffe de la Cour suprême de la Colombie-Britannique doit leur fournir des copies de tous Documents et renseignements pertinents épurés qui ne peuvent être obtenus de l’avocat du procureur général du Canada, agissant au nom de l’État requérant.</p> <p>4. Dès que leurs engagements seront déposés et acceptés, Patricia Graham, Lisa Green, Ian Haysom, Daniel J. Henry, Susan Lee, Gordon MacDonald, Wayne Moriarty, Tom Walters, Wayne Williams et Steve Pasternak (les « représentants des médias ») pourront examiner les Documents et renseignements pertinents aux conditions suivantes :</p> <p>a) les représentants des médias ne peuvent examiner les Documents et renseignements pertinents qu’en présence d’un avocat des médias;</p> <p>b) il est interdit aux représentants des médias de copier les Documents et renseignements pertinents ou d’en constituer autrement un dossier permanent;</p> <p>c) la communication aux représentants des médias des Documents et renseignements pertinents est assujettie à l’ordonnance de la cour suivant laquelle les avocats des médias ont obtenu jusqu’ici et recevront dans le futur des documents et renseignements, adaptée pour tenir compte de la qualité des représentants des médias.</p> <p>5. Jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour,</p> <p>a) les avocats des médias ne peuvent informer les représentants des médias que des paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 6 de la présente ordonnance;</p> <p>b) il est interdit aux médias représentés par les représentants des médias de publier les renseignements qui leur sont fournis par les avocats des médias.</p> <p>6. La requête pour communication de la preuve présentée par la personne désignée et l’exécution des paragraphes 1, 2, 3 et 4 de la présente ordonnance sont suspendues pour une période maximale de 60 jours en attendant que les parties décident si elles vont ou non faire appel de la présente ordonnance.</p> <p>7. La présente ordonnance est mise sous scellés jusqu’à nouvelle ordonnance de la cour.</p> |
|--|--|

8. This Order is subject to variation by Order of the Court on application by any party or *ex mero motu*.

### III. Applicable Legal Principles

79

I will now summarize the legal principles relevant to the issue before discussing how they should be applied here. Two principles stand in opposition in this case: the open court principle and the rule of confidentiality made necessary by informer privilege. In his reasons, my colleague recognizes the fundamental importance of these principles to the proper administration of justice, but he concludes that informer privilege must always prevail over the open court principle where holding proceedings in public might tend to identify a police informer.

80

In my opinion, such an interpretation of the scope of informer privilege cannot be reconciled with either the constitutional nature of the open court principle or the principles of public policy on which informer privilege is based. The relationship between this privilege and a justice system that is, in principle, open requires a more refined examination than a simple assertion that the rule of confidentiality flowing from the privilege is absolute. Such an assertion does not suffice either to guide or to settle the debate that will then have to be held to determine how to apply the rule of confidentiality. In such a case, it will at the very least be necessary to discuss the conditions and procedures that will govern the review of the privilege and incorporate this review into the broader legal debate. At times, consideration of the limits of the privilege, and its extinguishment, will be required. It is difficult to hold a debate such as this in the abstract, without knowledge of the context. This means that, if a meaningful debate is to take place and if the applicable constitutional principles are to be adhered to, the judge must be found to have a residual discretion to order the disclosure, even in open court, of information on the factual background to the case. *A fortiori*, to this end, it would appear to be more consistent with the applicable legal principles for the judge to retain the discretion to authorize or order — where he or she considers this necessary — the disclosure of information that might tend to

8. La cour peut modifier la présente ordonnance à la demande de toute partie ou de sa propre initiative.

### III. Les principes juridiques applicables

Je vais maintenant résumer les principes juridiques applicables à la question, puis exposer comment ils devraient être mis en œuvre en l'espèce. Deux principes s'opposent ici : le principe de la publicité des débats judiciaires et la règle de la confidentialité imposée par le privilège de l'indicateur de police. L'opinion de mon collègue reconnaît leur importance fondamentale pour la bonne administration de la justice, mais il conclut que le principe de la publicité des débats judiciaires doit toujours céder devant le privilège lorsque la tenue de procédures publiques risquerait d'entraîner l'identification d'un indicateur de police.

À mon avis, une telle interprétation de la portée du privilège de l'indicateur de police n'est pas conciliable avec le caractère constitutionnel du principe de la publicité des débats judiciaires, non plus qu'avec les principes de politique d'intérêt général justifiant l'existence du privilège de l'indicateur de police. L'articulation des rapports entre ce privilège et une justice en principe publique exige des aménagements plus fins que la seule affirmation du caractère absolu de la règle de confidentialité imposée par le privilège. Cette affirmation ne permet pas à elle seule d'encadrer ou de clore la discussion qui devient alors nécessaire pour déterminer comment s'appliquera la règle de la confidentialité. Il faut au moins débattre, le cas échéant, des modalités et des procédures qui régiront la discussion du privilège et qui l'intégreront dans le cadre plus large du débat judiciaire en cours. Il faudra même parfois s'interroger sur les limites et l'extinction du privilège. De tels débats peuvent difficilement se dérouler dans l'abstrait, sans aucun contexte. Dans cette perspective, afin de permettre un débat utile et d'assurer le respect des principes constitutionnels pertinents, il faut reconnaître au juge un pouvoir résiduel discrétionnaire l'habilitant à ordonner la communication, même en audience publique, d'informations sur le contexte factuel de l'affaire. *A fortiori*, pour ces fins, il paraît plus conforme aux principes juridiques applicables de reconnaître que le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de permettre ou

identify a police informer to parties with an interest in the issue of the openness of court proceedings, while taking any precautions needed to prevent or limit further dissemination of this information.

#### A. *Open Court Principle*

##### (1) The Principle and the Rationale for It

The open court principle is now well established in Canadian law. This Court has on numerous occasions confirmed the fundamental importance and constitutional nature of this principle (see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, 2005 SCC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, 2004 SCC 43; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76; *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122). In general terms, the open court principle implies that justice must be done in public. Accordingly, legal proceedings are generally open to the public. The hearing rooms where the parties present their arguments to the court must be open to the public, which must have access to pleadings, evidence and court decisions. Furthermore, as a rule, no one appears in court, whether as a party or as a witness, under a pseudonym.

For centuries, the importance of the open court principle has been recognized at common law. Various justifications have been given for it. The oldest of these is probably the connection made between openness and the pursuit of truth. For

d'ordonner — lorsqu'il estime une telle mesure nécessaire — que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient communiquées aux parties concernées par le problème de la publicité des débats judiciaires, en prenant les précautions indispensables pour empêcher ou limiter la diffusion de cette information.

#### A. *Le principe de la publicité des débats judiciaires*

##### (1) Le principe et ses justifications

Le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant bien établi en droit canadien. Notre Cour a d'ailleurs eu l'occasion d'en confirmer à maintes reprises l'importance fondamentale et le caractère constitutionnel (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, 2005 CSC 41; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, 2004 CSC 43; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76; *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122). Défini d'une manière générale, le principe de la publicité des débats judiciaires implique que la justice doit être rendue publiquement. En conséquence, les débats judiciaires eux-mêmes sont en général ouverts au public. La salle d'audience où les parties plaident devant le tribunal leurs prétentions respectives doit en effet être ouverte au public et ce dernier doit avoir accès aux actes de procédure, éléments de preuve et décisions judiciaires. Par ailleurs, en principe personne ne comparait devant les tribunaux, que ce soit comme partie ou comme témoin, sous un pseudonyme.

La common law reconnaît depuis des siècles l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires. Elle a donné des justifications diverses à cette règle. La plus ancienne est probablement celle qui lie la publicité à la recherche de la vérité.

example, Blackstone made the following comment in his *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 23, at p. 373:

This open examination of witnesses *viva voce*, in the presence of all mankind, is much more conducive to the clearing up of truth, than the private and secret examination taken down in writing before an officer, or his clerk . . . .

In a similar vein, Wigmore made the following comment on the effect openness has on the quality of testimony:

Its operation in tending to *improve the quality of testimony* is two-fold. Subjectively, it produces in the witness' mind a disinclination to falsify; first, by stimulating the instinctive responsibility to public opinion, symbolized in the audience, and ready to scorn a demonstrated liar; and next, by inducing the fear of exposure of subsequent falsities through disclosure by informed persons who may chance to be present or to hear of the testimony from others present. Objectively, it secures the presence of those who by possibility may be able to furnish testimony in chief or to contradict falsifiers and yet may not have been known beforehand to the parties to possess any information.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834, at pp. 435-36 (emphasis in original))

83

Another frequently proposed justification for the principle is that openness fosters the integrity of judicial proceedings (see in particular *Edmonton Journal*, at p. 1360 (*per* Wilson J.)). Thus, it has been argued that all participants in judicial proceedings will be further induced to conduct themselves properly if they know that they are under the watchful eye of the public. This is what led Bentham to state that “[p]ublicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity” (J. H. Burton, ed., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), at p. 115).

Par exemple, on trouve la remarque suivante dans l'ouvrage de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, ch. 23, p. 373 :

[TRADUCTION] Cet interrogatoire des témoins, mené publiquement, de vive voix, en présence de tous, est plus propice à la découverte de la vérité que l'interrogatoire privé et secret consigné par écrit devant un officier de justice ou son préposé . . . .

(Cité par le juge Cory dans *Edmonton Journal*, à la p. 1338.)

Dans le même sens, Wigmore commente ainsi l'effet de la publicité sur la qualité de la preuve testimoniale :

[TRADUCTION] Son effet dans l'amélioration de la *qualité des témoignages* est double. Subjectivement, elle suscite dans l'esprit du témoin une incitation à ne pas mentir; d'abord, en stimulant le sens instinctif de sa responsabilité envers l'opinion publique, symbolisée par l'auditoire prêt à mépriser un menteur reconnu; et ensuite, en éveillant la peur de la révélation ultérieure de ses mensonges, dénoncés par des personnes renseignées qui, par hasard, peuvent être présentes ou entendre parler du témoignage par d'autres personnes qui assistent à l'audience. Objectivement, elle assure la présence de personnes susceptibles de témoigner ou de contredire les témoignages erronés et dont les parties pouvaient ne pas savoir à l'avance qu'ils possédaient des renseignements.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834, p. 435-436 (en italique dans l'original), cité par la juge Wilson dans *Edmonton Journal*, à la p. 1358.)

Selon une autre justification, souvent proposée, la publicité des débats favorise l'intégrité des procédures judiciaires (voir notamment *Edmonton Journal*, à la p. 1360 (la juge Wilson)). On a ainsi souligné que tous les participants aux procédures judiciaires seront davantage incités à se conduire correctement s'ils savent qu'ils agissent sous l'œil attentif du public. C'est d'ailleurs ce qui faisait dire à Bentham que [TRADUCTION] « [l]a publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort et la meilleure des protections contre l'improbité » (J. H. Burton, dir., *Benthamiana: or, Select Extracts from the Works of Jeremy Bentham* (1843), p. 115, cité dans *Vancouver Sun*, par. 24).

Openness ensures both that justice is done and that it is seen to be done. For justice to be seen to be done is necessary to preserve public confidence in the administration of justice. Bentham is often quoted in support of this argument, too:

The effects of publicity are at their *maximum* of importance, when considered in relation to the judges; whether as insuring their integrity, or as producing public confidence in their judgments.

(J. Bentham, *Treatise on Judicial Evidence* (1825), at p. 69 (emphasis in original))

This Court adopted a similar argument in *Vancouver Sun*:

Openness is necessary to maintain the independence and impartiality of courts. It is integral to public confidence in the justice system and the public's understanding of the administration of justice. Moreover, openness is a principal component of the legitimacy of the judicial process and why the parties and the public at large abide by the decisions of courts. [para. 25]

More recently, stress has been laid on the relationship between open courts and the promotion of democracy. (In my view, this is the justification that is most relevant in the case at bar.) The courts play a key role in a democracy, not only because they are where disputes between citizens can be resolved peacefully, but also — and perhaps most importantly — because they are where citizens' disputes with the state are decided. Furthermore, there is no denying that the importance of the courts' role is accentuated by the constantly increasing complexity of contemporary societies. It is therefore essential that what the courts do be open to public scrutiny in order both to improve the operation of the courts and to maintain public confidence in them (see *Edmonton Journal*, at p. 1337 (*per* Cory J.)).

Similarly, the “educational” aspect of an open court process has been noted in, for example, the

La publicité des débats en justice garantit que la justice sera effectivement rendue, et qu'elle sera perçue comme l'ayant été. Or, cette perception demeure nécessaire afin de préserver la confiance du public dans l'administration de la justice. À l'appui de cet argument, on invoque encore souvent Bentham :

[TRADUCTION] Les effets de la publicité prennent leur importance *maximale* lorsqu'ils sont considérés par rapport aux juges; soit parce qu'ils assurent leur intégrité, soit parce qu'ils suscitent la confiance du public en leurs jugements.

(J. Bentham, *Treatise on Judicial Evidence* (1825), p. 69 (en italique dans l'original); cité dans *Edmonton Journal*, à la p. 1360.)

Notre Cour a retenu un argument semblable dans *Vancouver Sun* :

La publicité est nécessaire au maintien de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux. Elle fait partie intégrante de la confiance du public dans le système de justice et de sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, elle constitue l'élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux. [par. 25]

Plus récemment, on a insisté sur le lien entre la publicité des débats en justice et la promotion de la démocratie. (C'est d'ailleurs cette justification qui me semble la plus pertinente en l'espèce.) Les tribunaux jouent un rôle central dans les démocraties, non seulement parce qu'ils sont le lieu où se résolvent pacifiquement les litiges entre les citoyens, mais également — et peut-être surtout — parce que c'est là que se décident les litiges opposant les citoyens à l'État. De plus, on ne saurait nier que l'importance du rôle des tribunaux augmente en fonction de la complexité sans cesse croissante des sociétés contemporaines. Il devient alors indispensable que l'action des tribunaux reste soumise au regard critique du public, tant pour améliorer leur fonctionnement que pour garantir le maintien de la confiance de l'opinion publique à leur endroit (voir *Edmonton Journal*, p. 1337 (le juge Cory)).

