

**Canadian Broadcasting Corporation and
National Film Board of Canada** *Appellants*

v.

**Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph
Dugas and Robert Radford** *Respondents*

and

**John Newton Smith and the Canadian
Association of Journalists** *Interveners*

and

**The Attorney General for the Province of
Ontario** *Intervener*

INDEXED AS: DAGENAIS v. CANADIAN BROADCASTING
CORP.

File No.: 23403.

1994: January 24; 1994: December 8.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Criminal law — Publication bans — Four members
of Catholic order charged with physical and sexual
abuse of young boys in Catholic training schools —
Superior court judge restraining CBC from broadcast-
ing anywhere in Canada fictional program dealing with
child sexual and physical abuse in Catholic orphanage
until end of criminal trials in Ontario — Whether CBC
can appeal publication ban — If so, whether judge erred
in ordering ban — Standard applicable.*

*Criminal law — Procedure — Publication bans —
General principles governing publication bans and their
application.*

*Appeal — Publication bans — Publication ban
imposed in criminal proceedings — Ban issued under
judge's common law or legislated discretionary author-*

**La Société Radio-Canada et l'Office national
du film du Canada** *Appelants*

c.

**Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph
Dugas et Robert Radford** *Intimés*

b et

**John Newton Smith et l'Association
canadienne des journalistes** *Intervenants*

c
et

**Le procureur général de la province
d'Ontario** *Intervenant*

d

RÉPERTORIÉ: DAGENAIS c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

N^o du greffe: 23403.

e

1994: 24 janvier; 1994: 8 décembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

f

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Interdictions de publication —
Quatre membres d'un ordre catholique accusés d'avoir
abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons
dans des centres catholiques d'éducation surveillée —
Interdiction à la SRC par un juge d'une cour supérieure
de diffuser partout au Canada un programme fictif por-
tant sur les abus sexuels et physiques commis sur des
enfants dans un orphelinat catholique jusqu'à la fin des
procès tenus en Ontario — La SRC peut-elle interjeter
appel de l'ordonnance de non-publication? — Dans
l'affirmative, le juge a-t-il commis une erreur en ordon-
nant l'interdiction? — Norme applicable.*

i

*Droit criminel — Procédure — Interdictions de publi-
cation — Principes généraux régissant les interdictions
de publication et leur application.*

*Appeal — Interdictions de publication — Interdiction
de publication ordonnée dans le cadre de procédures
criminelles — Interdiction prononcée par le juge en*

ity — Avenues available for third parties to challenge ban.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Fair trial — Publication bans — Whether common law rule governing publication bans inconsistent with Charter principles — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 11(d).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear third party challenge to publication ban issued in criminal proceedings — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 674.

The respondents, former and present members of a Catholic religious order, were charged with physical and sexual abuse of young boys in their care at training schools in Ontario. They applied to a superior court judge for an injunction restraining the CBC from broadcasting the mini-series *The Boys of St-Vincent*, a fictional account of sexual and physical abuse of children in a Catholic institution in Newfoundland, and from publishing in any media any information relating to the proposed broadcast of the program. At the time of the hearing, the trials of the four respondents were being heard or were scheduled to be heard in the Ontario Court of Justice (General Division) before a judge and jury. LD's trial was in its final stage and a trial judge had been appointed for LM's case. The superior court judge granted the injunction, prohibiting the broadcast of the mini-series anywhere in Canada until the end of the four trials, and granted an order prohibiting publication of the fact of the application, or any material relating to it. The Court of Appeal affirmed the decision to grant the injunction against the broadcast but limited its scope to Ontario and CBMT-TV in Montreal and reversed the order banning any publicity about the proposed broadcast and the very fact of the proceedings that gave rise to the publication ban.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the publication ban order set aside.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: To have a publication ban issued under a judge's common law or legislated discretionary author-

vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Procès équitable — Interdictions de publication — La règle de common law régissant les interdictions de publication est-elle incompatible avec les principes de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 11d).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre la contestation d'un tiers à l'encontre d'une ordonnance de non-publication rendue dans le cadre de procédures criminelles? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674.

Les intimés, membres ou anciens membres d'un ordre religieux catholique, ont été accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins dans des centres d'éducation surveillée de l'Ontario. Ils ont présenté une demande à un juge d'une cour supérieure visant à obtenir une injonction interdisant à la SRC de diffuser la mini-série intitulée *Les garçons de Saint-Vincent*, un drame fictif racontant les abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique à Terre-Neuve, et de publier dans les médias toute information relative à la diffusion prévue de cette émission. Au moment de l'audition, les procès des quatre intimés étaient tenus ou devaient être tenus devant la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) par un juge et un jury. Le procès de LD était à son dernier stade et un juge avait été désigné pour le procès de LM. Le juge de la cour supérieure a accordé l'injonction, interdisant la diffusion de la mini-série partout au Canada jusqu'à la fin des quatre procès, et il a accordé une ordonnance interdisant la publication de l'existence de la demande ou de tout document s'y rapportant. La Cour d'appel a confirmé la décision d'accorder l'injonction interdisant la diffusion, mais elle a limité sa portée à l'Ontario et à la station CBMT-TV à Montréal et a infirmé l'ordonnance interdisant toute publicité sur la diffusion prévue et sur l'existence même de la procédure ayant entraîné l'interdiction de publication.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de non-publication est annulée.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Pour qu'une ordonnance de non-publication soit rendue par un juge en vertu de son pou-

ity, the Crown and/or the accused's motion should be made before the trial judge, if one has been appointed, or before a judge in the court at the level where the case will be heard. If the level of court has not been established and cannot be established definitively by reference to statutory provisions, the motion should be made before a superior court judge. In a jury trial, the motion must be heard in the absence of the jury. To challenge a ban on appeal, the Crown and the accused should follow the avenues of appeal available through the *Criminal Code*. When the initial ban order is made by a judge other than the trial judge, some flexibility should be recognized in the application of the rule against collateral attacks.

The judge hearing a motion for a publication ban has the discretion to direct that third parties be given notice and to grant them standing in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the common law principles. If third parties wish to oppose the motion, they should attend at the hearing, argue to be given status, and if given status, participate in the motion. When third parties, usually the media, seek to challenge publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority, no direct appeal is available through the *Criminal Code*. If the publication ban was ordered by a provincial court judge, the third party should make an application for *certiorari* to a superior court judge. The common law rule does not authorize publication bans that limit *Charter* rights in an unjustifiable manner, so an order implementing such a ban is an error of law on the face of the record. While *certiorari* has traditionally been limited remedially, when a judge exceeds his authority under the common law rule governing publication bans, the remedies available through a *certiorari* challenge to the judge's action should be enlarged to be the same as the remedies that would be available under the *Charter*. To challenge a denial of *certiorari*, third parties should appeal the superior court judge's decision to the Court of Appeal under s. 784(1) of the *Criminal Code*. To challenge a dismissal of an appeal to the Court of Appeal, they should apply for leave to appeal to the Supreme Court of Canada under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. If the publication ban was ordered by a superior court judge, third parties should challenge the ban by applying for leave to the Supreme Court under s. 40(1). A publication ban order issued by a superior court judge can be seen as a final or other judgment of the highest court of final resort in a province or a judge thereof in which judgment can be had in the particular case. Neither s. 40(3) of the Act nor s. 674 of the *Criminal Code* precludes an

voir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, le ministère public ou l'accusé devraient présenter une requête au juge de première instance s'il a été désigné ou à un juge de la juridiction devant laquelle l'affaire sera entendue. Si la juridiction n'a pas été déterminée et ne peut l'être définitivement par renvoi aux dispositions législatives, la requête devrait être présentée à un juge d'une cour supérieure. Dans un procès par jury, la requête doit être entendue en l'absence du jury. Pour contester une interdiction en appel, le ministère public et l'accusé devraient recourir aux moyens d'appel qu'offre le *Code criminel*. Lorsque l'ordonnance initiale est rendue par un juge autre que le juge du procès, on devrait admettre une certaine flexibilité de la règle interdisant les attaques indirectes.

Le juge qui entend la requête en interdiction de publication a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que des tiers soient avisés et de leur reconnaître qualité pour agir conformément aux règles provinciales de procédure en matière criminelle et aux principes de common law. Si des tiers souhaitent s'opposer à une requête, ils devraient assister à l'audition de la requête, présenter des observations afin d'obtenir qualité pour agir et, s'ils l'obtiennent, participer à la requête. Lorsque des tiers, en général les médias, contestent les ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, ils ne peuvent recourir au *Code criminel* pour interjeter un appel direct. Si l'ordonnance de non-publication est rendue par un juge d'une cour provinciale, les tiers devraient demander un bref de *certiorari* à un juge d'une cour supérieure. La règle de common law n'autorisant pas les interdictions de publication qui restreignent d'une manière injustifiable des droits garantis par la *Charte*, l'ordonnance qui met en application pareille interdiction de publication constitue une erreur de droit à la lecture du dossier. Si, traditionnellement, le *certiorari* a été limité du point de vue des redressements, lorsqu'un juge excède son pouvoir sous le régime de la règle de common law qui régit les interdictions de publication, les réparations qui peuvent être obtenues par suite d'une contestation par voie de *certiorari* contre l'action du juge devraient alors être élargies afin qu'elles soient les mêmes que celles qui peuvent être obtenues en vertu de la *Charte*. Pour contester le rejet d'une demande de *certiorari*, les tiers devraient interjeter appel de la décision du juge d'une cour supérieure à la cour d'appel en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*. Pour contester le rejet d'un appel à la cour d'appel, ils devraient demander une autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Si l'interdiction de publica-

appeal to the Supreme Court under s. 40(1) in such cases.

Section 24(1) of the *Charter* is unavailable to challenge a publication ban since such a challenge can be framed in terms of error of law and since *certiorari* and s. 40(1) are available. Furthermore, given that a motion for a publication ban in the context of criminal proceedings is criminal in nature, the civil procedures avenues to challenge a ban are not available.

Here, the superior court judge who issued the publication ban order had jurisdiction to hear only the motions for a ban made by JD and RR, since a trial judge had already been appointed for LD and LM. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear the CBC's appeal, and this Court had jurisdiction to grant leave to appeal the Court of Appeal's decision and to draw these conclusions on the issue of jurisdiction. This Court also had jurisdiction under s. 40(1) to grant leave to appeal the initial order of the superior court judge. The CBC, however, did not seek leave to appeal this order. Because it would be unfair to penalize the CBC for not following the correct procedure where the correct procedure was unknown, because the issue of publication bans is of national importance, and because no one is prejudiced by the granting of leave, leave to appeal from that order should be granted under s. 40(1) *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto*.

This case deals with an error of law challenge to a publication ban imposed under a common law discretionary rule. Discretion conferred by a common law rule must be exercised within the boundaries set by the *Charter*; exceeding these boundaries results in a reversible error of law. The traditional common law rule governing publication bans — that there be a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial

est ordonnée par un juge d'une cour supérieure, les tiers devraient la contester en demandant l'autorisation à la Cour suprême en vertu du par. 40(1). Une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour supérieure peut être considérée comme un jugement, définitif ou autre, rendu par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions. Ni le par. 40(3) de la Loi ni l'art. 674 du *Code criminel* n'excluent l'appel à la Cour suprême fondé sur le par. 40(1) dans de tels cas.

Il est impossible de recourir au par. 24(1) de la *Charte* pour contester une ordonnance de non-publication puisque l'on peut invoquer l'erreur de droit pour contester pareille ordonnance et parce qu'il est possible de recourir au *certiorari* et au par. 40(1). En outre, étant donné que les requêtes en interdiction de publication présentées dans le cadre de procédures criminelles sont de nature criminelle, il est impossible de recourir aux moyens de contestation d'une interdiction qui sont fondés sur les procédures civiles.

Le juge de la cour supérieure qui a rendu l'ordonnance de non-publication dans la présente affaire avait compétence pour entendre seulement les demandes d'interdiction de JD et de RR, puisqu'un juge avait déjà été désigné pour les procès de LD et de LM. La Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la SRC, alors que notre Cour avait compétence pour autoriser l'appel contre la décision de la Cour d'appel et pour tirer les présentes conclusions sur la question de la compétence. Notre Cour avait également compétence, en vertu du par. 40(1), pour accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance rendue initialement par le juge d'une cour supérieure. Toutefois, la SRC n'a pas demandé l'autorisation d'en appeler de cette ordonnance. Parce qu'il serait injuste de pénaliser la SRC pour ne pas avoir suivi la bonne procédure alors que celle-ci n'était pas connue, parce que la question des ordonnances de non-publication est d'importance nationale et que personne ne subira de préjudice du fait de l'octroi de l'autorisation, il y a lieu d'accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance conformément au par. 40(1) *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto*.

En l'espèce, il s'agit d'une contestation, fondée sur une erreur de droit, d'une ordonnance de non-publication rendue en vertu d'une règle de common law discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire conféré par une règle de common law doit être exercé dans les limites prescrites par la *Charte*; excéder ces limites constitue une erreur de droit justifiant l'annulation. La règle de common law qui, traditionnellement, régissait les ordon-

— emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban and, in the context of post-*Charter* Canadian society, does not provide sufficient protection for freedom of expression. When two protected rights come into conflict, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both rights. A hierarchical approach to rights must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. The common law rule governing publication bans must thus be reformulated in a manner that reflects the principles of the *Charter* and, in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d). Given that publication bans, by their very definition, curtail the freedom of expression of third parties, the common law rule must be adapted so as to require a consideration of both the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights. The modified rule may be stated as follows: a publication ban should only be ordered when (a) such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. If the ban fails to meet this standard, then the judge committed an error of law in making the order and the challenge to the order on this basis should be successful. This standard reflects the substance of the *Oakes* test, which itself should be rephrased to recognize in the third step of the proportionality branch that there must be a proportionality not only between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, but also between the deleterious and the salutary effects of the measures.