Dans le même sens, on a aussi souligné l'aspect « éducatif » de la publicité du processus judiciaire,

84

2007 SCC 43 (CanLII)

85

86

following passage from the reasons of Wilson J. in *Edmonton Journal*:

It provides an opportunity for the members of the community to acquire an understanding of how the courts work and how what goes on there affects them. Bentham recognized the importance of publicity in fostering public discussion of judicial matters, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., at p. 68, and Wigmore pointed out in *Evidence*, op. cit., §1834, at p. 438, that “[t]he educative effect of public attendance is a material advantage. Not only is respect for the law increased and intelligent acquaintance acquired with the methods of government, but a strong confidence in judicial remedies is secured which could never be inspired by a system of secrecy”. [pp. 1360-61]

87

Openness also ensures that matters considered in court are not debated only in the courts. It fosters the extension of such debates to other areas of society. In my view, this consideration played an important part in this Court’s decision in *Mentuck* to uphold the trial judge’s refusal to order a publication ban on the methods used by the police in investigating the accused. This Court found that the deleterious effects of such an order would be substantial, particularly because the freedom of the press to report information regarding a subject of great importance to any free and democratic society would be curtailed. I will reproduce the relevant passage insofar as the extradition judge appears to have had similar concerns in the case at bar:

The deleterious effects, however, would be quite substantial. In the first place, the freedom of the press would be seriously curtailed in respect of an issue that may merit widespread public debate. A fundamental belief pervades our political and legal system that the police should remain under civilian control and supervision by our democratically elected officials; our country is not a police state. The tactics used by police, along with other aspects of their operations, is a matter that is presumptively of public concern. Restricting the freedom of the press to report on the details of undercover operations that utilize deception, and that encourage the suspect to confess to specific crimes with the prospect of financial and other rewards, prevents the public

par exemple dans le passage suivant des motifs de la juge Wilson dans *Edmonton Journal* :

Cela permet aux citoyens de comprendre le fonctionnement des tribunaux et comment ils sont touchés par ce qui se passe devant le tribunal. Bentham reconnaît l’importance de la publicité parce qu’elle favorise la discussion publique des affaires judiciaires, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., à la p. 68, et Wigmore a souligné dans son ouvrage *Evidence*, op. cit., § 1834, à la p. 438, que [TRADUCTION] « l’aspect éducatif de la présence du public est un avantage important. Non seulement accroît-il le respect du droit et la bonne compréhension des méthodes du gouvernement, mais la publicité suscite une grande confiance dans les recours judiciaires, confiance que ne pourrait inspirer un système fondé sur le secret ». [p. 1360-1361]

Par ailleurs, la publicité des débats judiciaires évite que les sujets examinés devant les tribunaux soient débattus seulement dans ce forum. Elle favorise l’élargissement de ces débats à d’autres milieux sociaux. Cette justification me semble avoir été une considération importante à la base de la décision de notre Cour, dans l’arrêt *Mentuck*, confirmant le refus du juge du procès d’ordonner une interdiction de publication quant aux méthodes d’investigation policière utilisées au cours de l’enquête visant l’accusé. Notre Cour avait conclu que les effets préjudiciables d’une telle ordonnance seraient considérables, notamment parce qu’elle porterait atteinte à la liberté de la presse de rapporter des informations relatives à un sujet de très haute importance pour toute société libre et démocratique. Je me permets de citer le passage pertinent, dans la mesure où le juge d’extradition semble avoir partagé des préoccupations analogues en l’espèce :

Par contre, les effets préjudiciables seraient plutôt considérables. En premier lieu, il y aurait atteinte grave à la liberté de la presse relativement à une question susceptible de justifier un grand débat public. 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

from being informed critics of what may be controversial police actions.

As this Court recognized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976, “participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged”, a principle fundamental to a free and democratic society. See *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. Such participation is an empty exercise without the information the press can provide about the practices of government, including the police. In my view, a publication ban that restricts the public’s access to information about the one government body that publicly wields instruments of force and gathers evidence for the purpose of imprisoning suspected offenders would have a serious deleterious effect. There is no doubt as to how crucial the role of the police is to the maintenance of law and order and the security of Canadian society. But there has always been and will continue to be a concern about the limits of acceptable police action. The improper use of bans regarding police conduct, so as to insulate that conduct from public scrutiny, seriously deprives the Canadian public of its ability to know of and be able to respond to police practices that, left unchecked, could erode the fabric of Canadian society and democracy. [paras. 50-51]

The open court principle, which was accepted long before the adoption of the *Charter*, is now enshrined in it. This is due to the fact that the principle is associated with the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. It is clear that members of the public must have access to the courts in order to freely express their views on the operation of the courts and on the matters argued before them. The right to freedom of expression protects not only the right to express oneself on an issue, but also the right to gather the information needed to engage in expressive activity (see *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick*, at para. 27).

## (2) Role of the Press

Of course, few citizens have the time to attend court proceedings. The scope of the open court

d’avantages financiers et autres empêche le public de porter un jugement critique éclairé sur ce qui peut constituer des actions policières controversées.

Comme la Cour l’a reconnu dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976, « la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée », principe fondamental sur lequel repose une société libre et démocratique (voir *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877). Cette participation est futile sans les renseignements que la presse peut fournir sur les pratiques du gouvernement, y compris celles de la police. À mon sens, une interdiction de publication limitant l’accès du public à l’information relative à l’organisme gouvernemental qui manie publiquement des instruments de force et qui recueille des éléments de preuve en vue d’emprisonner des présumés contrevenants aurait un effet préjudiciable grave. Le rôle capital de la police pour le maintien de la loi et de l’ordre et pour la sécurité de la société canadienne ne fait aucun doute. Mais on s’est toujours demandé, et on continuera à se demander, quelles sont les limites acceptables de l’action policière. L’utilisation à mauvais escient des interdictions relatives à la conduite policière de manière à la mettre à l’abri de l’examen public nuit gravement à la capacité des Canadiens de connaître les pratiques policières et de réagir à ces pratiques, qui, en l’absence de surveillance, pourraient éroder les bases mêmes de la société et de la démocratie canadiennes. [par. 50-51]

Reconnu bien avant son adoption, le principe de la publicité des débats judiciaires est maintenant consacré par la *Charte*. Cette reconnaissance découle du lien qu’entretient ce principe avec le droit à la liberté d’expression garanti par l’al. 2b) de la *Charte*. Il est en effet manifeste que le public doit avoir accès aux tribunaux afin de pouvoir s’exprimer librement sur leur fonctionnement et sur les affaires qui y sont débattues. Le droit à la liberté d’expression ne protège pas seulement le droit de s’exprimer sur un sujet; il garantit aussi celui de recueillir les informations nécessaires à une activité d’expression (voir *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick*, par. 27).

## (2) Le rôle de la presse

Bien entendu, peu de citoyens possèdent le temps d’assister en personne aux débats judiciaires.

principle would therefore be quite limited were it not for the corollary right of the press to have access to the courts and publish information on their operation. As Cory J. wrote in *Edmonton Journal*:

That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as “listeners” or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media. [pp. 1339-40]

90 Thus, the right of the press to have access to the courts and report on what takes place in them is also guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, as was expressly recognized by this Court in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick* (see the comments of La Forest J., at para. 26).

(3) Limits on the Open Court Principle

91 The open court principle is not absolute, however. A court generally has the power, in appropriate circumstances, to limit the openness of its proceedings by ordering publication bans, sealing documents, or holding hearings *in camera*. It can also authorize an individual to make submissions or appear in court under a pseudonym should this be necessary in the circumstances. In some cases,

La portée du principe de publicité de la justice demeurerait donc bien limitée s’il n’avait pas pour corollaire le droit de la presse d’avoir accès aux tribunaux et de publier des informations sur leur fonctionnement. Comme l’écrivait le juge Cory dans l’arrêt *Edmonton Journal* :

C’est donc dire que, comme ensemble d’auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d’être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. 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 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. [p. 1339-1340]

Ce droit de la presse d’avoir accès aux tribunaux et de rapporter ce qui s’y passe se trouve donc lui aussi garanti par l’al. 2b) de la *Charte*, et notre Cour l’a expressément reconnu dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick* (voir les commentaires du juge La Forest, par. 26).

(3) Les limites à la publicité des débats judiciaires

Cependant, le principe de la publicité des débats judiciaires n’est pas absolu. Le tribunal a généralement le pouvoir, lorsque les circonstances l’exigent, de limiter la publicité des débats judiciaires par des ordonnances de non-publication, de mise sous scellés ou de huis clos. Il peut aussi autoriser une personne à plaider ou à comparaître en utilisant un pseudonyme, dans les circonstances où



courts may be required by statute to order such measures. In others, they are merely authorized to do so, whether under legislation granting them this power or — where superior courts are concerned — pursuant to their inherent power to control their own processes. There are common law rules that also apply in such cases, and informer privilege establishes one of them. However, careful consideration must be given to the scope of the privilege and, where applicable, to whether the limits it places on the openness of court proceedings are necessary or how they are to be implemented.

As Lamer C.J. acknowledged in *Dagenais*, the wide range of possible situations means that the form of a challenge to an order limiting the openness of court proceedings will vary depending on the nature of the objection to the ban (at pp. 874 *et seq.*). Thus, if legislation or a common law rule *requires* a judge to make such an order, any objection to the order must be framed as a *Charter* challenge to that legislation or common law rule. If, however, the legislation or the common law rule merely grants the trial judge the discretion to make such an order, any *Charter* review must concern the exercise of this discretion in the specific case before the court. Discretionary powers must be exercised in a manner consistent with the *Charter*. For a judge to exceed the limits placed by the *Charter* on the exercise of such powers would be an error of law that would justify setting the order aside.

To determine whether a legal rule compelling a trial judge to limit the openness of court proceedings is constitutional, it will be necessary to conduct the analysis adopted in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Since such a rule eliminates the court's discretion to review the specific circumstances of the case before it, there is always a possibility that the rule's impairment of freedom of expression will not be minimal. Motivated by a desire to preserve the public nature of justice in Canada to the greatest extent possible, this Court has acted

une telle mesure s'avère nécessaire. Dans certains cas, d'ailleurs, certaines dispositions législatives lui imposeraient de le faire. Dans d'autres cas, il est seulement autorisé à le faire, soit en vertu d'une disposition législative lui reconnaissant ce pouvoir, soit, — s'il s'agit d'une cour supérieure — en vertu de son pouvoir inhérent de déterminer sa propre procédure. Certaines règles de common law trouveront aussi application en semblable matière. Le privilège de l'indicateur établit l'une de ces règles. Encore faut-il en examiner soigneusement la portée et, le cas échéant, la nécessité ou les modalités des limitations qu'il impose à la publicité des débats judiciaires.

Comme l'a reconnu le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais*, la diversité des situations signifie que la forme des contestations d'une ordonnance limitant la publicité des débats judiciaires variera suivant la nature de l'opposition à l'interdiction (p. 874 *et suiv.*). Ainsi, si le juge *est tenu* par une disposition législative ou une règle de common law de rendre une telle ordonnance, toute opposition à celle-ci devra prendre la forme d'une contestation, fondée sur la *Charte*, de la disposition ou règle qui prescrit l'ordonnance. Au contraire, si le texte de loi ou la règle de common law ne fait que reconnaître au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance, c'est l'exercice de ce pouvoir qui devra, dans chaque cas particulier, être soumis à un examen requis par la *Charte*. Tout pouvoir discrétionnaire doit en effet être exercé d'une manière conforme à la *Charte*. Le dépassement des limites que celle-ci impose à l'exercice de tels pouvoirs constitue une erreur de droit justifiant l'annulation de l'ordonnance rendue.

Afin de contrôler la validité constitutionnelle d'une règle de droit qui contraint le juge du procès à limiter la publicité des débats, il faudra procéder à l'analyse prévue par l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Comme une telle règle de droit prive le tribunal de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer les circonstances particulières de chaque affaire, elle risque toujours de ne pas constituer qu'une simple atteinte minimale à la liberté d'expression. Notre Cour n'a accepté ces limites qu'avec réserve et prudence, inspirée par le souci de préserver dans

92

93

with reserve and circumspection in accepting such limits (see *Canadian Newspapers*).

94

In *Dagenais*, this Court developed, for the purpose of reviewing the constitutionality of the exercise of a discretion to limit the openness of court proceedings, an approach that incorporates the gist of the *Oakes* test, but is tailored to the specific context of the exercise of such a discretion. This approach was subsequently reformulated as follows in *Mentuck*:

A publication ban should only be ordered when:

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

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice. [para. 32]

95

It is interesting to note that the Law Reform Commission of Canada had, in a working paper on public and media access to the criminal process, recommended that all automatic publication bans be eliminated from the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Commission expressed the view that “there should always be room for a judge or justice to refuse to make an order limiting openness where there is no demonstrable need for it” (Working Paper 56, *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987), at p. 45). It is indeed inconceivable that an order limiting openness could be justified if the need for it was not demonstrated. Recognizing that the trial judge has the discretion to make such an order eliminates this potential pitfall. It is thus up to the judge to weigh the interests at stake. In this context, a number of means are available to the judge to deal with the situation in a way that impairs freedom of expression as minimally as possible in the specific circumstances of a given case. These means range from a partial or temporary publication ban to a temporary or permanent sealing order regarding certain pieces

toute la mesure du possible le caractère public de la justice au Canada (voir *Canadian Newspapers*).

Pour contrôler la validité constitutionnelle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de limiter la publicité des débats judiciaires, notre Cour a élaboré, dans l'arrêt *Dagenais*, une méthode d'analyse qui incorpore l'essentiel des éléments du critère de l'arrêt *Oakes*, en l'adaptant au contexte propre à l'exercice d'un tel pouvoir. Cette analyse a été sub-équemment reformulée en ces termes dans l'arrêt *Mentuck* :

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si :

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

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice. [par. 32]

Il est intéressant de signaler que, dans un document de travail sur l'accès du public et des médias au processus pénal, la Commission de réforme du droit du Canada avait recommandé que toutes les interdictions de publication à caractère obligatoire soient éliminées du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, estimant « que le juge ou le juge de paix devraient toujours pouvoir refuser de rendre une ordonnance limitant la transparence lorsque la nécessité n'en a pas été démontrée » (Document de travail 56, *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987), p. 50). On ne saurait en effet concevoir qu'une ordonnance limitant la publicité des débats puisse être justifiée si on n'en démontre pas la nécessité. La reconnaissance au juge du procès du pouvoir discrétionnaire de rendre une telle ordonnance permet d'éviter cet écueil. Il revient alors à ce dernier de soupeser les différents intérêts en jeu. Dans ce contexte, il dispose de différents moyens lui permettant de régler la situation de la manière la moins attentatoire à la liberté d'expression, dans les circonstances propres à chaque affaire. Ces moyens vont, par exemple, de l'ordonnance de non-

of evidence to an order that proceedings be held entirely *in camera*.

(4) Distinction Between the Right of Access to the Courts and the Right to Inform the Public on Matters Before Them

It will now be necessary to turn to a problem relating to the definition of the rights flowing from the open court principle. The recognition of the right of the press to inform the public on court proceedings as a corollary to the public's right to open courts tends to lead to the view that these two rights are one and the same. However, a conceptual distinction must be maintained between them in order to deal with the difficulties that the application of this principle gives rise to in the relationships between these rights and other rights without taking the relevant values into consideration. For example, in certain situations, a judge might consider it appropriate — or might be required by legislation — to order a publication ban but not to order that the proceedings be held *in camera*. Such an order would restrict the right of the press to report on what happens in court. However, it would not infringe the more general right to open courts. In this sense, an order that proceedings be held *in camera* is more drastic because, in practice, it constitutes a publication ban, whereas the converse is not true.

The difference between the two types of orders can be seen in *Canadian Newspapers*, in which this Court ruled on the constitutionality of a statutory provision compelling the trial judge to order a publication ban in certain circumstances in sexual assault cases. On that occasion, the Court agreed that such a provision limits the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. It nevertheless held that the provision was justified under s. 1 of the *Charter* because, *inter alia*, it did not require the trial judge to proceed *in camera* but, on the contrary, allowed the media to be present at the hearing and report on the conduct of the hearing and the facts of the case, provided that this

publication partielle et temporaire au huis clos complet des procédures, en passant par la mise sous scellés temporaire ou permanente de certains éléments de preuve.

(4) La distinction entre le droit d'accès aux tribunaux et le droit d'informer le public sur les affaires portées devant eux

Il faut, ici, s'arrêter à une difficulté dans la définition des droits mis en jeu par le principe de la publicité des affaires judiciaires. En effet, la reconnaissance du droit de la presse d'informer le public sur les affaires judiciaires comme corollaire du droit de ce dernier à la publicité de la justice tend à entraîner l'assimilation de ces deux droits. La préservation d'une distinction conceptuelle entre ces deux droits s'impose toutefois pour faire face aux difficultés que suscite l'application de ce principe dans les rapports des droits en question avec d'autres droits, sans prendre en considération les valeurs pertinentes. Dans certaines situations, par exemple, un juge pourra trouver indiqué — ou encore être tenu par une disposition législative — d'imposer une ordonnance de non-publication, mais non d'ordonner le huis clos. Une telle ordonnance restreindra le droit de la presse de rapporter ce qui se passe devant les tribunaux. Cependant, elle ne portera pas atteinte au droit plus général à la publicité des débats judiciaires. En ce sens, une ordonnance de huis clos revêt un caractère plus drastique, parce qu'elle constitue, en pratique, une interdiction de publication alors que l'inverse n'est pas vrai.

La différence entre les deux types d'ordonnance peut être observée dans l'affaire *Canadian Newspapers*, où notre Cour s'est prononcée sur la validité constitutionnelle d'une disposition législative obligeant le juge du procès à rendre une ordonnance de non-publication lorsque certaines circonstances se présentaient, dans des affaires d'agression sexuelle. Notre Cour a, à cette occasion, reconnu qu'une telle disposition limite la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Toutefois, elle l'a déclarée justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, notamment parce qu'elle n'oblige pas le juge du procès à tenir l'audience à huis clos, mais qu'elle permet au contraire aux médias d'assister à

information did not tend to identify the complainant.

98

*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick* also illustrates the difference between the two types of orders and it shows clearly that courts should exercise caution before ordering that proceedings be heard *in camera*. In that case, which concerned sexual assaults committed against young female persons, the trial judge had ordered under s. 486(1) of the *Criminal Code* that the media and the public be excluded from a part of the sentencing proceeding dealing with the specific acts committed by the accused. The order remained in effect for only 20 minutes. Nevertheless, this Court decided that the trial judge should not have excluded the public in this manner, as there was insufficient evidence to support a concern for undue hardship to the accused or the complainants. The Court reached this conclusion because, *inter alia*, of the fact that the victims' privacy was already protected by a publication ban.

#### B. *Scope of Informer Privilege*

##### (1) Informer Privilege and the Rationale for It

99

In the case at bar, the appellants are relying on informer privilege to justify violations of the open court principle. It is, generally speaking, true that this privilege entails a rule prohibiting the Crown or a witness from revealing in court any information that might tend to identify a police informer. In the classic scenario involving this rule, the informer is not a party to the case and his or her identity, or evidence that might reveal it, is not essential to the outcome of the case. In such a situation, the rule generally prohibits the judge from ordering the disclosure of such information and authorizes witnesses to refuse to answer certain questions if their answers might tend to identify the informer.

celle-ci et d'en relater le déroulement et de rapporter les faits de l'affaire dans la mesure où ces informations ne permettent pas d'identifier le plaignant.

L'affaire *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick* permet elle aussi de saisir la différence entre les deux types d'ordonnances et fait bien ressortir la prudence dont les tribunaux devraient faire preuve avant d'ordonner le huis clos. Dans cette affaire d'agressions sexuelles commises contre de jeunes personnes de sexe féminin, le juge du procès avait ordonné, en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, l'exclusion des médias et du public de la partie des procédures de détermination de la peine relatives aux actes précis commis par l'accusé. L'ordonnance n'était restée en vigueur que pendant 20 minutes. Pourtant, notre Cour a décidé que le juge du procès n'aurait pas dû exclure le public de cette manière, en l'absence d'éléments de preuve suffisants pour justifier la crainte que l'accusé ou les plaignantes subiraient un préjudice indu. Notre Cour avait conclu ainsi notamment en raison du fait qu'une ordonnance de non-publication protégeait déjà la vie privée des victimes.

#### B. *La portée du privilège de l'indicateur de police*

##### (1) Le privilège et ses justifications

Dans la présente affaire, les appelants tentent de justifier les atteintes au principe de la publicité des débats en invoquant le privilège de l'indicateur de police. D'une manière générale, on peut affirmer que ce privilège comporte une règle interdisant à la Couronne ou à un témoin de dévoiler devant le tribunal toute information de nature à permettre d'identifier un indicateur de police. Dans le scénario classique d'application de cette règle, l'indicateur de police n'est pas une partie au litige et son identité, ou les éléments de preuve susceptibles de la dévoiler, ne constituent pas des pièces centrales à la décision sur le sort de l'affaire. Dans une telle situation, la règle interdit généralement au juge d'ordonner la communication de tels renseignements et autorise un témoin à refuser de répondre à certaines questions lorsque ses réponses permettraient l'identification de l'indicateur.

Correlativement, where applicable, informer privilege prohibits revealing information that might tend to identify a police informer in a public hearing. On this point, I agree with my colleague that, to this extent, the privilege constitutes a limit on the open court principle (see *R. v. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL) (C.J.)). We disagree, however, on the scope of this limit. In my colleague's view, the limit is binding on the trial judge and is subject to only one exception, the "innocence at stake" exception. According to his interpretation of the privilege, the trial judge is required at all times to prevent the disclosure of information that might tend to identify an informer, except where the ability of the accused to prove his or her innocence is at stake. I myself do not think that this rule is so absolute that the judge has no residual discretion regarding its application. In my view, on a proper interpretation of informer privilege, the trial judge has at all times a discretion to decline to apply the privilege where an attempt is being made to divert it from its purpose or where there is no longer any need to protect the informer's identity.

The rule of confidentiality resulting from the privilege is not an end in itself. It was developed by the common law courts to foster the proper administration of justice and, in particular, the effective prevention and suppression of crime. The need to resort to informers in police investigations has long been accepted. Informers must be confident that their identities will be protected if we want them to share information with the police. Otherwise, the risk of retaliation would deter many people from becoming informers. At any rate, I am loath to think that the state would place itself in a situation where it would be responsible for an act of revenge against an informer. Cory J. identified these two justifications in *R. v. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (Ont. C.A.):

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long

Corrélativement, lorsqu'il s'applique, le privilège interdit de révéler en audience publique des informations susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur de police. Je suis à cet égard d'accord avec mon collègue pour dire que, dans cette mesure, le privilège constitue une limite au principe de la publicité des débats judiciaires (voir *R. c. Lawrence*, [2001] O.J. No. 5776 (QL) (C.J.)). Nos opinions divergent toutefois quant à la portée de cette limite. Selon mon collègue, elle lie le juge du procès et son domaine d'application ne connaît qu'une exception, celle dite de la démonstration de l'innocence. Selon son interprétation du privilège, le juge du procès demeure constamment tenu d'empêcher la communication d'informations susceptibles de permettre l'identification de l'indicateur de police, à moins que l'innocence d'un accusé ne soit en jeu. Pour ma part, je ne crois pas que cette règle revêt un caractère à ce point absolu qu'elle prive le juge de tout pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard de son application. À mon avis, lorsqu'il est bien interprété, le privilège de l'indicateur de police respecte toujours le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de refuser de l'appliquer dans les cas où l'on tente de le détourner de sa finalité ou dans ceux où il n'existe plus aucun intérêt à protéger l'identité de l'indicateur de police.

La règle de la confidentialité établie par le privilège n'est en effet pas une fin en soi. Les tribunaux de common law l'ont élaborée dans le but de favoriser la bonne administration de la justice et notamment l'efficacité de la prévention et de la répression du crime. La nécessité du recours aux indicateurs de police pour la conduite de certaines enquêtes policières est admise depuis longtemps. La confiance des indicateurs dans la protection de leur identité est impérative si l'on veut qu'ils partagent avec la police les informations qu'ils détiennent. Les risques de vengeance en décourageraient autrement plus d'un de devenir indicateur. De toute façon, il répugne à penser que l'État se place dans la situation de devenir responsable d'une vengeance exercée contre un indicateur de police. Le juge Cory a bien identifié ces deux justifications dans l'arrêt *R. c. Hunter* (1987), 57 C.R. (3d) 1 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir

100

101

standing. It developed from an acceptance of the importance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed, both for his or her own protection and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed. [pp. 5-6]

102

Cooper distinguishes the “protection/inhibition theory” from the “continual flow theory” in his explanation of the rationale for informer privilege:

Two related theories are involved in the rationale of the rule of public policy that states the identities of police informers ought not to be disclosed. The “protection/inhibition” theory recognizes that although the relation of information concerning crime to the police is a civic duty, citizens may abdicate these types of duties where disclosure of their identities could place their physical safety or economic interests in jeopardy. Although some writers would suggest that the personal interests of informers are protected merely to obtain an ongoing supply of information, this position is, perhaps, too exploitive to be characterized as a basis for a rule of public policy. Just as the citizen has a specific duty to assist in law enforcement, the public has a duty to protect the interests of a citizen who puts his or her interests at risk in furtherance of a public object.

The “continual flow” theory is the second basis on which the public policy supporting informer privilege is founded. This theory is directly related to the public’s interest in crime prevention. The theory is one of deterrence; if the identities of some informers are disclosed prospective informers will reject the risk of possible disclosure and decline to supply information to the police. The constriction of these channels of information would seriously impair the ability of law enforcement officials to protect the public from criminal activity.

(T. G. Cooper, *Crown Privilege* (1990), at pp. 189-91)

l’identité d’un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l’acceptation de l’importance du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression du crime. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de divulguer à la police tout renseignement qu’ils peuvent détenir relativement à la perpétration d’un crime. Les tribunaux ont réalisé très tôt l’importance de dissimuler l’identité des indicateurs, à la fois pour assurer leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant un crime. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs. [p. 5-6]

Cooper distingue la [TRADUCTION] « thèse de la protection/dissuasion » et la [TRADUCTION] « thèse de l’afflux constant d’informations » lorsqu’il expose les justifications du privilège de l’indicateur de police :

[TRADUCTION] Deux thèses connexes sont avancées pour justifier l’existence de la règle d’intérêt général suivant laquelle l’identité des indicateurs de police ne devrait pas être dévoilée. La « thèse de la protection/dissuasion » reconnaît que, bien que les citoyens soient tenus de communiquer à la police les renseignements au sujet des crimes, ils peuvent se soustraire à ce devoir dans les cas où le dévoilement de leur identité pourrait mettre en péril leur sécurité physique ou leurs intérêts financiers. Quoique certains auteurs avancent que les intérêts personnels des indicateurs sont protégés simplement pour assurer un afflux constant d’informations, cette position est peut-être trop basée sur des considérations de pure efficacité pour être considérée comme le fondement d’une règle d’intérêt général. Tout comme chaque citoyen a le devoir particulier de contribuer à l’application de la loi, la société doit protéger les intérêts d’un citoyen qui met ses intérêts en péril en participant à la réalisation d’un objectif d’intérêt public.

La thèse de l’« afflux constant d’informations » constitue le second fondement sur lequel repose la règle d’intérêt général justifiant le privilège de l’indicateur de police. Cette thèse se rattache directement à l’intérêt du public dans la prévention du crime. Cette thèse est fondée sur la notion de considération : si l’identité de certains indicateurs est dévoilée, d’éventuels indicateurs n’accepteront pas de courir le risque du dévoilement de leur identité et refuseront de fournir des renseignements à la police. Le tarissement de ces sources d’information porterait alors gravement atteinte à la capacité des forces de l’ordre de protéger le public contre l’activité criminelle.

(T. G. Cooper, *Crown Privilege* (1990), p. 189-191)

(2) Limits on the Scope of Informer Privilege

Like any other rule, that of informer privilege has its exceptions. The most widely accepted one relates to situations where the accused could be prevented from proving his or her innocence if he or she were not permitted to obtain and use information that might tend to identify an informer (“innocence at stake exception”). In such cases, it is now accepted that informer privilege does not apply where the principles of criminal justice designed to avoid conviction of the innocent are in issue (see, *inter alia*, *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281).

In my colleague’s view, this is the only exception to the privilege. Where it does not apply, informer privilege is “absolute”. Thus, he proposes an interpretation to the effect that proof that a person is an informer is sufficient to compel the trial judge to prevent the disclosure, to anyone in any circumstances (unless, of course, the innocence of the accused is at stake), of any information that might identify the informer. According to this interpretation of the rule of confidentiality, which is based on *obiter dicta* of this Court, only an application of the privilege as strict as this will be consistent with the objectives the privilege was developed to achieve.

I cannot bring myself to adopt so inflexible an interpretation of this judge-made rule of the common law. In my opinion, it is more consistent with the logic of the common law and with the values of the *Charter* to hold that the trial judge always has the discretion (except where the law withdraws it) to authorize or order the disclosure of information that might tend to identify an informer in the rare cases where the judge is satisfied that disclosure of the information would better serve the interests of justice than keeping it secret. However, this disclosure should be no more extensive than is required by the best interests of justice. It should be noted that the interests of justice constitute the

(2) Les limites à la portée du privilège de l’indicateur de police

Comme toute autre règle, celle du privilège de l’indicateur de police est assortie d’exceptions. La plus largement acceptée est celle relative aux situations où l’accusé pourrait être empêché de démontrer son innocence si on ne lui permettait pas d’obtenir et d’utiliser des informations susceptibles de permettre l’identification d’un indicateur de police (l’[TRADUCTION] « exception relative à la démonstration de l’innocence »). Dans de tels cas, il est maintenant reconnu que le privilège de l’indicateur de police cède devant les impératifs des principes de justice pénale destinés à éviter la condamnation des innocents (voir notamment *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281).