Publication bans, however, should not always be seen as a clash between freedom of expression for the media and the right to a fair trial for the accused. The clash model is more suited to the American constitutional context and should be rejected in Canada. Other important concerns have a place at each stage of the analysis that is required when considering whether a particular publication ban can be justified under the common law

nances de non-publication — l'existence d'un risque réel et important qu'il y ait entrave au droit à un procès équitable — accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction et, dans le cadre de la société canadienne maintenant dotée d'une *Charte*, n'offre pas une protection suffisante à la liberté d'expression. Lorsque deux droits sont en conflit, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux droits. Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique des droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. La règle de common law en matière d'ordonnances de non-publication doit donc être reformulée de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte* et, en particulier, avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d). Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d'expression de tiers, la règle de common law doit être adaptée de façon à exiger l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte*. La règle modifiée pourrait être la suivante: une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si: a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; et b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance. Si l'ordonnance ne satisfait pas à cette norme, alors, en la rendant, le juge a commis une erreur de droit et la contestation de l'ordonnance sur ce fondement doit être accueillie. Cette norme reflète l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, qui lui-même devrait être reformulé de manière à reconnaître, à la troisième étape du volet proportionnalité, qu'il doit y avoir proportionnalité non seulement entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et leur objectif, mais également entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques.

Les ordonnances de non-publication ne devraient toutefois pas toujours être considérées comme créant un conflit entre la liberté d'expression des médias et le droit de l'accusé à un procès équitable. Le modèle du conflit convient mieux au cadre constitutionnel américain et devrait être rejeté au Canada. D'autres considérations importantes entrent en jeu à chaque étape de l'analyse qui est requise lorsqu'il s'agit de déterminer si une ordonnance de non-publication donnée est justifiée sous le régime de la règle de common law. L'efficacité d'une

rule. The efficacy of a publication ban is also a relevant factor in this analysis.

The party claiming under the common law rule that a publication ban is necessary to avoid a real and serious risk to the fairness of the trial bears the burden of justifying the limitation on freedom of expression. He must prove that the proposed ban is necessary, in that it relates to an important objective that cannot be achieved by a reasonably available and effective alternative measure, that the proposed ban is as limited as possible, and that there is a proportionality between the salutary and deleterious effects of the ban. The fact that the party seeking the ban may be attempting to safeguard a constitutional right must be borne in mind when determining whether the proportionality test has been satisfied. The judge should, where possible, review the publication ban at issue. He must consider all other options besides the ban and find that there is no reasonable and effective alternative available. He must also limit the ban as much as possible. Lastly, the judge must weigh the importance of the objectives of the particular ban and its probable effects against the importance of the particular expression that will be limited to ensure that the positive and negative effects of the ban are proportionate.

The publication ban in this case cannot be upheld. While the ban was clearly directed toward preventing a real and substantial risk to the fairness of the trial of the four respondents, the initial ban was far too broad. It prohibited broadcast throughout Canada and even banned reporting on the ban itself. In addition, reasonable alternative measures were available to achieve the objective without circumscribing the expressive rights of third parties. The publication ban therefore cannot be supported under the common law. In purporting to order the ban under her common law discretionary authority, the superior court judge thus committed an error of law.

Per McLachlin J.: Court orders in the criminal sphere which affect an accused's *Charter* rights or his ability to enforce them are themselves subject to the *Charter*. The ban at issue in this case falls into this category. The publication ban was related to the protection of the respondents' constitutional right to a fair trial and may be viewed as a case of the criminal law being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*. The ban was not made by Parliament or a legislature but can be considered an act of

ordonnance de non-publication est également un facteur dont il faut tenir compte dans le cadre de cette analyse.

C'est à la partie qui fait valoir, en se fondant sur la règle de common law, qu'une interdiction de publication est nécessaire pour écarter le risque réel et grave pour l'équité du procès, qu'incombe la charge de justifier la restriction de la liberté d'expression. Elle doit prouver que l'interdiction proposée est nécessaire parce qu'elle vise un objectif important qui ne peut être atteint par d'autres mesures raisonnables et efficaces, que l'interdiction proposée est aussi limitée que possible et qu'il y a proportionnalité entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables. Pour déterminer si le critère de proportionnalité est respecté, il faut tenir compte du fait que la partie qui tente d'obtenir l'interdiction puisse chercher à protéger un droit constitutionnel. Le juge devrait, dans la mesure du possible, examiner l'interdiction en cause. Il doit examiner toutes les options autres que l'interdiction et conclure qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et efficace. Il doit également restreindre l'interdiction autant que possible. Enfin, le juge doit comparer l'importance des objectifs de l'interdiction et ses effets probables avec celle de l'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que ses effets positifs et négatifs soient proportionnels.

L'interdiction de publication prononcée en l'espèce ne peut être confirmée. Même si elle visait nettement à écarter le risque réel et important que le procès des quatre intimés soit inéquitable, l'ordonnance initiale était beaucoup trop générale. Elle interdisait la diffusion partout au Canada et interdisait même tout commentaire sur l'ordonnance elle-même. En outre, il existait d'autres moyens raisonnables d'atteindre les objectifs sans restreindre les droits d'expression des tiers. En conséquence, l'interdiction de publication ne peut être maintenue en common law. En voulant rendre l'ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law, le juge de la cour supérieure a commis une erreur de droit.

Le juge McLachlin: Les ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un accusé ou aux procédures par lesquelles ces droits peuvent être défendus sont elles-mêmes assujetties à l'application de la *Charte*. L'interdiction ordonnée en l'espèce entre dans cette catégorie. Elle visait à protéger le droit constitutionnel des intimés à un procès équitable et peut être considérée comme une affaire d'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. L'interdiction n'a pas été prononcée par le Parlement, ni par une législature, mais elle peut être

“government” in relation to a matter within the authority of Parliament or the legislatures.

Courts must be able to provide a full and effective remedy for any *Charter* infringement. This requires more than the opportunity to address the trial court prior to the issuance of the ban and must include recourse to an appellate tribunal. The appellate procedures proposed by Lamer C.J. for third party challenges of publication ban orders satisfy this minimal requirement. While they involve some extension of the common law remedy of *certiorari*, this extension is warranted in the case of appeals from publication bans and hence justified under s. 24(1) of the *Charter*. The extension is warranted because there is no other way that overbroad publication bans can effectively be limited on appeal. Given that the *Charter* applies to a court-ordered publication ban, such a ban might be challenged on the basis of error of law in that it constitutes a direct violation of the *Charter*. The proposed appellate procedures should not, however, be understood to derogate from the principle that criminal trials should not be interrupted and delayed for the purpose of pursuing interlocutory appeals.

The right to broadcast a fictional cinematic work falls squarely within the ambit of s. 2(b) of the *Charter* and the limits on freedom of expression imposed by the ban must be justified under s. 1. The objective of the ban was to preserve the respondents' rights to a fair trial and, in particular, to avoid the risk that an impartial jury could not be sworn, or if sworn, could not render a true verdict because of the poisonous effects of the publication. Under the proportionality branch of the *Oakes* test, a publication ban may be justified where there are special circumstances in a case which indicate a serious risk (as opposed to a speculative possibility) to the fairness of the trial, and provided that the ban goes no further than required to avoid the demonstrated risk of an unfair trial. It is not a question of deciding where the balance should be struck between a fair trial and freedom of expression. The right to a fair trial is fundamental and cannot be sacrificed. In general, the clash model is also largely inappropriate. The common law test governing the issuance of publication bans, properly applied, meets the requirements of justification of an infringing measure under s. 1. What is required is that the risk of an unfair trial be evaluated after taking full account of the

considérée comme un acte du «gouvernement» relativement à un domaine qui relève du Parlement ou des législatures.

Les tribunaux doivent pouvoir accorder une réparation pleine et efficace relativement à toute violation de la *Charte*. Cette réparation signifie davantage que la possibilité de se présenter devant le tribunal de première instance avant la délivrance de l'interdiction; elle doit comprendre le recours à un tribunal d'appel. Les procédures d'appel proposées par le juge en chef Lamer à l'égard des contestations par les tiers d'ordonnances de non-publication répondent à cette exigence minimale. Bien que ces procédures demandent un certain élargissement de la réparation de common law qu'est le *certiorari*, cet élargissement est justifié dans le cas d'appels d'interdictions de publication et, par conséquent, justifié sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. L'élargissement est rendu légitime par l'absence de tout autre moyen de restreindre efficacement en appel les interdictions de publication excessivement larges. Comme la *Charte* est applicable à une ordonnance de non-publication rendue par un tribunal, cette ordonnance pourrait être contestée sur le fondement de l'erreur de droit parce qu'elle va directement à l'encontre de la *Charte*. Les procédures d'appel proposées ne devraient toutefois pas être considérées comme une dérogation au principe suivant lequel les procès criminels ne doivent pas être interrompus ni retardés à l'avantage des appels interlocutoires.

Le droit de diffuser un ouvrage cinématographique fictif relève clairement de la portée de l'al. 2b) de la *Charte*, et les restrictions à la liberté d'expression doivent être justifiées aux termes de l'article premier. L'interdiction visait à protéger le droit des intimés à un procès équitable et, en particulier, à éviter le risque qu'un jury impartial ne puisse être assermenté, ou s'il l'était, qu'il ne puisse rendre un verdict honnête en raison des incidences néfastes de la publication. Selon le volet de proportionnalité du critère établi dans *Oakes*, l'interdiction de publication peut être justifiée lorsque des circonstances particulières indiquent qu'il y a un risque élevé (par opposition à une possibilité conjecturale) que le procès soit inéquitable, pour autant que l'interdiction se limite à ce qui est nécessaire pour éliminer le risque établi que le procès soit inéquitable. Il ne s'agit pas de déterminer où se situe l'équilibre entre un procès équitable et la liberté d'expression. Le droit à un procès équitable est fondamental et ne peut être sacrifié. En général, le principe du conflit est également tout à fait inadéquat. Appliqué correctement, le critère qui, en common law, régit la délivrance d'ordonnances de non-publication satisfait aux exigences de justification, aux

general importance of the free dissemination of ideas and after considering measures which might offset or avoid the feared prejudice. Here, the judge ordering the ban failed to direct herself to the considerations which go to establishing rational connection and minimal impairment. It follows that the ban cannot be supported and must be set aside.

Per Gonthier J. (dissenting): The superior court judge was a court of competent jurisdiction to issue a publication ban in the cases of JD and RR; and, in doing so, she was bound to apply the *Charter* and her decision constituted the implementation of a *Charter* remedy under s. 24(1). She had no jurisdiction, however, to issue a ban on the applications of LD and LM who could only apply to their appointed trial judge. The question of whether there is a right of review or appeal of the ban order bearing on its correctness and conformity with the *Charter* rights of the persons affected thereby is a distinct issue. By referring to a "court of competent jurisdiction", s. 24(1) does not create courts of competent jurisdiction, but merely vests additional powers in courts which are already found to be competent independently of the *Charter*. Further, s. 24(1) does not of itself create a right of review or appeal from a decision of a court of competent jurisdiction where such a right is already provided by law. In this case, Lamer C.J.'s views as to rights of review by way of *certiorari* of publication ban orders by provincial court judges pursuant to the *Charter* and rights of appeal pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act* were agreed with.

Publication bans can be ordered to protect the fairness of a pending or current trial. The fact such bans restrict freedom of expression and freedom of the press means that they should be imposed only in exceptional cases. The exceptional nature of publication bans has been assured at common law by requiring that there be a real and substantial risk to the fairness of the trial. The application of the *Charter* to the evaluation of publication bans, while not directly altering the common law test, restructures the analysis to some extent. In terms of *Charter* review, determining the correct balance between fair trial and freedom of expression rights falls to the s. 1 analysis. Under s. 1, each party bears an initial burden of showing a *Charter* infringement. After that initial burden is discharged, the balancing of competing *Charter* rights is incompatible with a burden on

termes de l'article premier, d'une mesure qui viole un droit. Il est nécessaire d'évaluer le risque qu'un procès soit inéquitable après avoir bien tenu compte de l'importance générale de la libre transmission des idées et avoir considéré des mesures susceptibles d'éliminer ou d'éviter le préjudice redouté. En l'espèce, le juge qui a ordonné l'interdiction ne s'est pas suffisamment penché sur les facteurs dont il faut tenir compte pour établir le lien rationnel et l'atteinte minimale. Il s'ensuit que l'interdiction ne peut être maintenue et doit être annulée.

Le juge Gonthier (dissident): Le juge de la cour supérieure avait compétence pour ordonner l'interdiction de publication dans les cas de JD et de RR. Dans l'exercice de sa compétence, elle était tenue d'appliquer la *Charte*, et sa décision était la mise en application d'une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Elle n'avait toutefois pas compétence pour ordonner l'interdiction, à la demande de LD et de LM, qui auraient dû s'adresser au juge désigné de leur procès. La question de savoir s'il existe un droit de contrôle ou d'appel de l'ordonnance de non-publication, qui porte sur la justesse de la décision et sa conformité aux droits garantis par la *Charte* aux personnes touchées, est une question distincte. En faisant référence à un «tribunal compétent», le par. 24(1) ne crée aucun tribunal compétent, il confère uniquement des pouvoirs accrus aux tribunaux qui sont déjà réputés compétents indépendamment de la *Charte*. En outre, le par. 24(1) ne crée de lui-même aucun droit de contrôle ou d'appel de la décision d'un tribunal compétent lorsque ce droit est déjà prévu dans la loi. En l'espèce, l'opinion exprimée par le juge en chef Lamer relativement au droit de contrôle, par voie de *certiorari*, des ordonnances de non-publication rendues par un juge d'une cour provinciale conformément à la *Charte* et au droit d'appel prévu à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, est acceptée.

L'interdiction de publication peut être ordonnée en vue de préserver le caractère équitable d'un procès à venir ou en cours. Du fait qu'elle restreint la liberté d'expression et la liberté de presse, on ne doit y avoir recours que dans les cas exceptionnels. En common law, on a préservé le caractère exceptionnel des interdictions de publication en exigeant l'existence d'un risque réel et important d'atteinte au droit à un procès équitable. Bien qu'elle ne modifie pas directement le critère de common law, l'application de la *Charte* à l'examen d'une interdiction de publication modifie dans une certaine mesure la structure de l'analyse. Pour déterminer le juste équilibre entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression, on aura recours à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. Dans le cadre de l'article premier, il incombe à chaque partie d'établir qu'il y a eu

either party and the s. 1 analysis should be carried on without privileging or disadvantaging either of the rights at issue. The validity of imposing a ban under s. 1 will be determined almost exclusively at the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test since the other elements of the test are easily satisfied. The second or minimal impairment branch requires that bans be carefully limited both in terms of temporal and geographic application, and requires evaluation of alternative measures to protect the right to a fair trial. The third branch requires proportionality between the effects of the measure limiting the freedoms in question and the objective, and also proportionality between the salutary and deleterious effects of that measure.