D’après mon collègue, il s’agit de la seule exception au privilège. En dehors de son cadre d’application, le privilège de l’indicateur de police reste « absolu ». Selon l’interprétation qu’il propose, il suffit donc de prouver qu’une personne est un indicateur de police pour que le juge du procès soit dès lors tenu d’empêcher la divulgation, à quiconque et en toutes circonstances (à moins, bien sûr, que l’innocence d’un accusé soit en jeu), de toute information susceptible de permettre son identification. Suivant cette interprétation de la règle de la confidentialité, qui s’appuie sur certains *obiter dicta* de notre Cour, seule une application aussi stricte du privilège respectera les objectifs pour lesquels celui-ci a été reconnu.

Je ne peux me résoudre, pour ma part, à adopter une interprétation aussi rigide de cette règle prétorienne, issue de la common law. À mon avis, il est plus conforme à la logique de la common law et aux valeurs de la *Charte* de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire (à moins que la loi ne le lui retire) de permettre ou d’ordonner la communication d’informations susceptibles de permettre l’identification d’un indicateur de police dans les rares cas où le juge sera convaincu qu’une telle communication servirait mieux l’intérêt de la justice que le maintien du secret. Cette communication ne devrait par ailleurs pas être plus importante que ne l’exige l’intérêt

103

104

105

justification for and purpose of the privilege. It is in reference to them that the limits on informer privilege will be established.

(3) Special Nature of the Case at Bar

106

This case raises particular difficulties with regard to the application of informer privilege. The decisions of this Court that are being relied upon to support the “absolutist” interpretation of the privilege arise from the classic scenario in which an attempt is made to adduce in evidence information that might tend to identify an informer who is not a party to the case (see *Leipert, R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, although the last of these cases relates to proceedings of a board of inquiry investigating police activities). This scenario is first and foremost a matter of the law of evidence and only quite indirectly involves the public’s constitutional right to open courts. The case at bar has a completely different factual matrix. Here, the issues relating to the Named Person’s status as a police informer are not incidental to the legal proceedings, as is generally the case. On the contrary, they are at the very heart of the Named Person’s applications. Furthermore, the stay of proceedings application the Named Person ultimately intends to make should relate to how the foreign and Canadian governments treated him as an informer. This is the very type of legal proceeding in which the open court principle assumes particular importance. There is no denying that how the Canadian government deals with informers can be of considerable significance in a democratic debate on the values of this country’s justice system and on the proper administration of justice, which are matters of public interest.

107

Thus, the public’s right to open courts and the imperative of protecting the public’s interest in the

supérieur de la justice. On se rappellera que l’intérêt de la justice constitue la justification et la finalité de ce privilège. C’est par rapport à cet intérêt que s’établiront les limites du privilège de l’indicateur.

(3) Le caractère particulier de la présente affaire

La présente affaire soulève des difficultés particulières pour la mise en œuvre du privilège de l’indicateur de police. Les arrêts de notre Cour invoqués au soutien de l’interprétation absolutiste du privilège relèvent en effet du scénario classique où l’on tente de mettre en preuve des informations susceptibles d’identifier un indicateur qui n’est pas lui-même partie au litige (voir *Leipert, R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, dans le contexte toutefois des travaux d’une commission d’enquête sur des activités policières dans ce dernier cas). Un tel scénario relève d’abord et avant tout du droit de la preuve et il ne fait intervenir le droit constitutionnel du public à la publicité des débats judiciaires que bien indirectement. La présente affaire s’inscrit dans un cadre factuel complètement différent. En l’espèce, les questions relatives à la qualité d’indicateur de police de la personne désignée ne sont pas incidentes aux procédures judiciaires, comme c’est généralement le cas. Au contraire, elles se situent au cœur même des requêtes présentées par la personne désignée. De plus, la requête pour sursis des procédures qu’entend ultimement présenter la personne désignée devrait porter sur le traitement que lui ont réservé les gouvernements étranger et canadien en tant qu’indicateur de police. Or, c’est justement à l’égard de ce genre de débats judiciaires que le principe de la publicité de ces débats prend toute son importance. On ne saurait en effet nier que la manière dont se comporte le gouvernement canadien à l’égard de ses indicateurs de police peut avoir une importance considérable pour la tenue d’un débat démocratique sur les valeurs de la justice de notre pays et sur sa bonne administration, autant de questions d’intérêt public.

Ainsi, le droit du public à la publicité des débats judiciaires et l’impératif de protection de l’intérêt



proper administration of justice are much more directly affected by informer privilege in the case at bar than in the classic scenario. In fact, the circumstances of the instant case appear to be so unusual that counsel for the parties could not refer us to any similar cases. In a situation such as this, this Court must be careful in considering a proposal to resolve the problem with significant constitutional ramifications that is before it by importing a legal rule developed in a completely different context, that of the law of evidence, and applying that rule in its entirety. The commentators and the courts have noted that an exhaustive inquiry should be conducted every time extending informer privilege beyond its traditional parameters is being contemplated (see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 883, para. 15.59).

It is also important to bear in mind that although this Court's comments in *Leipert* came after the decision in *Dagenais*, they were made before the Court stressed the constitutional nature of the open court principle in *Mentuck*, *Vancouver Sun* and *Toronto Star*. Furthermore, the case the Court was commenting on in *Leipert* was not as exceptional as the case at bar, in which the issue involves reconciling potentially conflicting values and principles.

In my opinion, the judge-made rule of informer privilege cannot deprive a judge of the discretion to consider whether the rule is applicable. The issue will of course be resolved so easily in classic fact situations that the reasoning will be implicit and the application of the rule will appear to be absolute. However, the instant case clearly shows that, in certain exceptional circumstances, it will be more difficult to establish the scope of the privilege and an adversarial proceeding will be necessary. This will be true, for example, where, as appears to be the case here, the judge must consider the

du public dans la bonne administration de la justice se trouvent, en l'espèce, beaucoup plus directement affectés par le privilège de l'indicateur de police que dans le scénario classique. En fait, les circonstances de la présente affaire apparaissent tellement exceptionnelles que les procureurs des parties ont été incapables de nous citer un cas similaire. Dans une telle situation, notre Cour devrait faire preuve de prudence lorsqu'on propose d'importer et d'appliquer intégralement une règle de droit élaborée dans un contexte complètement différent, celui du droit de la preuve, dans le but de résoudre le problème aux ramifications constitutionnelles importantes dont elle est saisie. On a d'ailleurs déjà souligné, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, qu'un examen exhaustif devrait être effectué, chaque fois qu'il est envisagé d'étendre la sphère d'application du privilège de l'indicateur de police au-delà de ses frontières habituelles (voir J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> ed. 1999), p. 883, par. 15.59).

Il est par ailleurs important de ne pas perdre de vue que — bien que postérieurs à l'arrêt *Dagenais* — les propos formulés par notre Cour dans *Leipert* ont été énoncés avant que celle-ci ne rappelle avec force le caractère constitutionnel du principe de la publicité des débats dans les arrêts *Mentuck*, *Vancouver Sun* et *Toronto Star*. Les commentaires de notre Cour dans *Leipert* ne résultent d'ailleurs pas de l'examen d'un cas aussi exceptionnel que la présente espèce, qui soulève un problème de conciliation de valeurs et de principes potentiellement conflictuels.

À mon avis, la règle prétorienne du privilège de l'indicateur de police ne saurait priver le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de s'interroger sur la pertinence de son application. Bien entendu, dans les situations factuelles classiques, la question sera si aisément réglée que le raisonnement pourra demeurer implicite et la règle paraîtra d'application absolue. Toutefois, le présent dossier démontre bien que, dans certaines circonstances exceptionnelles, la portée du privilège restera plus difficile à établir et exigera la tenue d'un débat contradictoire. Cela se produira notamment lorsque, comme c'est

possibility that the privilege is being abused or is being diverted from its purpose.

apparemment le cas en l'espèce, le juge est préoccupé par la présence possible d'un abus du privilège ou d'un détournement de sa finalité.

110 The decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. Hiscock* (1992), 72 C.C.C. (3d) 303, appears to be based on the reasoning. In that case, one of the two accused was a police informer whom the RCMP had asked to set up an operation to import hashish. The RCMP soon suspected that something was amiss in the operation. After electronic surveillance, followed by a search of the informer's vehicle, the informer was arrested and charged with conspiracy, trafficking, and possession of narcotics for the purpose of trafficking. According to the Crown, the informer had misappropriated part of the shipment of drugs that was supposed to be controlled by the RCMP.

Un tel raisonnement semble à la base de la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Hiscock c. R.*, [1992] R.J.Q. 895. Dans cette affaire, un des deux accusés était un indicateur de police à qui la GRC avait demandé d'organiser une opération en vue d'importer du haschich. Rapidement, la GRC a soupçonné des anomalies dans l'opération. Après une écoute électronique suivie d'une perquisition dans la voiture de l'indicateur, ce dernier a été arrêté et a été accusé de complot, de trafic et de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. Selon la Couronne, l'indicateur avait détourné à son profit une partie de la cargaison de drogues qui devait être contrôlée par la GRC.

111 After being convicted at trial, the accused argued that the wiretap evidence should be excluded because to admit it on appeal would be to violate informer privilege. The Quebec Court of Appeal rejected this argument, stating that informer privilege did not apply in the circumstances of the case. Writing for a unanimous panel, I took the opportunity to emphasize that the social justification for this privilege was found in the need to ensure performance of the policing function and maintenance of law and order (p. 329). The informer was granted the protection of informer privilege not in his personal interest, but in the interest of more effective law enforcement (p. 329). I concluded that the privilege should not be interpreted and applied so as to authorize the commission of criminal acts in the sole interest of the accused and therefore could not be used by the accused as they proposed to use it (p. 330). The opposite interpretation would have endorsed an abuse of the privilege, given its objective.

Déclarés coupables en première instance, les accusés ont cherché à faire écarter le contenu des écoutes électroniques, soutenant que l'admission de cette preuve en appel aurait pour effet de violer le privilège de l'indicateur de police. La Cour d'appel du Québec a écarté ce moyen, déclarant que le privilège de l'indicateur était inapplicable à la situation visée. Au nom d'une formation unanime, j'ai alors eu l'occasion de rappeler que la justification sociale de ce privilège se trouvait dans la nécessité d'assurer l'exécution de la fonction policière et le maintien de l'ordre public (p. 911). La protection du privilège de l'indicateur de police était accordée à ce dernier, non pas dans son intérêt personnel, mais dans celui d'une meilleure application de la justice (p. 912). J'ai conclu que le privilège ne devait pas être interprété et appliqué de manière à autoriser la commission d'actes criminels dans le seul intérêt du prévenu et qu'il ne pouvait donc pas être utilisé par les accusés tel qu'ils proposaient de le faire (p. 912). L'interprétation contraire aurait cautionné une utilisation abusive du privilège, eu égard à son objectif.

112 Furthermore, this Court's decision in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, 2002 SCC 57, seems to me to be based on similar reasoning. In a proceeding in the British Columbia Supreme Court between the federal government

Un raisonnement analogue me semble par ailleurs fonder la décision de notre Cour dans l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, 2002 CSC 57. Dans une instance devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui

and some of its staff lawyers, the government had originally filed a list of documents described as producible. It later changed its position and filed a certificate of the Clerk of Privy Council pursuant to s. 39(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, in order to object to the disclosure of certain documents on the ground that they contained information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. The plaintiffs then brought an application to compel production of the documents in question. Their application was dismissed by the British Columbia Supreme Court, but that decision was reversed by the Court of Appeal. According to the Court of Appeal, the government had waived its right to claim confidentiality of the documents by listing them as producible and by disclosing selected information in an affidavit it had filed (see *Babcock*, at para. 6).

The appeal to this Court concerned the constitutionality of s. 39 of the *Canada Evidence Act*, and the nature of Cabinet confidentiality and the processes by which it may be claimed or waived. According to s. 39(1), “[w]here a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body”. Section 39(2) gives examples of such confidences. The Court held that this section of the *Canada Evidence Act*, despite its draconian language, could not “oust the principle that official actions must flow from statutory authority clearly granted and properly exercised: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121” (para. 39). It deduced from this principle “that the certification of the Clerk or minister under s. 39(1) may be challenged where the information for which immunity is claimed does not on its face fall within s. 39(1),

opposait le gouvernement fédéral à certains de ses avocats internes, le gouvernement avait d'abord déposé une liste de documents décrits comme pouvant être produits. Par la suite, il avait modifié sa position et déposé une attestation émanant du greffier du Conseil privé en application du par. 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, afin de s'opposer à la production de certains documents au motif qu'ils contenaient des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine du Canada. Les demandeurs ont alors présenté une requête afin de contraindre le gouvernement à produire les documents en question. Ils ont été déboutés devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais cette décision a été infirmée par la Cour d'appel. Selon cette dernière, le gouvernement avait renoncé à son droit d'invoquer la confidentialité des documents en les identifiant dans sa liste comme pouvant être produits et en communiquant des renseignements choisis dans un affidavit produit (voir *Babcock*, par. 6).

Devant notre Cour, le pourvoi avait porté sur la constitutionnalité de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ainsi que sur la nature de la confidentialité des délibérations du Cabinet et sur les mécanismes par lesquels on peut l'invoquer ou y renoncer. Aux termes du par. 39(1), « [l]e tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada. » Le paragraphe 39(2) en donne, pour sa part, des exemples. Notre Cour avait alors jugé que, malgré son libellé draconien, cet article de la *Loi sur la preuve au Canada* ne pouvait « écartier le principe selon lequel les actes officiels doivent relever d'un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 » (par. 39). Notre Cour avait déduit de ce principe « qu'il est possible de contester l'attestation

or where it can be shown that the Clerk or minister has improperly exercised the discretion conferred by s. 39(1)” (para. 39).

délivrée par le greffier ou le ministre en application du par. 39(1) lorsque les renseignements à l’égard desquels l’immunité est invoquée ne relèvent pas à leur face même du par. 39(1), ou lorsqu’il peut être démontré que le greffier ou le ministre ont exercé de façon irrégulière le pouvoir discrétionnaire que le par. 39(1) leur confère » (par. 39).

114

The rationale underlying the decisions in *Babcock* and *Hiscock* is in my view applicable, with necessary adaptations, to the situation now before the Court. Under an absolute interpretation of informer privilege, the mere fact that an informer is involved would suffice to compel the judge to protect any information that might tend to identify the informer unless either the informer waived this privilege or the possibility of establishing the innocence of an accused would be compromised if secrecy were maintained. In my opinion, *Hiscock* and *Babcock* demonstrate the importance of ensuring that the courts have the power to review the reasons given for shielding certain information from public scrutiny and to refuse to grant an application for disclosure where an attempt is being made to divert the rule of confidentiality from its intended purpose, namely to foster the proper administration of justice and protect the public interest therein. These judgments clearly illustrate why it is important not to interpret the informer privilege rule as preventing the trial judge from asking whether the proposed use of the privilege for a specific purpose is consistent with the very reason for its existence. As Burton J. of the United States Supreme Court stated in *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), “[t]he scope of the privilege is limited by its underlying purpose” (p. 60).

Les raisonnements à la base des arrêts *Babcock* et *Hiscock* me paraissent applicables, avec les adaptations nécessaires, à la situation que nous examinons maintenant. Suivant une interprétation absolue du privilège de l’indicateur, il suffirait que l’on se trouve en présence d’un indicateur pour que le juge soit contraint de protéger toute information susceptible de l’identifier, à moins que l’indicateur n’ait renoncé à ce privilège ou que l’innocence d’un accusé soit mise en péril par le maintien du secret. À mon avis, les arrêts *Hiscock* et *Babcock* témoignent de l’importance de réserver aux tribunaux le pouvoir de s’interroger sur les raisons pour lesquelles on tente de soustraire au regard du public certaines informations et le pouvoir de refuser de donner suite à une demande de communication dans des cas où l’on tente de détourner la règle de la confidentialité de l’objectif qui la justifie, soit la promotion d’une saine administration de la justice et la protection de l’intérêt du public dans celle-ci. Ces arrêts illustrent bien pourquoi il est important de ne pas interpréter la règle du privilège de l’indicateur de police de manière à empêcher le juge du procès de se demander si l’usage du privilège invoqué dans un but donné respecte la finalité même de son existence. Comme l’affirmait le juge Burton de la Cour suprême des États-Unis dans *Roviaro c. United States*, 353 U.S. 53 (1957), [TRADUCTION] « [l]a portée du privilège est limitée par l’objectif qui le sous-tend » (p. 60).

(4) Effect of the Two Justifications for the Privilege on Judicial Discretion

(4) L’effet des deux justifications du privilège sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux

115

There will be other, undoubtedly rare situations in which courts will be justified in reviewing the appropriateness of applying informer privilege to limit the openness of their proceedings, and in conducting an adversarial proceeding on this issue.

D’autres situations, sans doute rares, justifieront le tribunal de s’interroger sur l’opportunité d’appliquer le privilège de l’indicateur de police pour limiter la publicité des procédures judiciaires et tenir un débat contradictoire sur la question. Il en sera

This will be the case where a court has doubts that it will be possible both to keep the information secret and to achieve the two purposes on which the informer privilege rule is based.

For example, where an attempt is made to keep information secret, a judge would have to be able to decline to apply the rule of confidentiality if it is established that public disclosure of the information would not place the informer at risk, or if the information is already in the public domain. As one author notes, “[i]f the informer’s name is already known, either generally or to those who are likely to resent his activities, further concealment becomes pointless. This is merely an application of the principle now universally accepted in Crown privilege cases that prior publication will defeat the privilege [*Robinson v. South Australia*, [1931] A.C. 704 (P.C.); *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.A.)]” (I. Eagles, “Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege?” (1982), 6 *Crim. L.J.* 175, at p. 188; see also *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2374). Given the constitutional significance of the open court principle, it is not enough to invoke informer privilege mechanically for it to apply automatically. There must also be a requirement to show that the informer will be at risk if the information is revealed, and the burden of proof on this point must rest with the party alleging this danger (see *Lawrence*).

Insofar as the “absolutist” interpretation of informer privilege forces the trial judge to limit the openness of court proceedings, it seems clear that this interpretation could lead to an infringement of the right to freedom of expression guaranteed to the press and the public by s. 2(b) of the *Charter*. It should be noted that in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick*, this Court agreed with the New Brunswick Court of Appeal that s. 486(1) of the *Criminal Code* — which permits the trial judge to exclude the public from a trial in appropriate circumstances — infringes the freedom of the press protected by s. 2(b). *A fortiori*, in my opinion, a rule

ainsi lorsque le tribunal entretiendra des doutes sur la possibilité de maintenir le secret tout en respectant les deux objectifs qui sont à la base même de la règle du privilège de l’indicateur de police.

Par exemple, il faudrait permettre aux juges de ne pas appliquer la règle de la confidentialité lorsqu’il est établi que l’indicateur de police ne court aucun danger, si l’information que l’on tente de garder secrète est révélée au grand jour ou lorsqu’elle est déjà connue du public. Comme le signale un auteur, [TRADUCTION] « [s]i le nom de l’indicateur est déjà connu — soit de façon générale soit de certaines personnes susceptibles de réprover ses activités — il devient dès lors inutile de continuer de dissimuler son identité. Il s’agit alors simplement d’un cas d’application du principe reconnu dans toutes les affaires concernant le privilège de la Couronne selon lequel la divulgation antérieure de cette information fait échec au privilège [*Robinson c. South Australia*, [1931] A.C. 704 (C.P.); *Sankey c. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.A.)] » (I. Eagles, « Evidentiary Protection for Informers — Policy or Privilege? » (1982), 6 *Crim. L.J.* 175, p. 188; voir aussi *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2374). Étant donné l’importance constitutionnelle de la publicité des débats judiciaires, il ne suffit pas d’invoquer mécaniquement le privilège de l’indicateur de police pour qu’il s’applique automatiquement. Il doit aussi être nécessaire de démontrer que l’indicateur de police court un risque si cette information est dévoilée, et le fardeau de cette preuve doit reposer sur les épaules de celui qui allègue ce danger (voir *Lawrence*).

Dans la mesure où elle contraint le juge du procès à limiter la publicité des débats judiciaires, il apparaît évident que l’interprétation absolutiste du privilège de l’indicateur de police risque de porter atteinte au droit à la liberté d’expression et d’information que garantit à la presse et au public l’al. 2b) de la *Charte*. On se rappellera que, dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick*, notre Cour a confirmé l’opinion de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick selon laquelle le par. 486(1) du *Code criminel* — qui autorise le juge du procès à exclure le public du procès lorsque les circonstances le requièrent — porte atteinte à la liberté de la

116

117

that *requires* the trial judge to do so also infringes this fundamental freedom. According to the principles of statutory interpretation, it would be best to interpret the common law rule relating to informer privilege in a manner more consistent with the provisions and values of the *Charter*. The common law's flexibility allows it to adapt incrementally to its constitutional context (*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156, 2002 SCC 8, at para. 20).

presse protégée par l'al. 2b). *A fortiori*, une règle qui *oblige* le juge du procès à exclure le public du procès me semble elle aussi porter atteinte à cette liberté fondamentale. Selon les principes d'interprétation législative, il vaudrait mieux interpréter la règle de common law relative au privilège d'une manière plus conforme aux dispositions et aux valeurs de la *Charte*. La souplesse de la common law lui permet d'ailleurs de s'adapter graduellement au contexte constitutionnel à l'intérieur duquel elle évolue (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 2002 CSC 8, par. 20).

118 Although it is true that the respondents have not explicitly challenged the constitutionality of the rule as interpreted by my colleague Bastarache J., the Constitution continues to apply even in the absence of such a challenge and should guide the Court in interpreting and reconciling the relevant legal principles. Furthermore, it should be borne in mind that no one has appealed the “no absolute bar ruling”. This procedural context was hardly likely to prompt the respondents to mount a direct challenge of the constitutionality of the common law rule in this appeal.

Certes, les intimés n'ont pas explicitement attaqué la constitutionnalité de la règle telle que l'interprète mon collègue le juge Bastarache. Même en l'absence d'une telle contestation, la Constitution continue de s'appliquer et devrait guider l'interprétation des principes juridiques pertinents et leur conciliation. De plus, on se souviendra qu'aucun appel n'avait été interjeté à l'égard de la [TRADUCTION] « décision sur l'absence d'interdiction absolue ». Cette situation procédurale n'était guère de nature à inciter les intimés à mettre en jeu directement la constitutionnalité de la règle de common law dans le présent appel.

(5) Application of the Legal Principles to the Facts

(5) Application des principes juridiques aux faits

119 Having set out the relevant legal principles, I will now apply them to the facts of the instant case. In this regard, I think it appropriate to reiterate once again the very specific issue this Court has been asked to decide: whether the extradition judge erred in ordering the disclosure of the documents in issue to the media representatives and media counsel.

Les principes juridiques pertinents étant maintenant établis, je vais les appliquer aux faits de l'es-pèce. À cet égard, il me semble opportun de rappeler à nouveau la question très précise que notre Cour est appelée à trancher, à savoir déterminer si le juge d'extradition a fait erreur en ordonnant la communication des documents en litige aux représentants des médias et à leurs avocats.

120 It is common ground that these documents contain information that might tend to identify the Named Person. This alone leads my colleague to conclude that the privilege applies and that the trial judge therefore erred in law.

Il est acquis que ces documents contiennent des informations susceptibles d'identifier la personne désignée. Ce seul constat amène mon collègue à conclure à l'application du privilège et donc à l'erreur de droit du premier juge.

121 I explained above why, in my opinion, this Court should not accept so inflexible and

J'ai exposé ci-dessus pourquoi, à mon avis, notre Cour ne devrait pas avaliser une application aussi

mechanical an application of the informer privilege rule. I also explained why it is appropriate to hold that the trial judge always has the discretion to authorize, in appropriate exceptional circumstances, the disclosure of information that might tend to identify an informer, even in open court. Given the importance of the principles in issue, the decision whether or not to allow the disclosure of such information in open court must be made on the basis of a well-substantiated factual record. Consequently, I believe that the judge must be allowed, where he or she considers it appropriate to do so, to authorize or order the disclosure to interested parties of any information deemed necessary for the issue to be argued in a helpful adversarial proceeding. Of course, the judge must then be very careful and must authorize this disclosure only if he is satisfied that the information will be kept confidential. He must also avoid disclosing more than is strictly necessary to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Thus, he is under an obligation to reduce what is disclosed to a minimum and to control the dissemination of the information.

Did the extradition judge abide by these principles in the case at bar? I will now consider the problems raised by the disclosure of the documents in issue to media counsel, and will address those raised by their disclosure to the media representatives in the subsequent section.

C. *Scope of the Information That Can Be Disclosed to Media Counsel*

(1) Discretionary Nature of the Decision

The decision to order the disclosure of the documents in issue to media counsel was within the extradition judge's authority and was discretionary in nature. Gonthier J., writing for this Court, discussed the standard of review applicable to this type of decision in *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375:

rigide et mécanique de la règle du privilège de l'indicateur de police. J'ai aussi expliqué l'utilité de reconnaître que le juge du procès conserve toujours le pouvoir discrétionnaire de permettre, dans les circonstances exceptionnelles appropriées, que des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police soient divulguées même en audience publique. Vu l'importance des principes en jeu, la décision de permettre ou non la communication en audience publique de ces informations doit être prise à la lumière d'un dossier factuel bien étayé. Par conséquent, il me semble nécessaire de permettre au juge du procès, s'il estime une telle mesure indiquée, de permettre ou d'ordonner que soient communiquées aux parties intéressées toutes les informations qu'il considère nécessaires à la tenue d'un débat contradictoire utile sur la question. Bien entendu, le juge d'extradition doit alors faire preuve de beaucoup de prudence et ne doit permettre cette communication que s'il est convaincu que la confidentialité des informations sera respectée. Par ailleurs, il doit éviter d'étendre le contenu de la communication au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la tenue d'un débat contradictoire utile. Il a alors l'obligation, à cette occasion, de réduire au minimum l'étendue de la communication et de contrôler la diffusion des informations.

En l'espèce, le juge d'extradition a-t-il respecté ces paramètres? Je vais donc maintenant étudier les problèmes soulevés par la communication des documents en litige aux avocats des médias et aborder ceux soulevés par leur communication aux représentants des médias dans la section suivante.

C. *L'étendue des informations pouvant être communiquées aux avocats des médias*

(1) Le caractère discrétionnaire de la décision

La décision d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias relevait des fonctions du juge d'extradition et était de nature discrétionnaire. Le juge Gonthier, au nom de notre Cour, a étudié la norme de contrôle applicable à ce type de décision dans *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, p. 1375 :

The principles enunciated in the *Harper* case [*Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2] indicate that an appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice.

To the same effect, see *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 117 and 139; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at paras. 48-50; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pp. 404-5; and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77.

(2) Application of the Legal Principles to the Facts of the Case at Bar

124

It can be seen from the extradition judge's reasons and from the facts admitted by the parties for the purposes of this appeal that the judge ultimately relied on a series of factors in reaching the conclusion that this might be a case in which the appropriateness of applying the rule of informer privilege was questionable. He accordingly felt that this might be a case in which information that might tend to identify a police informer should be disclosed in open court, and that an adversarial proceeding would be required to decide this issue. It may be that none of these factors would on its own have been sufficient to justify this decision. However, it seems clear to me that, taken as a whole, these factors provide ample justification for the decision.

125

Furthermore, given the complexity of the facts and of the applicable legal principles, the extradition judge considered it necessary for media counsel to have access to more evidence in order to be able to make a meaningful contribution to this proceeding. I see no sufficient reason for intervening as regards the principle behind the actual decision to disclose additional information. Here again, it seems clear to me that the evidence considered by the extradition judge, taken as a whole, justified this decision. I therefore find that he correctly exercised his discretion in ordering the disclosure to media counsel of certain information that might tend to identify the Named Person so that they could make a

Les principes énoncés dans l'arrêt *Harper* [*c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2] indiquent qu'une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice.

Dans le même sens, voir *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 117 et 139; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, par. 48-50; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404-405; et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76-77.

(2) Application des principes juridiques aux faits de l'espèce

Il ressort des motifs du premier juge et des faits admis par les parties pour les besoins du présent appel que c'est en définitive sur un ensemble de facteurs que le juge d'extradition a fondé son opinion qu'il s'agissait peut-être d'un cas où l'opportunité d'appliquer la règle du privilège de l'indicateur de police était douteuse. Il a par conséquent considéré qu'il s'agissait possiblement d'un cas où des informations susceptibles d'identifier un indicateur de police devraient être dévoilées en audience publique et qu'il était nécessaire de conduire un débat contradictoire pour en décider. Il se peut qu'aucun de ces éléments n'aurait suffi à lui seul pour justifier cette décision. Il me semble cependant clair que l'ensemble de ces éléments la justifiait largement.

Par ailleurs, vu la complexité des faits et des principes de droit applicables, le juge d'extradition a estimé qu'il était nécessaire que les avocats des médias aient accès à davantage d'éléments de preuve pour être en mesure de participer utilement à ce débat. Je ne vois aucune raison suffisante d'intervenir quant au principe de la décision même de communiquer des informations additionnelles. Ici encore, il me semble clair que l'ensemble des éléments considérés par le juge d'extradition justifiait cette opinion. Je conclus par conséquent qu'il a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la communication aux avocats des médias de certaines informations susceptibles d'identifier



meaningful contribution to the proceeding. However, I am of the opinion that he erred in law in allowing a more extensive disclosure than was necessary without attempting to screen the information so as to minimize its dissemination.