Thus, in analysing publication bans through s. 1, the essence of the decision to issue a ban or not is a balancing of various factors to determine whether such a preventive measure is a necessary and reasonable response to the facts of any given case. The trial judge must consider the nature of the threat to the fairness of the trial, including the susceptibility of juries to being influenced, the extent of the restriction on freedom of expression and the availability of alternative measures. It is not necessary, however, for the trial judge to determine with certainty that the alternative measures would be insufficient to protect the fairness of the trial. What is required is that the trial judge be satisfied that the publication will create a real and substantial risk to the fairness of the trial, which available alternative measures will not prevent. Where circumstances permit it is desirable for the trial judge to review the proposed publication as part of the evidence before determining whether to issue a ban. Finally, the decision of a trial judge, made after weighing all the factors, should not be interfered with unless it is based on an error in principle or it cannot be reasonably supported on the evidence.

Here, the superior court judge did not err in banning the broadcast of the mini-series until the end of the pending trials some eight months later. The mini-series was a work of fiction based on a number of similar, "almost interchangeable", cases which was to be shown in prime time to a potentially huge audience. On the basis of the evidence, it was open to the judge to find that even though the mini-series was not directly about

violation de la *Charte*. Une fois que l'on s'est acquitté de ce premier fardeau, aucun fardeau ne devrait être imposé à l'une ou l'autre partie dans le cadre de la pondération de droits opposés garantis par la *Charte*, et l'analyse fondée sur l'article premier ne devrait privilégier ou désavantager ni l'un ni l'autre droit. La validité d'une interdiction sera déterminée presque exclusivement suivant la seconde et la troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*, puisque les autres éléments de ce critère sont facilement respectés. La seconde étape, l'étape de l'atteinte minimale, requiert que l'interdiction soit soigneusement circonscrite dans le temps et quant aux endroits où elle s'applique, et commande également l'examen d'autres mesures susceptibles de garantir le droit à un procès équitable. La troisième étape commande la proportionnalité entre les effets de la mesure qui restreint les libertés en question et son objectif, et la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de cette mesure.

Par conséquent, dans l'analyse d'une interdiction de publication par le prisme de l'article premier, la décision d'ordonner ou non une interdiction repose essentiellement sur la pondération de divers facteurs en vue de déterminer si le recours à cette mesure préventive est nécessaire et raisonnable compte tenu des faits d'une affaire donnée. Le juge du procès doit considérer la nature de la menace posée à l'équité du procès, dont la possibilité que les jurés soient influencés, l'ampleur de la restriction à la liberté d'expression et l'existence d'autres mesures. Il n'est en revanche pas nécessaire que le juge du procès détermine avec certitude que les autres mesures ne suffiraient pas à garantir l'équité du procès. Il suffit qu'il soit convaincu que la publication engendrera un risque réel et important quant à l'équité du procès, risque que les autres mesures n'écartent pas. Lorsque les circonstances le permettent, il est souhaitable que le juge du procès examine la publication prévue, à titre d'élément de preuve, avant de se prononcer sur l'interdiction. Enfin, la décision qu'un juge du procès rend après avoir pesé tous les facteurs ne devrait être modifiée que si elle est fondée sur une erreur de principe ou qu'elle ne peut être raisonnablement étayée par la preuve.

En l'espèce, le juge de la cour supérieure n'a pas commis d'erreur en interdisant la diffusion de la mini-série jusqu'à la fin des procès, soit quelque huit mois plus tard. La mini-série était une œuvre de fiction fondée sur de nombreuses affaires semblables, «pour ainsi dire interchangeables», et devait être présentée aux heures de grande écoute à un auditoire potentiellement énorme. Le juge pouvait conclure, sur le fondement de

any of the respondents, it would have seriously compromised the possibility of finding an impartial jury given the context of widespread prior publicity, and that the alternative measures were bound to be ineffective. Though this test differs on a formal level from the “real and substantial risk” test, they are equivalent in substance. While the ban temporarily denied the appellants their freedom of expression, this impairment was very minor. The mini-series is a work of fiction, not a news event, and could be broadcast later with minimal inconvenience. Commercial loss cannot justify risking an accused’s right to a fair trial, especially when a portion of the losses can be recouped when the mini-series is eventually broadcast. Finally, the purpose of provoking public exploration of the issues of child physical and sexual abuse, as an integral part of a process of seeking solutions, was not frustrated by the temporary ban. These issues would still have been topical at the end of the pending trials. The geographic scope of the ban, however, was clearly overly broad. Since there was no legal possibility that the trials could be moved outside Ontario, the ban should have been limited to any broadcast in the province and to CBMT-TV in Montreal.

Per La Forest J. (dissenting): There is no direct appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act* from the superior court judge’s order. On the basis of the reasoning in support of such an appeal, applications for leave from any number of interlocutory rulings in criminal proceedings could be made to this Court. The appellants, however, are not without remedy. Apart from declaratory actions, a remedy might well be available under s. 24(1) of the *Charter* even against a decision of a superior court judge. Since a decision made under that provision is not otherwise open to appeal, it is a final order within the meaning of s. 40 of the *Supreme Court Act*, and so open to appeal with leave to this Court. No other avenue or appeal route was available to the appellants to challenge the ban.

The ban order is not immune from *Charter* scrutiny by reason only that it is a court order. The order is one exercised pursuant to a discretionary power directed at the governmental purpose of ensuring a fair trial. It is a by-product, in this case having effect outside the criminal process, of the institution by the Crown of criminal proceedings. The fact that the rule under which it was made was judicially created does not matter. The *Char-*

la preuve, que, même si la mini-série ne traitait directement d’aucun des intimés, elle aurait gravement compromis la sélection d’un jury impartial étant donné l’énorme publicité entourant déjà l’affaire, et que les autres mesures ne pouvaient qu’être inefficaces. Bien que ce critère diffère sur le plan formel de celui du «risque réel et important», sur le fond, ils s’équivalent. Bien que l’interdiction ait temporairement nié aux appelants leur liberté d’expression, cette atteinte était très mineure. La mini-série est une œuvre de fiction et non de l’information. Elle pouvait donc être présentée ultérieurement sans trop d’inconvénients. La perte commerciale ne peut justifier que l’on compromette le droit d’un accusé à un procès équitable, particulièrement lorsqu’une partie de cette perte peut être récupérée lors de la diffusion subséquente de la mini-série. Enfin, l’objectif de provoquer la discussion publique des questions de l’abus physique et sexuel d’enfants dans le cadre d’un processus de recherche de solutions n’a pas été frustré par l’interdiction temporaire. Ces questions auraient toujours été d’actualité à la fin des procès. La portée géographique de l’interdiction était toutefois nettement excessive. Puisqu’il était en droit impossible que les procès se déroulent à l’extérieur de l’Ontario, l’interdiction aurait dû être limitée à toute diffusion dans la province et par CBMT-TV à Montréal.

Le juge La Forest (dissident): Il n’existe pas de droit d’appel direct à notre Cour de la décision du juge de la cour supérieure en vertu de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Suivant le raisonnement qui sous-tendrait un tel droit d’appel, il serait possible de présenter à notre Cour des demandes d’autorisation d’appel d’un grand nombre de décisions interlocutoires en matière criminelle. Les appelants ne sont toutefois pas sans recours. Outre les actions déclaratoires, il pourrait y avoir un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, même contre une décision d’un juge d’une cour supérieure. Puisqu’une décision rendue en vertu de cette disposition ne donne par ailleurs pas droit d’appel, il s’agit d’une ordonnance définitive au sens de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, et elle peut donc faire l’objet d’un appel, après autorisation, devant notre Cour. Les appelants ne disposaient d’aucun autre recours ou moyen d’appel pour contester l’interdiction.

L’ordonnance de non-publication n’est pas à l’abri de toute analyse fondée sur la *Charte* simplement parce qu’il s’agit d’une ordonnance judiciaire. L’ordonnance est rendue conformément à un pouvoir discrétionnaire qui vise un objectif gouvernemental, celui de garantir la tenue d’un procès équitable. Elle est un sous-produit, lequel en l’espèce se répercute à l’extérieur du processus criminel, des procédures entamées au criminel par le

ter applies to common law as well as to statutes. Since the effect of the order was the infringement of the appellants' *Charter* right to freedom of expression to serve a governmental purpose, the order may be subjected to *Charter* scrutiny.

If an expansion of *certiorari* jurisdiction is to be permitted when publication bans made by provincial court judges are being challenged, discretion to grant such a remedy should be exercised in a restrained manner to avoid undue interference with the trial process. It might, in fact, be as well simply to leave third parties the right to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. That remedy is itself discretionary. It is akin to a court's discretionary power to grant a declaration and should be exercised with similar restraints.

Although it is unnecessary to consider the substantive issue, the following comments could be made in light of the disposition of the case by the Court. There is agreement with Lamer C.J. that the common law rule did not give sufficient protection to freedom of expression, and substantial agreement with his list of factors a judge should consider in determining whether a ban should issue. The extent to which a ban could disrupt the trial is another factor that should be weighed.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Freedom of expression is a fundamental value in our free and democratic society. The jurisdictional issue raised in this case, however, concerns the right of appeal, not the right to freedom of expression. The right to freedom of expression is protected by access to an initial remedy. While the axiom "where there is a right, there is a remedy" may not be absolute, when a person alleges a wrong, that person is entitled to submit his case to a forum in order to try to obtain redress. Here, the CBC was provided with such an opportunity: the CBC had standing and was heard by a court of law prior to the issuance of the publication ban. Even though the CBC was unsuccessful in preventing the issuance of the publication ban, it still had access to an initial remedy. Consequently, the jurisdictional question raised by this appeal is not whether the CBC should have access to a remedy but whether the CBC should have a right to appeal a decision with which they are not satisfied.

ministère public. Le fait que la règle en vertu de laquelle elle a été rendue est d'origine prétorienne n'importe pas. La *Charte* s'applique à la common law tout autant qu'aux lois. Puisque l'ordonnance a eu pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression que la *Charte* garantit aux appelants pour servir un objectif gouvernemental, elle peut être analysée au regard de la *Charte*.

Si l'élargissement de la compétence en matière de *certiorari* est permis, lorsqu'une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour provinciale est contestée, le pouvoir discrétionnaire d'accorder cette réparation devrait être restreint de façon à éviter toute entrave déraisonnable au procès. Il se peut en fait qu'il soit tout aussi préférable de laisser simplement aux tiers le droit de demander une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette réparation est elle-même discrétionnaire. Elle s'apparente au pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de prononcer un jugement déclaratoire et devrait être assujettie aux mêmes restrictions.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner la question de fond, il y a lieu de faire les commentaires suivants compte tenu de la façon dont la Cour tranche le pourvoi. L'opinion du juge en chef Lamer voulant que la règle de common law n'offrait pas suffisamment de protection à la liberté d'expression est acceptée, de même que, pour l'essentiel, la liste de facteurs qu'il énumère et qu'un juge devrait considérer pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner l'interdiction. Un autre facteur à considérer est la mesure dans laquelle une interdiction est susceptible de perturber le procès.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La liberté d'expression est une valeur fondamentale de notre société libre et démocratique. La question de compétence soulevée en l'espèce porte toutefois sur le droit d'appel et non sur le droit à la liberté d'expression. Celui-ci est garanti par la possibilité d'avoir accès à un remède initial. L'axiome suivant lequel «tout droit est assorti d'une réparation» n'est peut-être pas absolu, mais la personne qui allègue un tort a le droit de présenter sa cause devant un tribunal pour tenter d'obtenir réparation. La SRC a eu cette possibilité: elle a obtenu qualité pour agir et a été entendue par une cour de justice avant la délivrance de l'ordonnance de non-publication. Elle a donc eu accès à un remède initial, même si elle n'a pas réussi à empêcher que l'ordonnance de non-publication soit rendue. Par conséquent, la question de compétence soulevée en l'espèce n'est pas de savoir si la SRC devrait avoir accès à un remède, mais bien plutôt si elle devrait avoir le droit d'interjeter appel d'une décision dont elle n'est pas satisfaite.

In this respect, the jurisdictional question has broad implications. If the media are permitted to appeal a publication ban issued in the criminal context then every third party will be able to appeal any interlocutory order issued in the criminal context which they believe infringes their *Charter* rights. Such a broad interlocutory right of appeal will result in significant delay to the trial process, will adversely impact upon the accused's *Charter* right to be tried within a reasonable time and will adversely affect the administration of justice.

With this broad context in mind, this Court is found to have no jurisdiction to entertain this appeal. Similarly, there was no jurisdiction in the Court of Appeal to hear this appeal. In our free and democratic society, a right of appeal is not available in every situation. With the exception of the possibility of a limited common law jurisdictional appeal, a right of appeal exists only if specifically provided by statute. Here, the *Criminal Code* does not provide for such a right. Furthermore, since this appeal qualifies as a proceeding in respect of an indictable offence, s. 674 of the *Code* does not authorize any other proceedings through which the ban can be challenged. Even assuming, however, that s. 674 does not restrict the scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, s. 40(1) still does not provide this Court with jurisdiction to hear an appeal such as this one from an interlocutory criminal order. To hold otherwise would be inconsistent with the jurisprudence of this Court. Section 40(1) was intended to confer broad appellate jurisdiction on this Court, but it was not intended to override the principle against interlocutory criminal appeals. This principle is equally applicable to the accused, the Crown and third parties. While an order affecting a third party issued during a criminal proceeding may be final with respect to that third party, it is interlocutory with respect to the accused. Since the focus in criminal proceedings must be on the accused and the determination of guilt and innocence, to the extent that the order is interlocutory from the accused's point of view it should not be subject to a third party appeal unless the right to such an appeal is specifically and clearly provided by statute. Section 40(1) does not meet this test. Just as it has not been interpreted to provide parties to criminal proceedings with an interlocutory right of appeal, it should not be so interpreted with respect to third parties. Finally, the *Charter* does not confer appellate jurisdiction. Section 24(1) cannot provide a right of appeal where none is provided by law. It is only if there were no access whatsoever to an initial remedy that s. 24(1) might confer jurisdiction to provide an initial remedy, such as giv-

À cet égard, la question de compétence a des conséquences importantes. Si les médias peuvent en appeler d'une ordonnance de non-publication prononcée dans un contexte criminel, alors tous les tiers pourraient interjeter appel de toute ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle qui, à leur avis, porte atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*. Un droit d'appel aussi général à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire entraînera des délais importants dans le procès et portera préjudice d'une part, au droit de l'accusé, garanti par la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable et, d'autre part, à l'administration de la justice.

En gardant à l'esprit ce contexte général, notre Cour n'a pas compétence pour entendre le présent pourvoi. Il en est de même de la Cour d'appel. Dans une société libre et démocratique comme la nôtre, on ne peut se prévaloir d'un droit d'appel dans tous les cas. Sauf pour ce qui est de la possibilité qu'il existe en common law un droit d'appel limité en matière de compétence, le droit d'appel n'existe que s'il est explicitement prévu par une loi. En l'espèce, le *Code criminel* ne prévoit pas un tel droit d'appel. En outre, puisque le présent pourvoi est une procédure concernant un acte criminel, l'art. 674 du *Code* n'autorise aucune autre procédure de contestation de l'interdiction. Même en supposant toutefois que l'art. 674 ne restreigne pas la portée du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, le par. 40(1) ne confère quand même pas à notre Cour compétence pour entendre un pourvoi comme celui dont la Cour est saisie contre une ordonnance interlocutoire en matière criminelle. Conclure autrement irait à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour. Bien que le par. 40(1) ait été destiné à conférer une compétence générale d'appel à notre Cour, il ne devait pas avoir pour effet de renverser le principe selon lequel les appels interlocutoires en matière criminelle sont interdits. Ce principe s'étend à l'accusé, au ministère public et aux tiers. Si l'ordonnance touchant un tiers, rendue au cours d'une procédure criminelle, peut être définitive quant au tiers, elle est toutefois interlocutoire quant à l'accusé. Puisque, dans les procédures criminelles, l'accent doit demeurer sur l'accusé et la détermination de sa culpabilité ou de son innocence, dans la mesure où elle est interlocutoire du point de vue de ce dernier, l'ordonnance ne devrait pas être assujettie à l'appel de la part d'un tiers, à moins que le droit à un tel appel ne soit explicitement et clairement prévu par une loi. Le paragraphe 40(1) ne satisfait pas à ce critère. Tout comme on ne l'a pas interprété comme accordant aux parties à une procédure criminelle le droit d'interjeter appel d'une ordonnance interlocutoire, on ne devrait pas l'interpréter ainsi relativement aux tiers. Enfin, la *Charte* ne confère pas de compétence en matière d'ap-

ing a third party standing to raise the issue. However, this is not such a case. If third party interlocutory criminal appellate procedures are needed, it is Parliament, not the courts, which must develop such procedures.

With respect to the applicability of the *Charter* to court orders, while some judicial activity may be subject to the *Charter*, a court order *per se* is not. The *Charter* therefore does not apply to the impugned publication ban. The *Charter* does, however, apply to the common law governing the issuance of publication bans.

The initial motion for a publication ban should be made before the appointed trial judge wherever possible. Since a trial judge had already been appointed for LD and LM, the superior court judge had no jurisdiction to hear their motions for a publication ban.

On the substantive issue, had jurisdiction been found in this Court to entertain this appeal, Gonthier J.'s reasons would have been agreed with. The common law rule governing the issuance of publication bans in the criminal law context is consistent with the *Charter* and the superior court judge did not commit any reviewable error in exercising her discretion and applying the common law rule to the facts of this case and determining that a publication ban was necessary.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *Steiner v. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14; *R. v. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *Kourteissis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*,

pel. Le paragraphe 24(1) ne peut conférer un droit d'appel lorsque aucune loi n'en prévoit. Ce n'est que lorsqu'il n'existe aucune possibilité quelconque de demander une réparation initiale que le par. 24(1) pourrait habiliter la cour à en accorder une, comme celle de donner aux tiers qualité pour soulever la question. Ce n'est toutefois pas le cas ici. Si des procédures d'appel interlocutoire en matière criminelle en faveur de tiers sont nécessaires, il appartient au législateur et non à la cour de les élaborer.

Pour ce qui est de l'applicabilité de la *Charte* aux ordonnances judiciaires, bien qu'une certaine activité judiciaire puisse être visée par la *Charte*, une ordonnance judiciaire ne l'est pas en soi. La *Charte* ne s'applique donc pas à l'ordonnance de non-publication contestée. En revanche, elle s'applique à la règle de common law à laquelle sont soumises les ordonnances de non-publication.

Dans la mesure du possible, la requête initiale visant à interdire la publication devrait être soumise au juge désigné pour le procès. Puisqu'un juge du procès avait déjà été désigné pour LD et LM, le juge de la cour supérieure n'avait pas compétence pour entendre leurs requêtes visant à obtenir une ordonnance de non-publication.

Quant à la question de fond, si notre Cour avait été jugée compétente pour entendre le pourvoi, les motifs du juge Gonthier auraient été acceptés. La règle de common law en matière d'ordonnances de non-publication dans le contexte de poursuites criminelles est compatible avec la *Charte*, et le juge de la cour supérieure n'a commis aucune erreur susceptible d'être révisée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans son application aux faits de l'espèce de la règle de common law ou dans sa conclusion portant que l'interdiction de publication était nécessaire.

Jurisprudence

^h Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Steiner c. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14; *R. c. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *Kourteissis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R.*

[1993] 4 S.C.R. 333; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906.

By McLachlin J.

Referred to: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

By Gonthier J. (dissenting)

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *R. v. Keegstra (No. 2)* (1992), 127 A.R. 232; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97; *Attorney General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; Eur. Court H. R., *Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *CBC v. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719.

By La Forest J. (dissenting)

RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. S. (T.), [1994] 3 S.C.R. 952, aff'g (1993), 109 Sask. R. 96; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Edmonton*

c. Litchfield, [1993] 4 R.C.S. 333; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *R. c. Keegstra (No. 2)* (1992), 127 A.R. 232; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; Cour eur. D. H., affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *CBC c. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719.

Citée par le juge La Forest (dissident)

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. S. (T.), [1994] 3 R.C.S. 952, conf. (1993), 109 Sask. R. 96; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Edmonton*

Journal v. Alberta (Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 1326; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *Bar of the Province of Quebec v. Ste-Marie*, [1977] 2 S.C.R. 414; *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750.

Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *Kourtesis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *Barreau du Québec c. Ste-Marie*, [1977] 2 R.C.S. 414; *R. c. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. c. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7, 11(b), (d), 12, 13, 14, 24(1), 32.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Contempt of Court Act 1981 (U.K.), 1981, c. 49, s. 2(2).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 6.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 743.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 9 [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 6], 10, 468, 469 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 62], 517, 539 [idem, s. 97], 553 [rep. & sub. idem, ss. 104; am. 1992, c. 1, s. 58(1) (Sch. 1, item 11)], 555 [am. c. 27 (1st Suppl.), ss. 106 and 203], 674, 784(1), 798.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 14(1)(f).
Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules, SI/92-99, r. 6.04(1).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 5 [am. c. 24 (2nd Suppl.), s. 3].

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7, 11b), d), 12, 13, 14, 24(1), 32.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 743.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 9 [abr. & rempl. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 3)], 10, 468, 469 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 62], 517, 539 [idem, art. 97], 553 [abr. & rempl. idem, art. 104; mod. 1992, ch. 1, art. 58(1) (ann. 1, art. 11)], 555 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 106 et 203], 674, 784(1), 798.
Contempt of Court Act 1981 (R.-U.), 1981, ch. 49, art. 2(2).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14(1)(f).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 5 [mod. ch. 24 (2^e suppl.), art. 3].
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 6.
Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario, TR/92-99, r. 6.04(1).

Authors Cited

Bailey, S. H. "The Contempt of Court Act 1981" (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301.

Doctrine

Bailey, S. H. «The Contempt of Court Act 1981» (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. *Public and Media Access to the Criminal Process*. Ottawa: The Commission, 1987.

Ergec, Rusen. "La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171.

Harris, D. J. "Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979" (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Jamal, Mahmud, and H. Patrick Glenn. "Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal" (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 142.

Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985.

Linden, Allen M. "Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform". In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 301.

Mann, F. A. "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights" (1979), 95 *L.Q.R.* 348.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

Toronto Star, November 29, 1992, p. H1, "Film gives voice to abuse victims".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 12 O.R. (3d) 239, 59 O.A.C. 310, 99 D.L.R. (4th) 326, 12 C.R.R. (2d) 229, varying a publication ban order made by Gotlib J. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

W. Ian C. Binnie, Q.C., Malcolm Mercer and Daniel J. Henry, for the appellants.

Peter A. E. Shoniker and Joseph J. Markson, for the respondents.

James K. Stewart and Lori Sterling, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Julius H. Grey, for the intervener John Newton Smith.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. *L'accès du public et des médias au processus pénal*. Ottawa: La Commission, 1987.

Ergec, Rusen. «La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire», [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171.

Harris, D. J. «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979» (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Jamal, Mahmud, and H. Patrick Glenn. «Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal» (1994), 73 *R. du B. can.* 142.

Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985.

Linden, Allen M. «Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform». In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 301.

Mann, F. A. «Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights» (1979), 95 *L.Q.R.* 348.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

Toronto Star, 29 novembre 1992, p. H1, «Film gives voice to abuse victims».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239, 59 O.A.C. 310, 99 D.L.R. (4th) 326, 12 C.R.R. (2d) 229, qui a modifié une ordonnance de non-publication rendue par le juge Gotlib. Le pourvoi est accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

W. Ian C. Binnie, c.r., Malcolm Mercer et Daniel J. Henry, pour les appelants.

Peter A. E. Shoniker et Joseph J. Markson, pour les intimés.

James K. Stewart et Lori Sterling, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Julius H. Grey, pour l'intervenant John Newton Smith.

Richard G. Dearden and Randall J. Hofley, for the interveners the Canadian Association of Journalists.

Richard G. Dearden et Randall J. Hofley, pour l'intervenante l'Association canadienne des journalistes.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

^a Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LAMER C.J. —

^b LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Factual Background

I. Les faits

This is an appeal from the judgment dated December 5, 1992 of the Ontario Court of Appeal restraining the Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") from broadcasting a mini-series co-produced by the National Film Board of Canada ("NFB") anywhere in Ontario or on the English-language station CBMT-TV in Montreal until the completion of the criminal trials of the four respondents.

^c Le présent pourvoi est formé à l'encontre de l'arrêt par lequel la Cour d'appel de l'Ontario a, le 5 décembre 1992, interdit au réseau anglais de la Société Radio-Canada («SRC») de diffuser une mini-série coproduite par l'Office national du film du Canada («ONF») partout en Ontario et par la station anglaise CBMT-TV à Montréal, jusqu'à ce que les procès criminels des quatre intimés soient terminés.

The respondents (Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph Dugas and Robert Radford) are either former or present members of a Catholic religious order known as the Christian Brothers. They were all charged with physical and sexual abuse that allegedly took place in Catholic training schools where the respondents were teachers and the victims were young boys in their care.

^d Ces derniers (Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph Dugas et Robert Radford) sont membres ou anciens membres de l'ordre religieux catholique des Frères des écoles chrétiennes. Ils ont tous été accusés d'avoir, au moment où ils enseignaient dans des centres catholiques d'éducation surveillée, abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons alors confiés à leurs soins.

At the time of the hearing on the publication ban, the trials of the four respondents were being heard or were scheduled to be heard in the Ontario Court of Justice (General Division) in front of judge and jury. All of the respondents had been pre-tried and there was no prospect of pre-trial resolution. Dagenais was in week five of his trial before Soublière J. Monette was scheduled to be tried before Cusson J. from February 1 to February 26, 1993. Trial judges had not yet been named for Radford or Dugas, but Radford's trial was scheduled to run from April 5 to May 4, 1993, and Dugas' trial was scheduled to commence some time between May 31 and July 2, 1993.

^e Au moment de l'audition sur l'interdiction de publication, les procès des quatre intimés étaient tenus ou devaient être tenus devant la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) par un juge et un jury. Tous les intimés avaient subi leur enquête préliminaire et rien ne laissait prévoir un règlement préalable au procès. Cinq semaines s'étaient écoulées dans le procès de Dagenais devant le juge Soublière. Le procès de Monette devait être tenu devant le juge Cusson du 1^{er} au 26 février 1993. Les juges du procès n'avaient pas encore été désignés dans les cas de Radford et Dugas, mais le procès de Radford devait se tenir du 5 avril au 4 mai 1993, et celui de Dugas devait commencer entre le 31 mai et le 2 juillet 1993.

In early November, the appellant CBC began advertising the nation-wide broadcast of a four-

^f Au début de novembre, l'appelante SRC a annoncé la diffusion partout au pays d'une mini-

hour mini-series entitled *The Boys of St. Vincent*, a fictional account of sexual and physical abuse of children in a Catholic institution. The broadcast was to be in two two-hour segments, one on Sunday evening, December 6, 1992, and the other on the following evening.

Soublière J. was scheduled to charge the jury in Dagenais' trial on December 7. On December 3, defence counsel brought an application before Soublière J. requesting that he charge the jury on December 4 instead of on December 7 or that he sequester the jury over the weekend of December 5 and 6. Soublière J. declined to do either but he did direct the jury not to watch the broadcast.

On December 4, 1992, the respondents turned to Madam Justice Gotlib, a colleague of Soublière J. in the Ontario Court of Justice (General Division). They applied for an interlocutory injunction under the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, restraining the CBC from broadcasting *The Boys of St. Vincent* and from publishing in any media any information relating to the proposed broadcast of that program. At the beginning of the hearing the application was amended to indicate that the application was for an injunction to last until the end of the four trials. Gotlib J. of the Ontario Court of Justice granted an interlocutory injunction prohibiting the broadcast of *The Boys of St. Vincent* anywhere in Canada until the completion of the trials of the respondents.

The respondents also requested and were granted an order permitting the hearing of the application on short notice. In addition, they requested and were granted an order prohibiting the publication of the fact of the application, or any material relating to it, pending completion of the four trials (but not including any time involved in an appeal process).

The NFB, John Newton Smith, and Thomson Newspapers Company Limited were added as appellants on appeal. The Court of Appeal heard the appeal from Gotlib J.'s judgment on December 5, 1992, affirmed the lower court's decision to

série de quatre heures intitulée *The Boys of St. Vincent* (*Les garçons de Saint-Vincent*), un récit fictif d'abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique. La série devait être diffusée en deux épisodes de deux heures, le premier, le dimanche 6 décembre 1992 en soirée et le second, le lendemain soir.