The extradition judge's decision appears to be based on several grounds. First, he considered the fact that this is a case in which there has already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity. In the typical scenario in which informer privilege is invoked, the informer's identity is known to only a limited number of people in the police force for which he or she acts as an informer. In the case at bar, however, the Named Person's identity has probably already been disclosed to a very large number of people. The list is long. For example, it may include the Named Person's counsel and their associates, the lawyers and officials of the governments involved in the extradition proceeding, members of the police forces involved in preparing the case and in conducting the operations or, finally, and this could be particularly significant, even the Named Person's co-conspirator.

Of course, the Named Person cannot be held responsible for this broad disclosure. I do not mean to suggest that he has, as a result, lost his right to confidentiality regarding his status as an informer. Nevertheless, the scope of the disclosure confirms that the fact situation in the case at bar is quite different from that of the classic scenario in which informer privilege is usually invoked. It would be rather unrealistic to discount the scope of this disclosure when assessing the harm the Named Person would suffer as a result of the disclosure of the documents in issue to media counsel. Owing to the breadth of the prior disclosure, it can be asked whether ordering the controlled release of this information to a few more people would really increase the risk faced by the Named Person.

la personne désignée afin qu'ils puissent participer utilement aux débats judiciaires. Je suis toutefois d'avis qu'il a fait erreur en droit en permettant une communication plus étendue que nécessaire de l'information sans tenter de la filtrer au préalable afin de réduire au minimum sa diffusion.

La décision du juge d'extradition me semble fondée sur plusieurs motifs. Premièrement, il a considéré le fait qu'il s'agit d'un cas où l'identité de la personne désignée a déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large. Dans le scénario typique où le privilège de l'indicateur de police est invoqué, l'identité de celui-ci n'est connue que d'un nombre restreint de personnes au sein du corps policier pour lequel il agit comme indicateur. Au contraire, en l'espèce, l'identité de la personne désignée a sans doute déjà été dévoilée à un très grand nombre de personnes. La liste est longue. Par exemple, elle est susceptible d'inclure ses procureurs et leurs collaborateurs, les avocats et fonctionnaires des États concernés par la procédure d'extradition, le personnel des corps policiers participant à l'élaboration du dossier et à la conduite des opérations ou, enfin, ce qui pourrait s'avérer particulièrement significatif, le co-conspirateur même de la personne désignée.

Bien entendu, la personne désignée ne saurait être tenue responsable de cette large communication. Je n'entends pas soutenir que cette personne a perdu son droit à la confidentialité de sa qualité d'indicateur en raison de cette communication. Toutefois, l'étendue de celle-ci confirme que l'on se trouve en l'espèce devant une situation factuelle bien différente du scénario classique où le privilège de l'indicateur de police est habituellement invoqué. Par ailleurs, ce serait faire preuve de peu de réalisme que de ne pas tenir compte de l'étendue de cette communication dans l'évaluation du préjudice que subirait la personne désignée en raison de la communication aux avocats des médias des documents en litige. L'ampleur de cette communication permet en effet de se demander si le fait d'ordonner la communication contrôlée de ces informations à quelques personnes supplémentaires ferait vraiment augmenter les risques courus par la personne désignée.

126

127

128 This is particularly true in light of the fact that even the Named Person's co-conspirator is aware of his identity, which is the second piece of evidence on which the extradition judge appears to have founded his decision. The extradition judge seems to have felt that this might be a case in which it could be shown, at the hearing of the *in camera* application, that proceeding with the stay of proceedings application in open court would pose no additional risk to the Named Person insofar as the only person likely to want to seek revenge, his co-conspirator, already knows his identity. It should be noted that this is why members of the media want to know the identity of the requesting state, as they are aware that the Named Person's identity may already have been disclosed in that country, during the legal proceedings and in the media. In such circumstances, as I explained above, it would have been appropriate for the extradition judge to dismiss the *in camera* application, unless there were other grounds favouring a closed hearing.

129 Third, the extradition judge appears to have been afraid that the government was concerned more with shielding certain of its activities from public scrutiny than with assuring an informer's safety. In other words, the extradition judge seems to have feared that the government was in fact attempting to divert informer privilege from its real purpose. The extradition judge also appears to have been concerned about the risk that the public might be unduly deprived of the right to debate a subject of importance to any democratic society. In this regard, his concerns were not unlike those of this Court in *Mentuck*.

130 Fourth, the extradition judge appears to have felt that the very nature of the stay of proceedings application favoured hearing it in open court. On the one hand, the extradition judge noted that it is at first glance incompatible with the integrity of judicial proceedings to secretly decide an application for a determination as to whether the public would be so shocked by the government's conduct that it would be preferable to stay the proceedings. On the other hand, he added that this might be a case

Cela est particulièrement vrai, si l'on tient compte du fait que même le co-conspirateur de la personne désignée connaît son identité. C'est le deuxième élément de preuve sur lequel le juge d'extradition semble avoir fondé sa décision. Il paraît en effet avoir considéré qu'il s'agissait peut-être d'un cas où l'on pourrait démontrer, lors de l'audience de la requête pour huis clos, que l'audition publique de la requête pour sursis des procédures ne ferait courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée, dans la mesure où la seule personne susceptible de vouloir se venger, son co-conspirateur, connaît déjà son identité. On notera que c'est à cette fin que les médias veulent connaître l'identité de l'État requérant, conscients du fait que l'identité de la personne désignée a peut-être déjà été dévoilée dans cet État durant les procédures judiciaires et dans les médias. Dans une telle situation, comme je l'ai expliqué plus haut, le juge d'extradition aurait été en droit de rejeter la requête pour huis clos, à moins que d'autres raisons ne militent en faveur de la fermeture de la salle d'audience.

Troisièmement, le juge d'extradition semble avoir craint que le gouvernement cherche plus à mettre certaines de ses actions à l'abri de l'œil critique du public qu'à protéger la sécurité d'un indicateur de police. En d'autres mots, le juge d'extradition paraît avoir redouté que le gouvernement tente, dans les faits, de détourner le privilège de l'indicateur de police de sa véritable finalité. Le juge d'extradition semble aussi avoir été préoccupé par le risque que le public soit indûment privé du droit de débattre d'un sujet d'importance pour toute société démocratique. À cet égard, ses préoccupations ne sont pas sans rappeler celles de notre Cour dans l'arrêt *Mentuck*.

Quatrièmement, le juge d'extradition paraît avoir considéré que la nature même de la requête pour sursis des procédures militait en faveur de la publicité de cette procédure. D'une part, le juge d'extradition a rappelé qu'il est de prime abord incompatible avec l'intégrité des procédures judiciaires que soit décidée, derrière des portes closes, une requête visant à faire déterminer si le public serait si choqué par la conduite du gouvernement qu'il deviendrait préférable de surseoir aux procédures. D'autre part,

in which the public policy considerations underlying the rule of informer privilege might be better served by proceeding in open court.

Fifth, the extradition judge seems to have attached great weight to the fact that disclosure of the documents in issue to lawyers, and only after they had given appropriate undertakings of confidentiality, would probably not result in any additional risk to the Named Person. Lawyers are officers of the court and are held to strict ethical standards. Any violation of the confidentiality of these documents in breach of the undertakings they have given could be sanctioned, not only through contempt of court proceedings, but also through the disciplinary process. Moreover, in their profession, lawyers are used to working with confidential documents. Consequently, it must be assumed that they would handle the disclosed documents with the utmost diligence and care.

In my opinion, these various factors provide an ample basis for concluding that the extradition judge was justified in believing that this was probably a case in which informer privilege simply would not apply or in which it would have to be reconciled with the open court principle. They also justify the conclusion that the extradition judge, having considered the whole of the evidence introduced up to that point, was right to consider this case to be one in which it was appropriate to exercise his discretion and order the disclosure to media counsel of all the information they would need to make a meaningful contribution to the proceeding on the *in camera* application. There is no basis for me to find that the extradition judge misdirected himself in reaching this decision or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (see *Elsom v. Elsom*), and I would not interfere with this exercise of his discretion, except as regards the scope of the disclosure.

il a souligné qu'il s'agissait peut-être d'un cas où les considérations de politique d'intérêt général justifiant la règle du privilège de l'indicateur de police seraient peut-être mieux servies par la publicité des débats.

Cinquièmement, le juge d'extradition semble avoir accordé beaucoup de poids au fait que la communication des documents en litige à des avocats, et cela, seulement après que ces derniers auraient fourni des engagements de confidentialité appropriés, ne ferait probablement courir aucun risque supplémentaire à la personne désignée. En effet, les avocats sont des auxiliaires de justice, liés par des normes déontologiques sévères. La violation par ceux-ci de la confidentialité de ces documents, en contravention des engagements souscrits, pourrait être sanctionnée, non seulement par la procédure d'outrage au tribunal, mais aussi par le processus disciplinaire. Par ailleurs, les avocats sont habitués, dans leur profession, à travailler avec des documents confidentiels. Il faut par conséquent présumer qu'ils traiteraient les documents divulgués avec la plus grande diligence et la plus grande prudence.

Selon moi, ces différents facteurs suffisent largement pour conclure que le juge d'extradition était justifié de penser qu'il s'agissait sans doute d'un cas où le privilège de l'indicateur serait simplement inapplicable ou qu'il devrait être concilié avec le principe de la publicité des débats judiciaires. Ils permettent aussi de conclure que, ayant pris connaissance de l'ensemble de la preuve présentée jusqu'alors, le juge d'extradition était par ailleurs justifié de considérer qu'il était en présence d'un cas où il était en droit d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'ordonner la communication aux avocats des médias de toutes les informations nécessaires à leur participation utile aux débats contradictoires sur la requête pour huis clos. Rien ne me permet de conclure que, ce faisant, le juge d'extradition s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice (voir *Elsom c. Elsom*), et je refuserais d'intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire, sauf quant à l'étendue de l'information communiquée.

131

132

133

I continue to believe that it was open to the judge to conduct an adversarial proceeding on the issue of whether the Named Person's application should be heard *in camera* and, to this end, to order that certain information that might tend to identify the Named Person be disclosed to the media outlets to enable them to make a meaningful contribution to the proceeding. However, the extradition judge went too far in ordering that the entire record be disclosed to media lawyers and representatives. The sole purpose of this disclosure is to ensure that the adversarial proceeding is helpful. Consequently, the extradition judge was entitled to order the disclosure of all information relevant to that proceeding, but no more. The extradition judge should accordingly have screened and expurgated or "censored" the documents in issue to remove information that might tend to identify the Named Person but is not relevant to the specific proceeding.

134

Before concluding these comments, I would reiterate that my intention in adopting this position is not at all to prejudice the merits of the *in camera* application. At the end of the adversarial proceeding, the extradition judge may well conclude that the risks to the Named Person are so high that to hear the stay of proceedings application in open court would be unacceptable. He may also decide that the public's interest in this application is so minimal that it does not justify any additional risks to the Named Person's safety, as slight as those risks might be. He may ultimately decide to hear the application *in camera*, or he may determine that it will suffice to hold only parts of the hearing *in camera* or to order a publication ban. Because of the importance of the principles in issue, what is essential is that the extradition judge's decision must be as informed as possible and that, for this purpose, he was entitled to the benefit of a helpful adversarial proceeding on the issue. If, after considering all the evidence, the extradition judge thought that such a proceeding was necessary and that the media needed access to certain information that might tend to identify the Named Person in order to

Je demeure d'avis que le juge pouvait choisir de tenir un débat contradictoire sur la question de savoir si la requête de la personne désignée devrait être entendue à huis clos et, à cette fin, ordonner que soient communiquées aux médias certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée, de façon à leur permettre de participer efficacement aux débats judiciaires. Cependant, le juge d'extradition est allé trop loin en ordonnant la communication aux avocats des médias et aux représentants des médias de tout le contenu du dossier. Le seul objectif de cette communication est la tenue d'un débat contradictoire utile. Par conséquent, le juge d'extradition était en droit d'ordonner la communication de toute l'information pertinente à la tenue de ce débat, sans plus. Le juge d'extradition aurait par conséquent dû procéder à un travail de filtrage et d'expurgation ou de « caviardage » des documents en litige afin d'en éliminer certains éléments susceptibles d'identifier la personne désignée, mais non pertinents pour le débat se déroulant devant lui.

Avant de terminer ces réflexions, j'aimerais une fois de plus rappeler que, en adoptant la présente position, je n'entends nullement préjuger de la décision que devrait rendre le juge d'extradition sur la requête pour huis clos. Au terme du débat contradictoire, le juge d'extradition conclura peut-être que les risques pour la sécurité de la personne désignée sont si élevés qu'il est inacceptable de tenir en public l'audience de la requête pour sursis des procédures. Il se peut aussi qu'il décide que l'intérêt de cette requête pour le public est si minime qu'il ne saurait justifier des risques supplémentaires pour la sécurité de la personne désignée, aussi faibles soient-ils. Peut-être décidera-t-il, en dernière analyse, de tenir l'audition de la requête à huis clos; ou peut-être considérera-t-il qu'un huis clos partiel ou une ordonnance de non-publication suffit. En raison de l'importance des principes en jeu, l'essentiel demeure quand même que cette décision du juge d'extradition doit être la plus éclairée possible et qu'à cette fin il était en droit de bénéficier d'un débat contradictoire utile sur la question. Si, après avoir pris connaissance de l'ensemble de la preuve, le juge d'extradition a cru qu'un tel débat devait

make a meaningful contribution to it, then his decision to order the disclosure of the information must be deferred to, provided that he took the necessary steps to ensure that the disclosure was minimized and controlled. His only error was in not trying to determine which information was actually relevant to the proceeding and to limit the disclosure to it.

*D. Scope of the Information That Can Be Disclosed to Media Representatives*

As the extradition judge noted at para. 127 of his reasons, disclosure to the media representatives is more problematic than disclosure to media counsel. Thus, he was right to point out that, unlike media counsel, the media representatives are not officers of the court. Furthermore, whereas the British Columbia legislature chose to give one particular institution, the Law Society, the power to sanction ethical breaches by lawyers, no comparable institution oversees the journalistic profession. The responsibility for sanctioning a journalist's misconduct with respect to an undertaking of confidentiality would therefore fall to the courts through, in particular, contempt of court proceedings, with all the evidentiary difficulties such proceedings entail.

The extradition judge also noted that the fact that lawyers are officers of the court and are supervised by an organization with the authority to do so creates a presumption in favour of reliance on their undertakings of confidentiality. There is no such presumption in favour of the media representatives. As a result, the judge could often be placed in the uncomfortable situation of having to assess the value of each media representative's undertaking of confidentiality before ordering the disclosure of the information in question.