Le juge Soublière devait présenter son exposé au jury le 7 décembre dans le procès de Dagenais. Le 3 du même mois, l'avocat de la défense a demandé au juge Soublière de s'adresser au jury le 4 décembre plutôt que le 7, ou d'isoler le jury pendant le week-end des 5 et 6 décembre. Le juge Soublière a refusé les deux demandes, ordonnant toutefois au jury de ne pas regarder la mini-série.

Le 4 décembre 1992, les intimés se sont adressés au juge Gotlib, une collègue du juge Soublière à la Cour de justice de l'Ontario (Division générale). Ils ont demandé une injonction interlocutoire en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43, en vue d'empêcher la SRC de diffuser *Les garçons de Saint-Vincent* et de publier dans les médias toute information relative à la diffusion prévue de cette émission. À l'ouverture de l'audience, les intimés ont modifié la demande pour indiquer que l'injonction devait valoir jusqu'à ce que les quatre procès soient terminés. Le juge Gotlib de la Cour de justice de l'Ontario a accordé l'injonction interlocutoire, interdisant la diffusion de *Les garçons de Saint-Vincent* partout au Canada jusqu'à la fin des procès des intimés.

Les intimés ont également demandé et obtenu une ordonnance prévoyant l'audition de la demande à bref délai. En outre, ils ont demandé et obtenu une ordonnance interdisant la publication de l'existence de la demande ou de tout document s'y rapportant, jusqu'à ce que les quatre procès soient terminés (sans toutefois inclure les délais afférents à un appel).

L'ONF, John Newton Smith et Thomson Newspapers Company Limited ont été ajoutés à titre d'appellants en appel. Le 5 décembre 1992, la Cour d'appel a entendu l'appel du jugement du juge Gotlib, confirmé la décision de cette dernière d'ac-

grant the injunction against the broadcast but limited the scope of the injunction to Ontario and CBMT-TV in Montreal and reversed the order banning any publicity about the proposed broadcast and the very fact of the proceedings that gave rise to the publication ban.

II. Decisions Below

Ontario Court of Justice (General Division)

Gotlib J. made the following orders:

1. THIS COURT ORDERS that this matter be heard on short notice.
2. THIS COURT FURTHER ORDERS AND PROHIBITS any publication of the fact of this Application or any of the material relating to it, until the completion of the criminal trials of the four Applicants, but not extending to any appeals therefrom.
3. THIS COURT FURTHER ORDERS that the Respondent, Canadian Broadcasting Corporation, be and is hereby restrained from broadcasting the program "The Boys of St. Vincent" and from publishing in any media any information relating to the proposed broadcast of the program until the completion of the four criminal trials of the four applicants but not extending to any appeals therefrom.
4. THIS COURT FURTHER ORDERS that this Court file be sealed, until the completion of the four criminal trials of the four applicants but not extending to any appeals therefrom.

In deciding to restrain the broadcast of the mini-series until after the trials of the respondents, Gotlib J. stated:

I, too, have great faith in the jury system, as indicated in the cases, and by counsel before me. Juries are not stupid. They come, for the most part, from a variety of sophisticated backgrounds, and can understand and follow instructions from a judge. What we have here, however, is, in the particular charges against the four [respondents], a highly explosive and inflammatory

corder l'injonction interdisant la diffusion, mais limité sa portée à l'Ontario et à la station CBMT-TV à Montréal. Elle a infirmé l'ordonnance interdisant toute publicité sur la diffusion prévue et l'existence même de la procédure ayant entraîné l'interdiction de publication.

II. Décisions des instances inférieures

b La Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Le juge Gotlib a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

1. LA COUR ORDONNE que l'affaire soit entendue à bref délai.
2. LA COUR INTERDIT EN OUTRE toute publication sur l'existence de la présente demande ou sur tout document s'y rapportant, jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans toutefois que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.
3. LA COUR INTERDIT DE PLUS à l'intimée, la Société Radio-Canada, de diffuser l'émission «Les garçons de Saint-Vincent» et de publier dans les médias toute information relative à la diffusion prévue de l'émission jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans toutefois que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.
4. LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT la mise sous scellés du dossier de la Cour jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans toutefois que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.

En interdisant la diffusion de la mini-série jusqu'à ce que les procès des intimés soient terminés, le juge Gotlib a dit:

[TRADUCTION] À l'instar des avocats devant moi, et tout comme l'indique la jurisprudence, je fais moi aussi grandement confiance au système de jury. Les jurés ne sont pas stupides. Ils sont pour la plupart issus de différents milieux avertis, et peuvent comprendre et suivre les directives d'un juge. Cependant, dans le cadre des accusations particulières qui sont portées en l'espèce

issue to be decided by, in effect, four separate juries in four separate courts.

There has already been wide-spread publicity, and I take judicial notice of the large amount of publicity. There has been a substantial amount of publicity involving the Mount Cashel charges, and other educational institutions operated by the Christian Brothers, both in Ontario, Newfoundland, and elsewhere. It may well be that in future trials (and I have no idea how, in the case before Justice Soublière, jury selection proceedings have been conducted) that potential jurors will have to be challenged for cause as to, first of all, their contact with publications already available, and secondly, if they have seen or read the material that pertains to other trials of a similar nature whether or not they feel that they can render an impartial verdict. I see, however, no need to add fuel to the fire, particularly in view of the imminent dates for trial of the three remaining accused persons. Those trials will be concluded, for the most part, by the fall of 1993.

She summarized her position in the following manner:

In all, I am satisfied that the harm that would be caused by the showing of this particular film before the jury trials of the three remaining accused persons would be such that the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised. For that reason, I grant an interim injunction restraining the Canadian Broadcasting Corporation from broadcasting the TV programme, "The Boys of St. Vincent", and from publishing further media information relating to the proposed broadcast until such time as the three remaining criminal trials are completed.

Court of Appeal for Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239

The Court of Appeal made the following orders:

1. THIS COURT ORDERS that the Judgment of Madam Justice Gotlib dated December 4, 1992 be varied and the same is varied as follows:

(a) Paragraphs 2 and 4 of the Judgment are hereby deleted and the Orders therein are set aside;

contre les quatre [intimés], quatre jurys distincts sont en fait appelés à trancher dans quatre cours distinctes une question fort explosive et incendiaire.

Il y a déjà eu énormément de publicité et j'en prends connaissance d'office. Beaucoup de publicité a entouré les accusations portées contre Mount Cashel et d'autres institutions d'enseignement tenues par les Frères des écoles chrétiennes en Ontario, à Terre-Neuve et ailleurs. Il se peut fort bien que, dans des procès à venir (et j'ignore totalement comment, dans l'affaire dont est saisi le juge Soublière, la sélection du jury a été effectuée), les candidats jurés devront faire l'objet d'une récusation motivée d'une part, en raison de leur connaissance des publications déjà accessibles et, d'autre part, pour savoir si, s'ils ont vu ou lu les documents qui portent sur les autres procès de nature semblable, ils estiment pouvoir rendre un verdict impartial. Je ne vois toutefois aucune raison de jeter de l'huile sur le feu, particulièrement compte tenu des dates imminentes des procès des trois autres accusés. Ces procès seront pour la plupart terminés d'ici l'automne 1993.

Elle a résumé ainsi sa position:

[TRADUCTION] En définitive, je suis convaincue que la diffusion de ce film avant les procès par jury des trois autres accusés causerait un préjudice tel que la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise. Pour ce motif, j'accorde une injonction provisoire interdisant à la Société Radio-Canada de diffuser l'émission «Les garçons de Saint-Vincent» et de publier toute information dans les médias concernant la diffusion prévue jusqu'à ce que les trois autres procès criminels soient terminés.

La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239

La Cour d'appel a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

1. LA COUR ORDONNE la modification de la décision de madame le juge Gotlib rendue le 4 décembre 1992, comme suit:

a) Les paragraphes 2 et 4 de sa décision sont supprimés et les ordonnances qui y sont rendues sont annulées;

(b) Paragraph 3 of the Judgment shall read:

“THIS COURT FURTHER ORDERS that the Respondent, Canadian Broadcasting Corporation, be and hereby is restrained from broadcasting the program “The Boys of St. Vincent” to the Province of Ontario and by the television station CBMT-TV in Montreal until the completion of the four criminal trials of the four applicants but not extending to any appeals therefrom.”

2. THIS COURT FURTHER ORDERS that in all other respects the appeals of the Appellants be and hereby are dismissed.

Dubin C.J.O. for the court noted that it was the common law courts that first recognized the importance of freedom of expression and the crucial role of the press in informing the public in a free and democratic society. It was also the common law courts that first recognized, as a fundamental legal right, the right of an accused to a fair trial and the right of public access to their proceedings. Dubin C.J.O. indicated, however, that where there was a conflict between the two values, the courts had persistently held that the right to a fair trial is paramount (*Steiner v. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14 (H.C.), and *R. v. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549 (H.C.)). Since the two values have been given constitutional status with the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the courts have again struck a balance between the two values and have held that the right to a fair trial must be given priority over freedom of the press (*Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455).

After referring to the unique circumstances of the case at bar, Dubin C.J.O. concluded at pp. 247-48 that:

The risk of denying the respondents a fair trial far outweighs any inconvenience which the appellant, Canadian Broadcasting Corporation, may suffer by not airing the film when it proposed to do so. No pressing need was shown why the film had to be aired before the conclusion of the four trials. The film will still be timely when it is shown at a later date and the interests of jus-

b) Le paragraphe 3 de sa décision devrait se lire ainsi:

«LA COUR INTERDIT DE PLUS à l'intimée, la Société Radio-Canada, de diffuser l'émission «Les garçons de Saint-Vincent» en Ontario et, par l'entremise de la station de télévision CBMT-TV, à Montréal, jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.»

2. LA COUR ORDONNE EN OUTRE que tous les autres volets des appels des appelants soient rejetés.

Le juge en chef Dubin, au nom de la Cour, a signalé que ce sont les tribunaux de common law qui ont les premiers reconnu l'importance de la liberté d'expression et le rôle crucial de la presse pour informer le public dans une société libre et démocratique. Ce sont également les tribunaux de common law qui ont les premiers reconnu le caractère fondamental du droit d'un accusé à un procès équitable et de celui du public à l'accès à leurs procédures. Le juge en chef Dubin a en revanche indiqué que les tribunaux ont constamment donné préséance au droit à un procès équitable dans les cas où il y avait conflit entre les deux valeurs (*Steiner c. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14 (H.C.), et *R. c. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549 (H.C.)). Depuis que ces deux valeurs ont obtenu un statut constitutionnel avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux ont encore une fois trouvé un point d'équilibre entre elles et statué que le droit à un procès équitable doit avoir préséance sur la liberté de presse (*Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455).

Après avoir mentionné les circonstances uniques en l'espèce, le juge en chef Dubin a conclu, aux pp. 247 et 248:

[TRADUCTION] Le risque de priver les intimés d'un procès équitable surpasse de loin tout inconvénient que l'appelante, la Société Radio-Canada, risque de subir en ne diffusant pas le film au moment où elle entendait le faire. On n'a démontré aucun besoin urgent de présenter le film avant la fin des quatre procès. Le film sera toujours opportun lorsqu'il sera diffusé ultérieurement et

tice dictate postponing its airing rather than running the risk attendant upon showing it at the time proposed.

In order to assure the four respondents a fair trial, the learned motions court judge had a broad discretion and I cannot say that she erred in the exercise of her discretion in directing that the airing of the film be postponed.

However, I think, with respect, that she erred in directing that the airing of the film be postponed throughout Canada and should have limited the postponement of the showing of the film to the Province of Ontario and the appellant's television station in Montreal, the signal of which reached L'Original.

I also think the motions court judge erred by prohibiting the publishing in any media of any information relating to the proposed broadcast of the program until the completion of the criminal trials of the four respondents, as well as banning publication of the fact of the proceedings before her.

III. Analysis

A. *Introduction*

This case turns in part on the issue of jurisdiction — what court(s) have jurisdiction to hear a third party challenge to a publication ban order sought by the Crown and/or the defendant(s) in a criminal proceeding and made by a provincial or superior court judge under his or her common law or legislated discretionary authority? This case also turns in part on the issue of publication bans — on what grounds should a publication ban be ordered by a judge under his or her discretionary authority and on what grounds should it be altered or set aside by a higher court?

I should note in passing that, for the sake of convenience, I use the expression "publication ban" throughout my reasons to denote a ban on publishing in print and/or broadcasting on television, film, or radio. I should also note that I will be discussing publication bans issued under common law or legislated discretionary authority and will

les intérêts de la justice nous commandent de reporter sa diffusion plutôt que de courir le risque que présenterait sa diffusion à la date prévue.

Pour garantir un procès équitable aux quatre intimés, le juge des requêtes jouissait d'un large pouvoir discrétionnaire, et je ne peux pas dire qu'elle a commis une erreur dans l'exercice de ce pouvoir en ordonnant le report de la diffusion du film.

Toutefois, j'estime, en toute déférence, qu'elle a commis une erreur en ordonnant son report partout au Canada et qu'elle aurait dû limiter son ordonnance à la province d'Ontario et à la station de télévision de l'appelante à Montréal, qui émet jusqu'à L'Original.

Je crois également que le juge des requêtes a commis une erreur en interdisant la publication dans tous les médias de toute information portant sur la diffusion prévue de l'émission jusqu'à ce que les procès criminels des quatre intimés soient terminés et en interdisant la publication de l'existence de la procédure dont elle était saisie.

III. Analyse

A. *Introduction*

La présente affaire porte en partie sur la question de la compétence — quels sont les tribunaux qui ont compétence pour entendre la contestation par une tierce partie d'une ordonnance de non-publication demandée par le ministère public ou le(s) défendeur(s) dans une procédure criminelle et rendue par un juge d'une cour provinciale ou supérieure en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative? La présente affaire porte également en partie sur la question des interdictions de publication — pour quels motifs un juge devrait-il interdire la publication en vertu de son pouvoir discrétionnaire et sur quel fondement un tribunal supérieur devrait-il modifier ou infirmer cette ordonnance?

Je voudrais signaler en passant que, pour plus de commodité, j'ai utilisé l'expression «ordonnance de non-publication» ou «interdiction de publication» dans mes motifs pour désigner l'interdiction de publier par écrit et/ou de diffuser à la télévision, au cinéma ou à la radio. Je voudrais également signaler que j'analyserai les ordonnances de non-

not be discussing publication bans required by common law or statute.

B. Jurisdiction

(1) General Principles

In cases involving publication bans issued in the context of criminal proceedings, the Crown and the accused have established avenues to follow when seeking or challenging a ban. These avenues are consistent with and informed by the common law principle against interlocutory appeals in criminal matters (see McIntyre J.'s reasons in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959, and *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1774). To seek a ban under a judge's common law or legislated discretionary authority, the Crown and/or the accused should ask for a ban pursuant to that authority. This request should be made to the trial judge (if one has been appointed) or to a judge in the court at the level the case will be heard (if the level of court can be established definitively by reference to statutory provisions such as ss. 468, 469, 553, 555, 798 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and s. 5 of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1). If the level of court has not been established and cannot be established definitively by reference to statutory provisions, then the request should be made to a superior court judge (i.e., it should be made to the highest court that could hear the case, in order to avoid later having a superior court judge bound by an order made by a provincial court judge). To seek or challenge a ban on appeal, the Crown and the accused should follow the regular avenues of appeal available to them through the *Criminal Code* (Parts XXI and XXVI).

It has been argued before this Court that third parties (specifically, the media) have a range of possible avenues open to them to appeal publication bans. These include: criminal procedures; s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c.

publication rendues en vertu d'un pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, mais non celles qui sont requises par la common law ou la loi.

B. La compétence

(1) Principes généraux

Le ministère public et l'accusé ont établi les moyens à utiliser lorsqu'une interdiction de publication est demandée ou contestée dans le cadre de procédures criminelles. Ces moyens sont fondés sur le principe de common law qui interdit les appels interlocutoires dans les affaires criminelles et y sont conformes (voir les motifs du juge McIntyre dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 959, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1774). S'ils souhaitent qu'un juge ordonne l'interdiction en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, le ministère public ou l'accusé doivent demander l'interdiction conformément à ce pouvoir. La demande devrait être soumise au juge de première instance (s'il est déjà désigné) ou à un juge de la juridiction dans laquelle l'affaire sera entendue (si l'on peut déterminer définitivement la juridiction par renvoi à des dispositions législatives tels les art. 468, 469, 553, 555 et 798 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et l'art. 5 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1). Si la juridiction n'a pas été déterminée et ne peut l'être définitivement par renvoi à des dispositions législatives, alors la demande devrait être présentée à un juge d'une cour supérieure (c'est-à-dire au plus haut tribunal qui puisse entendre l'affaire, afin d'éviter ensuite qu'un juge d'une cour supérieure soit lié par l'ordonnance d'un juge d'une cour provinciale). Pour demander ou contester une interdiction en appel, le ministère public et l'accusé devraient recourir aux moyens d'appel réguliers offerts par le *Code criminel* (parties XXI et XXVI).

On a soutenu devant notre Cour que les tierces parties (en particulier les médias) disposent de divers moyens d'en appeler des interdictions de publication. On compte notamment les procédures criminelles, l'art. 40 de la *Loi sur la Cour*

S-26; civil procedures; extraordinary remedies; and s. 24(1) of the *Charter*. I have considered each of these in turn and conclude that the extraordinary remedy of *certiorari* should be used for bans ordered by provincial court judges and that s. 40 of the *Supreme Court Act* should be used for bans ordered by superior court judges.

I should note at the outset that none of these avenues is absolutely satisfactory. I am forced to choose the least unsatisfactory of a set of unsatisfactory options. I offer the following overview of each of the possible avenues in an effort to convey to all the jurisdictional difficulties confronting the courts as well as the Bar and in the hope that my doing so will prompt Parliament to rectify this situation by enacting legislation that provides for a right of appeal for third parties (usually the media) seeking to challenge publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority.

(i) *Criminal Code*

Section 674 of the *Criminal Code* provides that:

674. No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

Parts XXI and XXVI do not authorize any proceedings through which the media can challenge a ban. Therefore, there is no direct appeal available to the media through the *Criminal Code*.

(ii) *Supreme Court Act*

While on a literal reading, s. 674 of the *Criminal Code* could be taken as excluding any resort to s. 40 of the *Supreme Court Act* "in respect of indictable offences", such literal interpretation cannot be adopted, given the legislative history and purpose of these provisions.

suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, les procédures civiles, les redressements extraordinaires et le par. 24(1) de la *Charte*. Après avoir analysé chacun d'eux, je conclus que c'est le bref de *certiorari* (un redressement extraordinaire) qui devrait être demandé à l'encontre des interdictions ordonnées par les juges des cours provinciales et que c'est l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* qui devrait être utilisé contre les interdictions ordonnées par les juges des cours supérieures.

Je remarque tout d'abord qu'aucun de ces moyens n'est absolument satisfaisant. Je suis contraint de choisir la moins insatisfaisante parmi des options insatisfaisantes. La vue d'ensemble de chaque moyen possible donnée ci-après vise à bien faire comprendre les difficultés d'ordre juridictionnel avec lesquelles les tribunaux et le barreau sont aux prises. J'ai espoir que mes propos amèneront le législateur à corriger la situation en adoptant une loi conférant un droit d'appel aux tierces parties (en général, les médias) qui contestent les ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative.

(i) *Le Code criminel*

L'article 674 du *Code criminel* dispose:

674. Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

Les parties XXI et XXVI n'autorisent aucune procédure permettant aux médias de contester une interdiction. Par conséquent, ces derniers ne peuvent recourir au *Code criminel* pour interjeter un appel direct.

(ii) *La Loi sur la Cour suprême*

Bien que l'on puisse inférer d'une interprétation littérale que l'art. 674 du *Code criminel* ne permet pas d'invoquer l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* «dans des procédures concernant des actes criminels», on ne saurait adopter pareille interprétation étant donné l'historique législatif et l'objectif de ces dispositions.

What is now s. 674 was first enacted in 1892 to abolish the writ of error: *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 743. This was part of the transition from a system for review employing such procedures as the case reserved by the trial judge, the prerogative writs and the writ of error to the current approach of a statutorily mandated system of appeals. The purpose of s. 743 and its successors was to make clear that the new statutory appeals were a substitute for, not in addition to, the former procedure in error.

Section 40 of the *Supreme Court Act* has as its object the conferral upon the Supreme Court of Canada of comprehensive jurisdiction in federal and provincial laws. As Pigeon J. expressed it in *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827, at p. 850:

Section 41 [now s. 40] was enacted substantially in its present form at the time when appeals to the Privy Council were being abolished and this court was being made truly supreme. The Privy Council had enjoyed unlimited jurisdiction by special leave and it is apparent that the new provision was intended to effect the change from a limited specific jurisdiction to a broad general jurisdiction. To hold that the inconsistencies resulting from this sweeping change indicate the intention of leaving some wide gaps open is, in my view, entirely unwarranted. On the contrary, the enactment of a provision that undoubtedly confers some jurisdiction in criminal matters beyond that existing under the *Criminal Code*, clearly indicates Parliament's will to remedy the omission to extend the jurisdiction of this Court in criminal cases when the Privy Council's jurisdiction in such cases was effectively abolished after the Statute of Westminster.

This reasoning was cited with approval and relied upon by a majority of this Court in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368. I note as well that in *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, in which a majority found that the Court did not have jurisdiction, such jurisdiction was excluded by s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, not s. 674 of the *Code*.

Section 40 of the *Supreme Court Act* contains its own limiting provision in s. 40(3). That subsection

Ce qui est maintenant l'art. 674 a été promulgué pour la première fois en 1892 pour abolir le bref d'erreur: *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 743. Il s'agissait de passer d'un système de contrôle qui, au nombre de ses procédures, comptait la possibilité pour le juge du procès de prendre une affaire en délibéré, les brefs de prérogative et le bref d'erreur, à la conception actuelle d'un système d'appel prescrit par la loi. L'objet de l'art. 743 et de ses successeurs était de préciser que les nouveaux moyens d'appel prévus par la loi remplaçaient l'ancienne procédure en matière d'erreur et ne venaient pas s'y ajouter.

L'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême* a pour but de conférer à la Cour suprême du Canada une compétence générale en droit fédéral et provincial. Comme le juge Pigeon l'a exprimé dans l'arrêt *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, à la p. 850:

L'article 41 [maintenant l'art. 40] a été promulgué essentiellement dans sa forme actuelle en même temps que les appels au Conseil privé étaient abolis et cette Cour devenait véritablement suprême. Le Conseil privé jouissait d'une juridiction illimitée par voie d'autorisation et il est évident que la nouvelle disposition visait à transformer la juridiction limitée de la Cour en une juridiction générale. À mon avis, rien ne permet de croire que les inconséquences résultant de cette modification majeure signifient qu'on a voulu laisser de grandes lacunes. Au contraire, la promulgation d'une disposition qui confère indubitablement en matière pénale une juridiction allant au-delà de celle qui existe en vertu du *Code criminel*, indique clairement la volonté du Parlement de remédier à l'omission d'étendre la juridiction de cette Cour en matière pénale lorsque la juridiction du Conseil privé en cette matière a été effectivement abolie après le Statut de Westminster.

Notre Cour à la majorité a cité et approuvé le même raisonnement dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368. Je remarque également que dans *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, où la Cour à la majorité a conclu qu'elle n'avait pas compétence, c'est le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, et non l'art. 674 du *Code*, qui lui a nié cette compétence.

L'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême* contient, au par. 40(3), sa propre disposition limita-

excludes the granting of leave under s. 40(1) from a judgment "acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence". However, s. 40(3) does not prevent this Court from granting leave under s. 40(1) to consider questions of criminal law not excluded by s. 40(3) such as those arising in the sentencing process as in *Gardiner, supra*, and those arising from the provisions in the *Criminal Code* authorizing the review of the parole eligibility date for those convicted of high treason and first or second degree murder as in *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (S.C.C.), and *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481.

For these reasons, I find that s. 674 of the *Criminal Code* does not limit our jurisdiction to grant leave in cases such as this under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

At first glance, s. 40(3) of the *Supreme Court Act* might also appear to preclude an appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*. Section 40(3) states that:

40. ...

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

However, an appeal against an order issuing a publication ban is not an appeal from a judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence. Therefore, it is not precluded by s. 40(3).

Aux termes de ce paragraphe, il ne peut être accordé d'autorisation en vertu du par. 40(1) à l'encontre d'un jugement «prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel». Cependant, le par. 40(3) n'interdit pas à notre Cour d'accorder l'autorisation prévue au par. 40(1) afin d'analyser des questions de droit criminel qui ne sont pas exclues par le par. 40(3), comme celles qui se posent au cours du processus de détermination de la peine, comme dans l'arrêt *Gardiner*, précité, et celles qui procèdent des dispositions du *Code criminel* autorisant la révision de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle des personnes déclarées coupables de haute trahison et de meurtre au premier ou au deuxième degré, comme dans *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (C.S.C.), et *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'art. 674 du *Code criminel* ne limite pas notre compétence d'accorder une autorisation en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* dans des cas comme la présente affaire.

À première vue, le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême* pourrait sembler exclure également l'appel à notre Cour fondé sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le paragraphe 40(3) prévoit:

40. ...

(3) Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Toutefois, l'appel interjeté contre une ordonnance de non-publication n'est pas un appel d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel. Par conséquent, il n'est pas écarté par le par. 40(3).

Section 40(1) states that:

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

A publication ban order can be seen as a final or other judgment of the highest court of final resort in a province or a judge thereof in which judgment can be had in the particular case. Therefore, the Supreme Court of Canada may grant leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

The advantage of this avenue is that it uses established procedures and is not inconsistent with previous Supreme Court of Canada case law. This may be thought to be problematic on the grounds that it is expensive and time-consuming. However, a direct appeal to the Supreme Court of Canada can be faster than an appeal to most courts of appeal in the country. In addition, it is less expensive to come directly to the Supreme Court of Canada than it is to go through a court of appeal before getting to the Supreme Court of Canada. Concerns about cost and delay are, therefore, misplaced.

This avenue is problematic in so far as it provides for an appeal only by leave of the Supreme Court of Canada. It therefore does not provide optimal protection for important rights (e.g., freedom of expression). It also could result in an increased number of applications for leave coming before this Court and an increased number of cases

Le paragraphe 40(1) porte:

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

Une ordonnance de non-publication peut être considérée comme un jugement, définitif ou autre, rendu par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions. La Cour suprême du Canada peut donc accorder l'autorisation d'en appeler en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

Ce moyen offre l'avantage de recourir à des procédures établies et de ne pas être contraire à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. On pourrait penser qu'il soulève des problèmes du fait qu'il est coûteux et lent. Toutefois, un appel direct à la Cour suprême du Canada peut être plus rapide qu'un appel à la plupart des cours d'appel du pays. En outre, il est moins coûteux de se présenter directement devant la Cour suprême du Canada que de passer par une cour d'appel pour ensuite se présenter devant la Cour suprême du Canada. Les préoccupations quant aux coûts et aux délais sont donc sans fondement.

Ce moyen pose des problèmes dans la mesure où l'appel ne peut être interjeté que sur autorisation de la Cour suprême du Canada. Il n'offre donc pas une protection optimale de droits importants (par exemple la liberté d'expression). Il pourrait également entraîner un accroissement du nombre de demandes d'autorisations soumises à notre Cour

needing to be heard by this Court — all cases involving individuals charged with indictable offences and publication bans made by superior court judges could potentially seek leave and, depending upon the length and breadth of the bans, a number of these applications could raise issues of national importance (significant publication bans arguably go beyond the interest of the immediate litigants to the interests of Canadians generally).

However, despite the difficulties, I find that this is the least unsatisfactory avenue and I therefore adopt it for third party challenges to publication ban orders made by superior court judges under their common law or legislated discretionary authority in the context of criminal proceedings.

Some concern was voiced that this appeal could lead to appeals brought directly to this Court by witnesses at criminal trials. There is no need for such concern. The problem for a witness most frequently arises out of a citation for contempt for refusal to testify. It is true that pursuant to s. 9 of the *Criminal Code* a judge may cite persons, including witnesses, for contempt of court. Yet s. 10 of the *Code* sets out the procedure for bringing a conviction for contempt before a court of appeal. This decision will not change or affect that statutory procedure and right of appeal.