Finally, the extradition judge recognized that there is a tension between, on the one hand, the

avoir lieu et que les médias avaient besoin, pour y participer utilement, d'avoir accès à certaines informations susceptibles d'identifier la personne désignée, il faut respecter sa décision d'en ordonner la communication, dans la mesure où il a pris les mesures nécessaires pour que cette communication soit minimale et contrôlée. Sa seule erreur a été de ne pas chercher à déterminer l'information réellement pertinente au débat et à limiter l'étendue de la communication à celle-ci.

*D. L'étendue des informations pouvant être communiquées aux représentants des médias*

Comme l'a noté le juge d'extradition au par. 127 de ses motifs, la communication aux représentants des médias demeure plus problématique que celle faite à leurs avocats. Par conséquent, il a eu raison de souligner que les représentants des médias ne sont pas, à la différence de leurs avocats, des auxiliaires de justice. De plus, alors que le législateur de la Colombie-Britannique a choisi de conférer à une institution particulière, le Barreau, le pouvoir de sanctionner les écarts déontologiques des avocats, la profession journalistique n'est pas surveillée par une institution semblable. La sanction d'un écart de conduite d'un membre de la profession journalistique par rapport à son engagement de confidentialité échoirait donc aux tribunaux, notamment par voie d'outrage au tribunal, avec toutes les difficultés de preuve que cette procédure implique.

Par ailleurs, le juge d'extradition a rappelé que le fait que les avocats sont des auxiliaires de justice, et qu'ils sont surveillés par un organisme habilité à le faire, permet de présumer de la qualité de leurs engagements de confidentialité. Cette présomption n'existe pas dans le cas des représentants des médias. Le juge pourrait par conséquent souvent se retrouver dans la situation inconfortable d'avoir à évaluer la valeur de chacun des engagements de confidentialité des représentants des médias avant d'ordonner que leur soient communiquées les informations en question.

Enfin, le juge d'extradition a reconnu qu'il existe une tension entre, d'une part, l'intérêt qu'ont les

interest of media outlets in publishing any information they might gather in connection with their participation in legal proceedings and, on the other hand, the interests of justice in ensuring that this information is not made available to the public before the judge authorizes its publication. Although he was aware of these problems, the extradition judge nevertheless concluded that it would be preferable to allow media counsel to share any information disclosed to them with their clients, but only under strict conditions and after each of the media representatives had given an undertaking of confidentiality. In my opinion, this decision of the extradition judge was also within the ambit of his discretion, and I see no basis for this Court to intervene. The decision appears neither to be based on a misdirection nor to be so clearly wrong as to amount to an injustice (*Elsom v. Elsom*). It was based on undertakings by the media representatives and on an accurate understanding of the relationship between them and their counsel.

médias à publier les informations qu'ils pourraient recueillir dans le cadre de leur participation à des débats judiciaires et, d'autre part, l'intérêt de la justice à ce que ces informations ne soient pas rendues publiques avant qu'une décision du juge ne l'autorise. Bien qu'il ait été conscient de ces difficultés, le juge d'extradition a tout de même conclu qu'il était préférable de permettre que les avocats des médias puissent transmettre à leurs clients toute l'information qui leur serait communiquée, mais seulement sous des conditions strictes et après que les représentants des médias auraient chacun fourni un engagement de confidentialité. À mon avis, cette décision du juge d'extradition relevait aussi de son pouvoir discrétionnaire et je ne vois aucune raison justifiant notre Cour d'intervenir. Cette décision ne m'apparaît en effet ni fondée sur des considérations erronées en droit, ni erronée au point de créer une injustice (*Elsom c. Elsom*). Elle reposait sur l'engagement pris par les représentants des médias et sur une juste conception des rapports entre ceux-ci et leurs avocats.

138

I found the submissions of the intervenor Law Society of British Columbia with regard to the legal principles applicable to this aspect of the case to be particularly helpful. For instance, the Law Society quite rightly pointed out that a lawyer's relationship with his or her client is a fiduciary one, as this Court reaffirmed in a recent judgment (*Strother v. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 177, 2007 SCC 24), and that for this reason, the lawyer has a duty to disclose to his or her client any relevant information that he or she may properly disclose (*R. v. Henry* (1990), 61 C.C.C. (3d) 455 (Que. C.A.), at pp. 464-65). This duty to disclose serves a number of purposes, one of which is to enable the client to give informed instructions to the lawyer. Another is to protect the integrity of the solicitor-client relationship. This duty is so important that, according to some, a lawyer who is unable or unwilling to discharge it must refuse or cease to represent the client in question (*Spector v. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), at p. 430).

Les observations de l'intervenante la Law Society of British Columbia quant aux principes juridiques applicables à cet aspect du dossier m'ont semblé particulièrement utiles. Par exemple, la Law Society a très justement rappelé qu'un avocat est dans une relation fiduciaire vis-à-vis de son client, comme notre Cour vient de le souligner à nouveau dans un arrêt récent (*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 177, 2007 CSC 24) et qu'à ce titre, il a le devoir de révéler à son client toute l'information pertinente qu'il est en droit de lui communiquer (*Henry c. R.*, [1990] R.J.Q. 2455 (C.A.), p. 2461-2462). Cette obligation de communication vise plusieurs objectifs, notamment celui de permettre au client de prendre des décisions éclairées quant à la conduite du mandat de l'avocat. Elle veut aussi protéger l'intégrité de la relation avocat-client. En fait, l'importance de cette obligation est telle que, selon certains, l'avocat qui ne veut pas ou ne peut pas s'y conformer est tenu de décliner le mandat ou de cesser d'occuper (*Spector c. Ageda*, [1971] 3 All E.R. 417 (Ch. D.), p. 430).

139

Circumstances can nevertheless arise in which it is impossible to authorize counsel to pass certain

Il peut néanmoins survenir des circonstances dans lesquelles il ne sera pas possible de permettre

disclosed information on to his or her client. *R. v. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321 (B.C.C.A.), is a good example of such a situation. In that case, the Crown objected to an application by the accused for the disclosure of evidence, arguing that the evidence included privileged or irrelevant documents. The trial judge felt that it would be impossible for him to review all the evidence in question on his own in order to decide whether the Crown's arguments were well founded. His solution was to allow counsel for the accused to review the evidence, but to limit counsel's right to disclose what he learned to his client.

I agree with the intervener Law Society of British Columbia that such a solution must remain one of last resort. Counsel's right to disclose evidence to his or her client must not therefore be limited unless this is the only conceivable solution. Furthermore, it is not open to counsel in such situations to consent on their own initiative to limits on their duty to disclose evidence to their clients. They must first obtain their clients' consent (see on this point the reasons of the minority in *Guess*, at para. 101). The reasons why a client might refuse to consent to such a limit may vary. For example, the client may feel that the limit would too seriously undermine his or her relationship with counsel, or may refuse to incur additional expenses without being apprised of the information to which counsel will have access. In this respect, when all is said and done, only the client's interest is at stake. It is therefore up to the client to decide whether to accept any limits on the information that counsel may disclose.

Because of the requirement that the client's consent be obtained, limits on counsel's right to disclose all relevant information to the client should not be imposed solely by means of a court order. The best way to ensure compliance with the limits will generally be to require an undertaking to this effect by counsel (see *Guess*, at paras. 20-21). Breaches of such undertakings can be sanctioned through disciplinary action (G. MacKenzie,

à l'avocat de dévoiler à son client toute l'information qui lui est communiquée. L'affaire *R. c. Guess* (2000), 148 C.C.C. (3d) 321 (C.A.C.-B.), constitue un bon exemple d'une telle situation. Dans ce dossier, la Couronne s'opposait à une requête de l'accusé en communication de la preuve, prétendant que cette preuve concernait des documents privilégiés ou non-pertinents. Le juge du procès considérait qu'il lui était impossible d'étudier seul la preuve concernée afin de décider si les prétentions de la Couronne étaient fondées. Il a alors estimé que la solution consistait à permettre à l'avocat de l'accusé d'étudier la preuve, mais en revanche à limiter le droit de celui-ci de communiquer ce qu'il apprendrait à son client.

Comme l'a suggéré l'intervenante la Law Society of British Columbia, je suis d'avis qu'une telle solution doit rester d'ultime recours. La limitation du droit de l'avocat de communiquer la preuve à son client doit alors être la seule solution envisageable. Par ailleurs, dans une telle situation, il ne revient pas à l'avocat de consentir de son propre chef à limiter son devoir de communiquer la preuve à son client. Il doit préalablement obtenir le consentement de ce dernier (voir à cet égard l'opinion du juge minoritaire dans *Guess*, par. 101). Les raisons pour lesquelles un client pourrait refuser de consentir à une telle restriction varient. Par exemple, il pourra considérer qu'une telle limite serait trop préjudiciable à sa relation avec son avocat ou encore refuser d'engager des frais supplémentaires sans connaître l'information à laquelle son procureur a accès. En définitive, sous cet aspect, c'est le seul intérêt du client qui est en jeu. Il lui revient donc de décider s'il accepte ou non qu'une limite aux informations qui peuvent lui être révélées soit imposée à son avocat.

En raison de la nécessité d'obtenir le consentement du client, les limites au droit de l'avocat de communiquer toutes les informations pertinentes à son client ne devraient pas être imposées uniquement par ordonnance de la cour. Généralement, le moyen approprié pour garantir le respect de cette limite consistera à exiger un engagement à cet effet de la part de l'avocat (voir *Guess*, par. 20-21). La violation d'un tel engagement peut être sanctionnée

140

141

*Lawyers and Ethics: Professional Responsibility and Discipline* (4th ed. 2006), at p. 17-7) or contempt of court proceedings (*Orfus Realty v. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379 (C.A.)). Of course, an undertaking is not an infallible means to avoid leaks. Nevertheless, in most cases, it will be sufficiently reliable to serve as a basis for authorizing the disclosure of the evidence in question. It will be up to the judge, in exercising his or her discretion, to decide in a given case, in light of the information in issue and the risks of disclosing it, whether such undertakings constitute a sufficient guarantee.

142 In the case at bar, the extradition judge did not consider it necessary to require such undertakings from media counsel before ordering the disclosure of the documents in issue. I see no sufficient reason to interfere with this exercise of discretion. Here again, the judge appears to have reached this decision after considering various factors that, taken together, provide ample justification for his decision. I count at least five of them.

143 First, the extradition judge appears to have attached a great deal of importance to the fact that the information would be disclosed only to respected members of the media, and on the condition that they themselves give undertakings of confidentiality. He explicitly considered the good reputations and good faith of the media representatives who had expressed their willingness to give such undertakings of confidentiality in exchange for access to the information.

144 Second, the judge noted that journalists are used to working with confidential information. They seek to protect such information at all costs, since their access to sources depends in large part on their reputation for keeping such promises of confidentiality. The judge added that the media outlets involved in this case have been involved in many important cases in the past and that they

par des poursuites disciplinaires (*G. MacKenzie, Lawyers and Ethics : Professional Responsibility and Discipline* (4<sup>e</sup> éd. 2006), p. 17-7) et par une procédure d'outrage au tribunal (*Orfus Realty c. D.G. Jewellery of Canada Ltd.* (1995), 24 O.R. (3d) 379 (C.A.)). Bien entendu, l'engagement n'est pas un moyen infallible d'éviter les fuites. Toutefois, il constituera dans la plupart des cas un moyen suffisamment sûr pour que soit permise, sur cette base, la communication de la preuve recherchée. Il reviendra au juge, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider dans chaque cas, à la lumière des informations en question et des risques que leur communication entraînerait, si de tels engagements constituent des garanties suffisantes.

En l'espèce, le juge d'extradition a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'exiger, avant d'ordonner la communication des documents en litige, que de tels engagements soient fournis par les avocats des médias. Je ne vois aucune raison suffisante d'intervenir à l'égard de cette décision discrétionnaire. Ici encore, le juge paraît avoir pris cette décision après avoir considéré divers facteurs qui, pris ensemble, justifient largement sa décision. J'en dénombre au moins cinq.

Premièrement, le juge d'extradition semble avoir accordé beaucoup d'importance au fait que les informations seraient seulement communiquées à des membres respectés des médias, et à la condition qu'ils fournissent eux-mêmes des engagements de confidentialité. Il a d'ailleurs expressément considéré la bonne réputation et la bonne foi des représentants des médias qui s'étaient dits prêts à fournir de tels engagements de confidentialité afin d'avoir accès aux informations.

Deuxièmement, le juge a rappelé que les journalistes sont habitués à travailler avec des informations confidentielles. Ils cherchent à protéger ces informations envers et contre tous, leur accès à des sources d'information dépendant largement de leur réputation quant au respect de telles promesses de confidentialité. Il a aussi souligné que les médias participant au présent dossier ont été appelés à



have always properly discharged their obligation of confidentiality.

Third, the extradition judge considered the fact that there had already been unusually wide disclosure of the Named Person's identity. He concluded from this that to authorize the disclosure to a few media representatives of information that might tend to identify the Named Person would not pose enough of an additional risk to the Named Person to justify prohibiting the disclosure.

Fourth, he took into account the negative effects that could result from a refusal to authorize disclosure of the information to the media representatives. For instance, he noted that some media outlets might refuse to commit substantial resources if they are denied knowledge of the substance of the information they intend to publish.

Fifth, the extradition judge felt that the media outlets were entitled, except in the most exceptional circumstances, to know the factual background to a decision affecting their rights. In his view, this information would be needed to enable them either to accept a decision adverse to their interests or to make an informed decision on a possible appeal.

In light of all these factors, I am of the opinion that this Court should defer to the exercise by the extradition judge of his discretion to order the disclosure of the documents in issue to media counsel, even in the absence of undertakings by counsel not to pass this information on to their clients. In my view, the extradition judge did not err in law in reaching this conclusion, nor does his ruling appear in any way to be unjust (see *Elsom v. Elsom*). The only real issue here is, I repeat, the scope of the disclosure. In my opinion, the disclosure itself is not, in principle, in issue.

intervenir dans plusieurs litiges importants, et qu'ils se sont toujours acquittés convenablement de leur obligation de confidentialité.

Troisièmement, le juge d'extradition a tenu compte du fait que l'identité de la personne désignée avait déjà fait l'objet d'une communication exceptionnellement large. Il a alors conclu que le fait de permettre la communication d'informations susceptibles d'identifier la personne désignée à quelques représentants des médias ne ferait pas courir à celle-ci des risques supplémentaires suffisants pour qu'il interdise cette communication.

Quatrièmement, il a pris en compte les effets négatifs que pourrait avoir le refus de permettre la communication des informations aux représentants des médias. Ainsi, il a mentionné que certains médias pourraient refuser d'engager des ressources importantes s'ils ne peuvent connaître la substance des informations qu'ils entendent publier.