(iii) *Civil*

Provincial Judicature Acts provide for appellate jurisdiction over civil matters. For example, according to s. 6 of the Ontario *Courts of Justice Act*:

et des affaires que nous devons entendre — il pourrait être possible de demander l'autorisation dans toutes les affaires mettant en cause des individus accusés d'actes criminels et des ordonnances de non-publication rendues par des juges de cours supérieures et, selon la durée et la portée des interdictions, un bon nombre de ces demandes pourraient soulever des questions d'importance nationale (on pourrait soutenir que des interdictions de publication importantes dépassent les limites de l'intérêt des parties immédiates et intéressent les Canadiens en général).

En dépit de ses difficultés, ce moyen est à mon avis le moins insatisfaisant, et je l'adopte par conséquent à l'égard des contestations par les tierces parties d'ordonnances de non-publication rendues par un juge d'une cour supérieure en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative dans le cadre de procédures criminelles.

Certains craignent que le présent pourvoi n'incite des témoins à des procès criminels à se pourvoir directement devant notre Cour. Cette crainte n'est pas fondée. La plupart du temps, le problème qui se pose pour un témoin découle d'une assignation pour outrage au tribunal pour refus de témoigner. Certes, en vertu de l'art. 9 du *Code criminel*, un juge peut assigner des personnes, notamment des témoins, à comparaître pour outrage au tribunal. Cependant, l'art. 10 du *Code* fixe la procédure à suivre pour interjeter appel d'une déclaration de culpabilité à cet égard. La décision en l'espèce ne modifiera en rien cette procédure et ce droit d'appel prévus par la loi.

(iii) *Les procédures civiles*

Les lois provinciales sur l'organisation judiciaire confèrent aux tribunaux d'appel une compétence dans les affaires civiles. Ainsi, aux termes de l'art. 6 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario:

6. — (1) An appeal lies to the Court of Appeal from,

(a) an order of the Divisional Court, on a question that is not a question of fact alone, with leave as provided in the rules of court;

(b) a final order of a judge of the Ontario Court (General Division), except an order referred to in clause 19(1)(a) [certain claims involving not more than \$25,000 exclusive of costs];

(c) a certificate of assessment of costs issued in a proceeding in the Court of Appeal, on an issue in respect of which an objection was served under the rules of court.

(2) The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an appeal that lies to the Divisional Court or the Ontario Court (General Division) if an appeal in the same proceeding lies to and is taken to the Court of Appeal.

(3) The Court of Appeal may, on motion, transfer an appeal that has already been commenced in the Divisional Court or the Ontario Court (General Division) to the Court of Appeal for the purpose of subsection (2).

If an application challenging an order banning publication is characterized as a criminal matter, then the Judicature Acts do not provide jurisdiction. If it is characterized as a civil matter, then it may be argued that these Acts do provide jurisdiction.

This avenue has the advantage that it uses established procedures. Furthermore, it has intuitive appeal to those who think that the object of an application by the media is a civil remedy which affects a civil right (the right of the media to free speech). Nevertheless, I reject this avenue.

First, it is important to keep in mind what La Forest J. said in *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at p. 80:

The admixture of provincial civil procedure with criminal procedure could, I fear, result in an unpredictable mish-mash where, in applying federal procedural law, one would forever be looking over one's shoulder to see what procedure the provinces have adopted (and this may differ from province to province) to see if there was something there that one judge or another would

6 (1) Est du ressort de la Cour d'appel, l'appel:

a) d'une ordonnance de la Cour divisionnaire sur une question qui n'est pas une question de fait seulement, avec l'autorisation prévue aux règles de pratique;

b) d'une ordonnance définitive d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), à l'exception de celle visée à l'alinéa 19(1)a) [certaines réclamations de moins de 25 000 \$ à l'exclusion des dépens];

c) d'un certificat de liquidation des dépens délivré dans le cadre d'une instance devant la Cour d'appel, s'il porte sur une question à l'égard de laquelle une objection a été signifiée aux termes des règles de pratique.

(2) La Cour d'appel a compétence pour entendre et juger un appel qui est du ressort de la Cour divisionnaire ou de la Cour de l'Ontario (Division générale), si un autre appel relatif à la même instance est du ressort de la Cour d'appel et est porté devant cette dernière.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), la Cour d'appel peut, sur motion, déferer à la Cour d'appel l'appel qui a déjà été introduit à la Cour divisionnaire ou à la Cour de l'Ontario (Division générale).

Si la contestation de l'ordonnance de non-publication est qualifiée d'affaire criminelle, les lois sur l'organisation judiciaire n'attribuent pas la compétence. Si elle est qualifiée d'affaire civile, on peut alors soutenir que ces lois confèrent effectivement la compétence.

Ce moyen offre l'avantage de recourir à des procédures établies. De plus, il attire intuitivement ceux qui estiment que l'objet d'une demande par les médias est une réparation civile qui touche une liberté civile (le droit des médias à la liberté d'expression). Je rejette toutefois ce moyen.

Il est important, en premier lieu, de se rappeler les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, à la p. 80:

Le mélange de procédure civile provinciale et de procédure criminelle pourrait, je le crains, engendrer un méli-mélo imprévisible s'il fallait constamment, en appliquant le droit fédéral en matière de procédure, examiner la procédure adoptée par les provinces (qui peut différer d'une province à l'autre) pour voir si un juge ou l'autre aimerait ajouter quelque chose dans le cas où il

like to add if he or she found the federal law inadequate. And I see no reason in principle why appeals could not be read in for other interlocutory proceedings, or indeed why other provincial rules of procedure might not be adopted, as was attempted in *Lafleur*. That, barring federal adoption, is in my view constitutionally unacceptable. It is certainly impractical. In dealing with procedure, and particularly criminal procedure, it is important to know what one should do next. That is why, no doubt, Parliament adopted a comprehensive procedure under the *Criminal Code* . . .

Second, we are dealing here with media challenges to publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority in response to a request for a ban made by the Crown and/or by individuals charged (or at risk of being charged) with criminal offences. Such challenges are criminal matters, not civil ones.

Third, Judicature Acts cannot be used to provide jurisdiction to review publication ban orders of provincial court judges because with limited exceptions, provincial court judges (in all provinces except Quebec) can only exercise criminal jurisdiction and so such orders made by them cannot be characterized as civil matters. Judicature Acts cannot be used to provide jurisdiction to review publication ban orders of superior court judges because it is not desirable to have a situation in which essentially the same order made for the same purposes affecting the same rights can be characterized as civil when it is made by a superior court judge but must be characterized as criminal when it is made by a provincial court judge.

(iv) *Extraordinary Remedies*

Provincial superior courts have jurisdiction to hear applications for the extraordinary remedy of

trouverait le droit fédéral inadéquat. De plus, je ne vois pas pourquoi, en principe, des appels ne pourraient pas être introduits dans d'autres procédures interlocutoires, ou même pourquoi d'autres règles de procédure provinciales ne pourraient pas être adoptées, comme on a tenté de le faire dans l'arrêt *Lafleur*. J'estime que, sauf s'il y a adoption par le fédéral, cela est inacceptable sur le plan constitutionnel. Ce n'est certainement pas pratique. En matière de procédure et, plus particulièrement en matière de procédure criminelle, il importe de savoir ce qui devrait être fait ensuite. C'est sans doute pourquoi le Parlement a adopté une procédure complète en vertu du *Code criminel* . . .

En deuxième lieu, nous sommes ici en présence de contestations par les médias d'ordonnances de non-publication rendues par des juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative en réponse à une demande d'interdiction présentée par le ministère public ou des individus accusés d'actes criminels (ou susceptibles de l'être). Ces contestations sont des affaires criminelles, non des affaires civiles.

En troisième lieu, les lois sur l'organisation judiciaire ne peuvent être utilisées pour conférer la compétence en matière de contrôle des ordonnances de non-publication rendues par les juges des cours provinciales parce que, sauf certaines exceptions, ces derniers (dans toutes les provinces, sauf le Québec) ne peuvent exercer qu'une compétence de nature criminelle. Les ordonnances qu'ils rendent en cette matière ne peuvent donc être qualifiées d'affaires civiles. Les lois sur l'organisation judiciaire ne peuvent être utilisées pour attribuer la compétence en matière de contrôle des ordonnances de non-publication rendues par les juges des cours supérieures parce qu'il n'est pas souhaitable d'avoir un cas où une ordonnance essentiellement identique, rendue pour les mêmes fins et touchant les mêmes droits puisse être qualifiée de civile lorsqu'elle est rendue par un juge d'une cour supérieure, mais doive être qualifiée de criminelle lorsqu'elle est rendue par un juge d'une cour provinciale.

(iv) *Les redressements extraordinaires*

Les cours supérieures des provinces ont compétence pour entendre des demandes visant l'obten-

certiorari against provincial court judges for excesses of jurisdiction and for errors of law on the face of the record. As I will explain in Part C of these reasons, the common law rule governing the issuance of orders banning publication must be consistent with the principles of the *Charter*. Since the common law rule does not authorize publication bans that limit *Charter* rights in an unjustifiable manner, an order implementing such a publication ban is an error of law on the face of the record. Therefore, if a publication ban order is made by a provincial court judge, the media can apply to the superior court for *certiorari* and argue that the ban is not authorized by the common law rule. If this is the case, the ban will then constitute an error of law on the face of the record. By virtue of s. 784(1) of the *Criminal Code*, an appeal lies to the Court of Appeal from a decision granting or refusing the relief sought in proceedings by way of *certiorari*.

This avenue uses established procedures and is not inconsistent with previous Supreme Court of Canada case law. In addition, the *certiorari* avenue provides for appeals (through s. 784(1) of the *Criminal Code*). It therefore avoids the undesirable situations of: (a) important rights being left without the protection of review and appeal; and (b) an increased number of leave applications being made to this Court and cases needing to be heard by this Court.

The most important problem with this avenue is that, at common law, *certiorari* does not lie against a decision of a superior court judge. In *Kourtesis*, *supra*, at p. 90, the possibility that *certiorari* might lie against a superior court judge was left open by some members of this Court. However, I am not willing to adopt an avenue that requires that one superior court judge review the decision of another superior court judge. Therefore, this avenue is available against a provincial court judge but not against a superior court judge. The following odd situation thus results: essentially the same order

tion du redressement extraordinaire du *certiorari* à l'encontre de juges de cours provinciales pour excès de compétence et pour erreur de droit à la lecture du dossier. Ainsi que je l'expliquerai dans la partie C de mes motifs, la règle de common law qui commande la délivrance d'ordonnances de non-publication doit être compatible avec les principes qui sous-tendent la *Charte*. La règle de common law n'autorisant pas les interdictions de publication qui restreignent d'une manière injustifiable des droits garantis par la *Charte*, l'ordonnance qui met en application pareille interdiction de publication constitue une erreur de droit à la lecture du dossier. Par conséquent, si un juge d'une cour provinciale rend une ordonnance de non-publication, les médias peuvent demander à la cour supérieure un bref de *certiorari* et faire valoir que l'interdiction n'est pas autorisée par la règle de common law. Le cas échéant, l'interdiction constitue une erreur de droit à la lecture du dossier. Aux termes du par. 784(1) du *Code criminel*, il peut être interjeté appel à la cour d'appel d'une décision qui accorde ou refuse le recours demandé dans des procédures par voie de *certiorari*.

Ce moyen fait appel à des procédures établies et n'est pas contraire à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. En outre, le *certiorari* peut faire l'objet d'un appel (par l'entremise du par. 784(1) du *Code criminel*). Il ferme donc la porte à des situations indésirables comme: a) de dénier des droits importants de la protection qu'offrent le contrôle et l'appel, et b) de voir un nombre accru de demandes d'autorisation à notre Cour et d'affaires devant être entendues par notre Cour.

Le problème le plus important que pose ce moyen est qu'en common law, on ne peut demander un bref de *certiorari* contre la décision d'un juge d'une cour supérieure. Dans l'arrêt *Kourtesis*, précité, à la p. 90, certains membres de notre Cour ont laissé entière la possibilité qu'un bref de *certiorari* puisse être délivré contre la décision d'un juge d'une cour supérieure. Toutefois, je ne suis pas disposé à adopter une solution qui requiert qu'un juge d'une cour supérieure contrôle la décision d'un autre juge d'une cour supérieure. Par conséquent, on peut adopter cette solution à

made for the same purposes affecting the same rights (of the defendant, the Crown, and the media) will be subject to different avenues of review and appeal depending upon whether the order is made by a superior court judge or a provincial court judge.

Another problem with this avenue comes from the apparently limited remedial powers of *certiorari*. Traditionally, *certiorari* has been limited remedially. That is it could only be used to quash an order. Thus, if the media were seeking an additional or alternative remedy, the desired remedy would appear to be unavailable through *certiorari*.

However, it is open to this Court to enlarge the remedial powers of *certiorari* and I do so now for limited circumstances. Given that the common law rule authorizing publication bans must be consistent with *Charter* principles, I am of the view that the remedies available where a judge errs in applying this rule should be consistent with the remedial powers under the *Charter*. Therefore, the remedial powers of *certiorari* should be expanded to include the remedies that are available through s. 24(1) of the *Charter*. It should be emphatically noted that it is not necessary in this case for this Court to decide whether or not the *Charter* applies directly to court orders. I am simply saying that when a judge exceeds his authority under the common law rule governing publication bans, then the remedies available through a *certiorari* challenge to the judge's action should be the same as the remedies that would be available under the *Charter*.

Despite the difficulties with this avenue, I find that it is the least unsatisfactory avenue and I therefore adopt it for third party challenges to publication ban orders made by provincial court

l'égard d'un juge d'une cour provinciale, mais on ne peut en faire autant à l'égard d'un juge d'une cour supérieure. Il en découle donc la situation étrange suivante: une ordonnance essentiellement identique, rendue pour les mêmes fins, touchant les mêmes droits (ceux du défendeur, du ministère public et des médias), fera l'objet de moyens de contrôle et d'appel différents selon qu'elle est rendue par un juge d'une cour supérieure ou par un juge d'une cour provinciale.