Cinquièmement, le juge d'extradition a considéré que les médias avaient le droit, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, de connaître le contexte factuel dans lequel une décision touchant leurs droits est rendue. Il a jugé que cette information était nécessaire à la fois pour qu'ils acceptent la décision rendue contre eux, et pour qu'ils puissent décider en toute connaissance de cause s'ils veulent porter l'affaire en appel.

Vu l'ensemble de ces facteurs, je suis d'avis que notre Cour devrait respecter la décision discrétionnaire du juge d'extradition d'ordonner la communication des documents en litige aux avocats des médias, même en l'absence d'engagements de leur part précisant qu'ils ne révéleraient pas ces informations à leurs clients. En effet, le juge d'extradition ne me semble pas avoir commis d'erreur de droit en concluant ainsi, et sa conclusion ne me semble par ailleurs nullement injuste (voir *Elsom c. Elsom*). Seule, je le rappelle, est vraiment en jeu l'étendue de la communication. À mon avis, le principe même de celle-ci ne l'est pas.

145

146

147

148

IV. Procedure for Inviting Media Outlets to Take Part in the Proceedings

149 According to my colleague, the extradition judge erred in law in inviting only certain lawyers — selected by him on the *amicus curiae*'s recommendation — to take part in the proceeding on the *in camera* application, because the judge did not have the power to make such a selection. Instead, he should have issued a public notice to allow any interested party to intervene.

150 Although this power may seem problematic, it does exist and the extradition judge did not err in exercising it. Furthermore, the injustice done to those who are not selected is less important than it appears to be. It is inevitable that there will be cases in which judges are forced to limit the number of participants in proceedings concerning the issue of open courts.

151 The issue of giving the media notice of applications that would limit the openness of court proceedings was addressed by Lamer C.J. in *Dagenais*. In that case, a motion for a publication ban had been made in the course of a criminal proceeding. Lamer C.J. concluded that the motion was criminal in nature and that solutions to the practical problems involved in notice to the media should therefore be sought in the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. He accordingly considered Rule 6.04(1) of the *Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules*, SI/92-99, which provided that “[t]he notice of application shall be served on all parties and, where there is uncertainty whether anyone else should be served, the applicant may make a motion without notice to a judge for an order for directions” (p. 869). This led him to hold that the choice of who was to be given notice and how notice was to be given was at the judge’s discretion, and that the judge was to exercise that discretion in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. For the same reason, he recognized that issues related to standing were also at the judge’s discretion, and

IV. La procédure à suivre pour inviter les médias à participer aux débats

Selon mon collègue, le juge d’extradition a commis une erreur de droit en n’invitant que certains avocats — choisis par lui suite aux recommandations de l’*amicus curiae* — à participer aux débats sur la requête pour huis clos, puisqu’il ne détenait pas le pouvoir de faire un tel choix. Il aurait plutôt dû émettre un avis public de manière à permettre à toute partie intéressée d’intervenir.

Bien que ce pouvoir puisse paraître problématique, il existe et le juge d’extradition n’a pas commis d’erreur en l’exerçant. De toute façon, l’injustice à l’égard de ceux qui ne sont pas choisis est moins importante qu’elle ne semble l’être. Il est d’ailleurs inévitable qu’un juge soit parfois forcé de limiter le nombre d’intervenants aux débats sur la publicité des procédures judiciaires.

La question de l’avis aux médias en cas de requêtes visant à limiter la publicité des débats a été abordée par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Dagenais*. Dans cette affaire, une requête en interdiction de publication avait été présentée dans le cadre de procédures criminelles. Le juge en chef Lamer avait conclu qu’il s’agissait d’une procédure criminelle, et que les solutions aux problèmes pratiques soulevés par l’avis aux médias devaient donc être cherchées dans les règles provinciales de procédure criminelle ainsi que dans la jurisprudence pertinente. Il avait en conséquence considéré la règle 6.04(1) des *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l’Ontario*, TR/92-99, selon laquelle « [l]’avis de demande est signifié à toutes les parties. En cas de doute quant à l’obligation de le signifier à une autre personne, le requérant peut demander des directives à un juge par voie de requête, sans préavis » (p. 869). Il en avait conclu que le choix des destinataires des avis, ainsi que des modalités des avis, relevait du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé conformément aux règles de procédure provinciales en matière criminelle et à la jurisprudence pertinente. Pour la même raison, il avait conclu que les difficultés relatives à

that the same conditions applied to the exercise of this discretion.

In my opinion, the same approach should be taken to resolve the problems that arise in the case at bar. British Columbia's legislation seems to be silent on the procedural rules applicable to an extradition request. Parliament, on the other hand, has provided, in s. 24 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, that a judge who holds an extradition hearing has, subject to that Act, the powers of a justice acting under Part XVIII of the *Criminal Code*, which concerns the preliminary inquiry. Under s. 537(1)(i) of the *Criminal Code*, a justice holding a preliminary inquiry has the power to "regulate the course of the inquiry in any way that appears to the justice to be consistent with this Act". I infer from this that an extradition judge, who is customarily a superior court judge, has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him or her to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. In my opinion, this power includes the power to invite interested parties to take part in proceedings incidental to the extradition request. The judge has some leeway as regards the conditions of this invitation, provided that these conditions facilitate the conduct of the hearing. On this basis, the extradition judge in the case at bar was entitled to select the media counsel he wanted to invite to take part in the proceeding on the *in camera* application.

Furthermore, judges will often be unable to avoid choosing who will be authorized to take part in proceedings on applications such as this. It is reasonable to assume that there will be cases of particular interest to the public in which many people will want to participate, if only to have access to the evidence they would need in order to take part, which would not otherwise be available to them. The people wanting to participate might therefore include not only media representatives, but also

la question de la qualité pour agir relevaient également du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé de la façon susmentionnée.

À mon avis, la même démarche doit être suivie pour résoudre les problèmes qui se soulèvent en l'espèce. La législation de la Colombie-Britannique paraît silencieuse quant aux règles de procédure devant être suivies en matière de demande d'extradition. Au contraire, le législateur fédéral a prévu, à l'art. 24 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, que le juge qui procède à l'audition de la demande d'extradition est investi, sous réserve des autres dispositions de cette loi, des mêmes pouvoirs qu'un juge de paix agissant en vertu de la partie XVIII du *Code criminel* portant sur l'enquête préliminaire. L'alinéa 537(1)i) du *Code criminel* confère pour sa part au juge de paix tenant une enquête préliminaire le pouvoir de « régler le cours de l'enquête de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec la présente loi ». J'en déduis que le juge d'extradition, qui est coutumièrement un juge d'une cour supérieure, possède le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. À mon avis, ce pouvoir comprend notamment celui d'inviter des parties intéressées à participer aux débats portant sur un incident de la demande d'extradition judiciaire. Le juge dispose d'une certaine latitude quant aux modalités de cette invitation, pourvu que celles-ci favorisent le bon déroulement de l'audience. Dans ce contexte, le juge d'extradition était, en l'espèce, en droit de choisir les avocats des médias qu'il voulait inviter à intervenir aux débats sur la requête pour huis clos.

D'ailleurs, il sera souvent inévitable que le juge choisisse qui pourra participer aux débats sur ce genre de requête. On peut raisonnablement penser que, dans certaines affaires intéressant particulièrement le public, un très grand nombre de personnes voudront intervenir, ne serait-ce que pour avoir accès à la preuve qui est nécessaire à leur participation et qui leur serait autrement inaccessible. Il pourrait alors se trouver parmi celles-ci, non seulement des représentants des médias, mais aussi

152

153

ordinary citizens. (At any rate, it must be acknowledged that it is becoming increasingly difficult to distinguish the two in this age of electronic media and the “blogosphere”.) In such circumstances, it will generally be impossible to permit all these people to participate in the proceeding in light of the fact that judicial resources are limited and of the physical and legal framework of court proceedings. The judge will then have to decide who will be authorized to make submissions and therefore will not be able to avoid making choices, which will at times be problematic. In other words, the judge will often not be able to avoid these problematic choices. It consequently makes little difference whether they are made before or after the invitation. This seems to me to be particularly obvious in a case such as the one at bar, in which, after extending the invitation, the extradition judge still had to determine which media outlets and which lawyers would be able to give reliable undertakings of confidentiality.

154 The problem of an advantage being conferred upon certain media outlets is more apparent than real. It should not be forgotten that the information obtained by the media outlets in order to take part in the proceeding on the *in camera* application is, in practice, of no use to them in that it cannot be published until judgment is rendered on the issue. But if the judgment is favourable to the media, it will also be favourable to the general public, and the benefit will therefore not be limited to the media outlets chosen to participate in the proceeding. While it is true that the selected media outlets are in theory favoured over the others, in practice, being selected gives them no tangible advantage. No basis for interfering with this aspect of the decision under appeal has therefore been established.

#### V. *Role of the Amicus Curiae*

155 My colleague considers that the extradition judge erred in law in appointing an *amicus curiae* to assist him with the analysis of both the facts and the applicable law. In my colleague’s view, although the extradition judge did have the power to appoint an *amicus curiae*, he should nevertheless have limited the role of the *amicus* to an analysis of

de simples citoyens. (De toute façon, il faut bien reconnaître qu’il devient de plus en plus difficile de distinguer les deux à l’heure des médias électroniques et de la « blogosphère ».) Dans de telles circonstances, il deviendra généralement impossible de permettre à toutes ces personnes d’intervenir dans les débats judiciaires compte tenu des limites des ressources judiciaires et du cadre matériel et juridique des débats devant les tribunaux. Il sera alors nécessaire que le juge décide qui pourra présenter des observations et il ne pourra alors éviter d’avoir à faire des choix parfois problématiques. En d’autres mots, souvent le juge ne pourra pas éviter ces choix problématiques. Il importe dès lors peu que les choix se fassent avant ou après l’invitation. Cela m’apparaît particulièrement évident dans un cas comme la présente espèce où le juge d’extradition devait encore, après l’invitation, déterminer quels médias et quels avocats seraient en mesure de fournir des engagements de confidentialité dignes de confiance.

Par ailleurs, le problème de l’avantage conféré à certains médias s’avère plus apparent que réel. En effet, il ne faut pas oublier que l’information obtenue par les médias afin de participer aux débats sur la requête pour huis clos reste, en pratique, inutile, dans la mesure où elle ne peut être publiée jusqu’au jugement sur la question. Or, si le jugement est favorable aux médias, il le devient à l’égard du public en général, et il ne profite donc pas seulement aux médias qui ont été choisis pour participer aux débats. S’il est vrai que les médias choisis sont, en théorie, favorisés par rapport aux autres, en pratique ce choix ne leur donne aucun avantage concret. Aucune raison d’intervenir quant à cet aspect de la décision dont appel n’a donc été établie.

#### V. *Le rôle de l’amicus curiae*

Mon collègue estime que le juge d’extradition a commis une erreur de droit en nommant un *amicus curiae* pour l’assister tant au niveau de l’analyse des faits que du droit applicable. Selon lui, s’il avait bel et bien le pouvoir de nommer un *amicus curiae*, le juge d’extradition aurait néanmoins dû limiter son rôle à l’analyse des faits du dossier. À mon avis,

the facts in the record. In my opinion, no legal rule limited in this way the extradition judge's power to appoint an *amicus curiae* and give the *amicus* what he considered the most appropriate terms of reference. As has already been mentioned, an extradition judge has the power to regulate the course of the extradition hearing in any way that appears to him or her to be consistent with the *Criminal Code* and the *Extradition Act*. Moreover, my colleague's position appears to me to be contrary to the well-established practice of allowing an *amicus curiae* to be appointed to assist a court with both the legal and factual aspects of a case. In this Court, the role played by the *amicus curiae* in the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, is an obvious example of a case in which an *amicus curiae* was appointed to make submissions solely on questions of law. There have been other cases in which this Court has appointed an *amicus curiae* to provide assistance with respect to both facts and law (see *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 (in which the Court appointed an *amicus curiae* to present arguments against the Commission's jurisdiction); *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418 (in which the Court appointed an *amicus curiae* to make submissions with regard to s. 1 of the *Charter*); and *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724 (in which the Court appointed an *amicus curiae* because the respondents had declined to take part in the appeal)).

#### VI. Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order under appeal, and remand the case to the extradition judge to decide what information may be disclosed to media counsel and the media representatives in accordance with the legal principles set out above.

*Appeal allowed, LEBEL J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant Named Person: Donaldson Jetté, Vancouver.*

aucune règle de droit ne limitait de cette façon le pouvoir du juge d'extradition de nommer un *amicus curiae* et de lui conférer le mandat qu'il jugeait le plus utile. Comme on l'a vu plus haut, le juge d'extradition a le pouvoir de régler le cours de l'audition de la demande d'extradition de toute manière qui lui paraît nécessaire dans le respect du cadre défini par le *Code criminel* ou la *Loi sur l'extradition*. Par ailleurs, la position de mon collègue me semble contraire à la pratique bien établie selon laquelle un *amicus curiae* peut être nommé afin d'assister le tribunal tant sur les aspects juridiques que sur les aspects factuels de l'affaire. Devant notre Cour, le rôle joué par l'*amicus curiae* dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, représente un exemple clair d'une affaire où un *amicus curiae* avait été nommé pour soumettre des observations uniquement sur des questions juridiques. On retrouve d'autres cas où notre Cour a nommé un *amicus curiae* pour l'assister tant à l'égard des faits que du droit (voir *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 (où notre Cour a nommé un *amicus curiae* afin qu'il présente des arguments militant contre l'existence de la compétence de la Commission); *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 (où la Cour a nommé un *amicus curiae* pour présenter des arguments à l'égard de l'article premier de la *Charte*), et *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724 (où notre Cour a nommé un *amicus curiae* parce que les intimées ont refusé de prendre part à l'appel)).

#### VI. Conclusion

Pour ces raisons, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance dont appel et je renverrais le dossier au juge d'extradition pour qu'il décide quelles informations peuvent être communiquées aux avocats des médias et aux représentants des médias en conformité avec les principes juridiques énoncés dans les présents motifs.

*Pourvoi accueilli, le juge LEBEL est dissident en partie.*

*Procureurs de l'appelante la personne désignée : Donaldson Jetté, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant the Attorney General of Canada: Department of Justice, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents The Vancouver Sun, The Province and BCTV: Ferris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Canadian Broadcasting Corporation: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent CTV, a Division of Bell Globemedia Inc.: Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureur de l'appellant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Vancouver.*

*Procureurs des intimés The Vancouver Sun, The Province et BCTV : Ferris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée la Société Radio-Canada : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée CTV, une division de Bell Globemedia Inc. : Borden Ladner Gervais, Vancouver.*

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

*Procureurs de l'intervenante Law Society of British Columbia : McCarthy Tétrault, Vancouver.*