Les pouvoirs de redressement apparemment limités du *certiorari* soulèvent un autre problème si l'on utilise ce moyen. Traditionnellement, le *certiorari* a été limité du point de vue des redressements, et on ne pouvait l'utiliser que pour annuler une ordonnance. Ainsi, si les médias demandaient une réparation additionnelle ou subsidiaire, il semble qu'il ne serait pas possible d'obtenir la réparation souhaitée au moyen du *certiorari*.

Toutefois, notre Cour peut élargir les pouvoirs de redressement du *certiorari*, et c'est ce que je fais maintenant pour des circonstances limitées. Puisque la règle de common law qui permet les interdictions de publication doit être compatible avec les principes de la *Charte*, je suis d'avis que, lorsqu'un juge commet une erreur dans l'application de cette règle, les réparations qui peuvent être accordées doivent elles aussi être compatibles avec les pouvoirs de redressement fondés sur la *Charte*. Par conséquent, les pouvoirs de redressement du *certiorari* devraient être élargis pour inclure les réparations qu'offre le par. 24(1) de la *Charte*. Je tiens à insister sur le fait que, en l'espèce, notre Cour n'a pas à déterminer si la *Charte* s'applique directement aux ordonnances judiciaires. Je me contente de dire que, lorsqu'un juge excède son pouvoir sous le régime de la règle de common law qui régit les interdictions de publication, les réparations qui peuvent être obtenues par suite d'une contestation par voie de *certiorari* contre l'action du juge devraient alors être les mêmes que celles qui peuvent être obtenues en vertu de la *Charte*.

En dépit des difficultés que présente ce moyen, il est à mon avis le moins insatisfaisant, et je l'adopte par conséquent à l'égard des contestations par les tierces parties des ordonnances de non-

judges under their discretionary authority in the context of criminal proceedings.

(v) *Charter*

Section 24(1) of the *Charter* provides that:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

I wrote about s. 24(1) in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196:

When a person can demonstrate that one of his *Charter* rights has been infringed, access to a court of competent jurisdiction to seek a remedy is essential for the vindication of a constitutional wrong. To create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the *Charter* which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur.

However, in *Mills*, *supra*, at p. 971, La Forest J. wrote:

It should be obvious from the foregoing remarks that I am sympathetic to the view that *Charter* remedies should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. I do not believe s. 24 of the *Charter* requires the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice.

If a challenge to a publication ban could not be framed in terms of an error of law, then the *certiorari* and *Supreme Court Act* avenues might be unavailable and s. 24(1) might therefore be available. However, since a challenge to a publication ban ordered by a judge under his or her common law or legislated discretionary authority can be framed in terms of an error of law, the *certiorari* and *Supreme Court Act* avenues are available and therefore we need not here decide the issue of the application of the *Charter*, to publication bans

publication rendues par un juge d'une cour provinciale en vertu de son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de procédures criminelles.

a (v) *La Charte*

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, j'ai écrit ceci au sujet du par. 24(1), à la p. 196:

Quand une personne peut démontrer qu'elle a été victime d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il est indispensable pour assurer la sanction de cette violation de la Constitution que la personne en question puisse s'adresser au tribunal compétent afin d'obtenir réparation. Créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la *Charte* qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution.

Toutefois, dans l'arrêt *Mills*, précité, à la p. 971, le juge La Forest a écrit:

D'après ce qui précède, il doit être évident que je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'art. 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.

Si l'on ne pouvait contester une ordonnance de non-publication sur le fondement de l'erreur de droit, le *certiorari* et la *Loi sur la Cour suprême* pourraient être exclus, et il serait alors possible de recourir au par. 24(1). Toutefois, puisque l'on peut invoquer l'erreur de droit pour contester une ordonnance de non-publication rendue par un juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, il est donc possible de recourir au *certiorari* et à la *Loi sur la Cour suprême*. Nous n'avons donc pas à trancher

ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority in particular, and to court orders in general.

(2) General Guidelines for Practice

(i) *Preliminary Comments*

I have three preliminary comments to make before proceeding with general guidelines for practice with regard to publication bans issued under a judge's common law or legislated discretionary authority.

First, in a jury trial, a motion for a publication ban must be heard in the absence of the jury. Consider, for example, a case in which the media propose to broadcast information that would be inadmissible as evidence in the normal course of the criminal trial. The accused will have to introduce this information into evidence in order to demonstrate the risk to a fair trial. And yet, if the risk is demonstrated and substantial, the jury should not hear this evidence. The accused must not be placed in the intolerable position of having to present the inadmissible information before the jury in an attempt to secure an impartial jury. Consider also, a case in which the media propose to broadcast information that would undercut a particular defence strategy. The accused will have to reveal his or her defence strategy in order to demonstrate the risk to a fair trial. And yet, it would be unfair to require the defence to reveal defence strategy prior to the closing of the Crown's case — the accused must not be placed in the position of having to risk prejudice to one aspect of his or her right to a fair trial in order to protect another aspect of this right.

Second, the issue of giving notice to the media of motions for publication bans may appear to raise a number of practical problems. Which media are to be given notice, and how is such notice to be given? Do the media include all newspapers, television stations, and radio stations potentially affected by the ban? How is notice to be served?

ici la question de l'application de la *Charte* aux ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, en particulier, et aux ordonnances judiciaires en général.

(2) Directives générales pour la pratique

(i) *Commentaires préliminaires*

J'ai trois commentaires à faire avant de me pencher sur les directives générales qui régissent dans la pratique les ordonnances de non-publication rendues par un juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative.

Premièrement, dans un procès par jury, une requête en interdiction de publication doit être entendue en l'absence du jury. Prenons, par exemple, le cas où les médias proposent de diffuser une information qui serait inadmissible en preuve dans le cadre normal d'un procès criminel. L'accusé devra présenter cette information en preuve pour démontrer le risque quant à l'équité de son procès. Or, si le risque est démontré et substantiel, le jury ne devrait pas entendre cette preuve. L'accusé ne doit pas être placé dans la situation intolérable d'avoir à présenter l'information inadmissible au jury pour tenter d'obtenir un jury impartial. Prenons aussi le cas où les médias proposent de diffuser une information qui saperait une stratégie particulière de la défense. L'accusé devra révéler sa stratégie de défense pour démontrer le risque quant à l'équité de son procès. Or, il serait injuste d'exiger de la défense qu'elle révèle sa stratégie avant la fin de la présentation de la preuve du ministère public — l'accusé ne doit pas avoir à risquer de subir un préjudice à l'égard d'un aspect de son droit à un procès équitable pour protéger un autre aspect du même droit.

Deuxièmement, la question de l'avis aux médias des requêtes en interdiction de publication peut paraître soulever certaines difficultés d'ordre pratique. Quels sont les médias qui doivent recevoir l'avis, et de quelle façon l'avis doit-il leur être donné? Les médias incluent-ils tous les journaux, les stations de télévision et les stations de radio

Given that I have concluded that motions for publication bans made in the context of criminal proceedings are criminal in nature, the solution to these practical problems is to be found in the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. For example, Rule 6.04(1) of the *Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules*, SI/92-99, states that:

6.04 (1) The 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.

The judge hearing the application thus has the discretion to direct that third parties (e.g., the media) be given notice. Exactly who is to be given notice and how notice is to be given should remain in the discretion of the judge to be exercised in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law.

Third, the issue of standing may also appear to raise problems. Which members of the media are to be given standing? Does standing include standing to do any or all of the following: cross-examine witnesses, call *viva voce* evidence, file affidavit evidence, and present oral and/or written arguments? Again, given that I have concluded that motions for publication bans made in the context of criminal proceedings are criminal in nature, the solution to these practical problems is to be found in the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. The judge hearing the application thus has the discretion to grant standing to interested third parties (e.g., the media) and this standing can include any or all of the activities listed above.

I now proceed with some general guidelines for practice for the Crown, the accused, the media, and the courts in turn.

susceptibles d'être visés par l'interdiction? De quelle façon cet avis doit-il être signifié? Comme j'ai conclu que les requêtes en interdiction de publication présentées dans le cadre de procédures criminelles sont de nature criminelle, la solution à ces problèmes pratiques doit être puisée dans les règles provinciales de procédure criminelle et dans la jurisprudence pertinente. Par exemple, la règle 6.04(1) des *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario*, TR/92-99, prescrit:

6.04 (1) 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.

Le juge qui entend la demande a donc le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que des tiers (par exemple les médias) soient avisés. La question de savoir qui, exactement, doit être avisé et de quelle façon l'avis doit être signifié devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé conformément aux règles de procédure provinciales en matière criminelle et à la jurisprudence pertinente.

Troisièmement, la question de la qualité pour agir peut également paraître soulever des difficultés. À quels membres des médias doit-on reconnaître qualité pour agir? Cette qualité permet-elle tous les actes suivants ou certains d'entre eux seulement: contre-interroger les témoins, produire des témoignages oraux et par affidavit et présenter des arguments oraux et écrits? Encore une fois, étant donné ma conclusion que les requêtes en interdiction de publication présentées dans le cadre de procédures criminelles sont de nature criminelle, la solution à ces problèmes pratiques doit être puisée dans les règles de procédure provinciales en matière criminelle et dans la jurisprudence pertinente. Le juge qui entend la demande a donc le pouvoir discrétionnaire d'accorder qualité pour agir aux tiers intéressés (par exemple les médias) et cette qualité peut viser l'un ou l'autre ou l'ensemble des actes énumérés ci-dessus.

Je me pencherai maintenant sur certaines directives générales de pratique à l'égard du ministère public, des accusés, des médias et des tribunaux respectivement.

(ii) *For the Crown and the Accused*

To get a publication ban issued under a judge's common law or legislated discretionary authority, the Crown and/or the accused should make a motion for a ban pursuant to that authority. This motion should be made before the trial judge (if one has been appointed) or before a judge in the court at the level the case will be heard (if the level of court can be established definitively by reference to statutory provisions such as ss. 468, 469, 553, 555 and 798 of the *Criminal Code* and s. 5 of the *Young Offenders Act*). If the level of court has not been established and cannot be established definitively by reference to statutory provisions, then the motion should be made before a superior court judge (i.e., it should be made before the highest court that could hear the case, in order to avoid later having a superior court judge bound by an order made by a provincial court judge). To seek or challenge a ban on appeal, the Crown and the accused should follow the regular avenues of appeal available to them through the *Criminal Code* (Parts XXI and XXVI).

A complication arises, however, when the initial order is made by a judge other than the trial judge (i.e., in cases where a trial judge has not yet been appointed). In this situation, neither the accused nor the Crown could ordinarily attack the initial order, either at trial or through the regular routes of appeal, without running afoul of the "rule against collateral attack": *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, and *Meltzer, supra*. This rule states that a court order may not be attacked "in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment" (*Wilson, supra, per McIntyre J.*, at p. 599). Since the specific object of the trial is not the reversal or variation of the initial publication ban, the rule against collateral attacks would, if strictly applied, prevent a reconsideration of the initial order by the trial judge and, by extension, a review of the order by the appellate courts under the normal routes of appeal (since the jurisdiction of the

(ii) *Le ministère public et les accusés*

Pour qu'une ordonnance de non-publication soit rendue par un juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, le ministère public ou l'accusé devraient présenter une requête en interdiction de publication conformément à ce pouvoir. La requête devrait être présentée au juge de première instance (s'il a été désigné) ou à un juge de la juridiction devant laquelle l'affaire sera entendue (si l'on peut déterminer définitivement la juridiction par renvoi à des dispositions législatives tels les art. 468, 469, 553, 555 et 798 du *Code criminel* et l'art. 5 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*). Si la juridiction n'a pas été déterminée et ne peut l'être définitivement par renvoi aux dispositions législatives, la requête devrait être présentée à un juge d'une cour supérieure (c'est-à-dire au plus haut tribunal qui puisse entendre l'affaire, afin d'éviter ensuite qu'un juge d'une cour supérieure soit lié par l'ordonnance d'un juge d'une cour provinciale). Pour demander ou contester une interdiction en appel, le ministère public et l'accusé devraient recourir aux moyens d'appel réguliers qu'offre le *Code criminel* (parties XXI et XXVI).

Une complication survient toutefois lorsque l'ordonnance initiale est rendue par un juge qui n'est pas le juge du procès (c'est-à-dire lorsque aucun juge du procès n'a encore été désigné). Dans ce cas, ni l'accusé, ni le ministère public ne pourraient ordinairement contester l'ordonnance initiale, au procès ou en recourant aux moyens réguliers d'appel, sans aller à l'encontre de la «règle interdisant les attaques indirectes»: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, et *Meltzer, précité*. Suivant cette règle, l'ordonnance d'un tribunal ne peut être contestée «dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement» (*Wilson, précité, le juge McIntyre, à la p. 599*). Puisque le procès n'a pas comme objectif précis l'annulation ou la modification de l'ordonnance de non-publication initiale, si la règle interdisant les attaques indirectes était appliquée rigoureusement, elle empêcherait l'exa-

appellate courts is restricted to errors of law made at trial).

In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, a majority of this Court noted that the rule against collateral attacks is “not intended to immunize court orders from review” (*per* Iacobucci J., at p. 349), and held that in situations where the purposes underlying the rule are not engaged, some flexibility in the rule’s application should be recognized. Iacobucci J., writing for the majority, discussed the rationale for the rule in the following terms (at p. 349):

The rationale behind the rule is powerful: the rule seeks to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. To allow parties to govern their affairs according to their perception of matters such as the jurisdiction of the court issuing the order would result in uncertainty. Further, “the orderly and functional administration of justice” requires that court orders be considered final and binding unless they are reversed on appeal (*R. v. Pastro* [(1988), 42 C.C.C. (3d) 485], at p. 497).

He continued, however, by observing that the order in question in the case before him (a pre-trial division and severance order made by a judge other than the trial judge) would have been reviewable on appeal had it been made by the trial judge. He stated (at p. 350):

To permit an order to stand which is so erroneous that it results in a trial process that is fundamentally flawed would result in procedure governing substance; a result that cannot be accepted.

Although *Litchfield* involved orders of a different nature than the publication bans under consideration here, I am of the view that it is similarly appropriate to recognize some flexibility in the rule against collateral attacks when what is at issue is a publication ban.

men de l’ordonnance initiale rendue par le juge de première instance et, par extension, le contrôle de l’ordonnance par les tribunaux d’appel en vertu des moyens réguliers d’appel (car la compétence des tribunaux d’appel se limite aux erreurs de droit commises au procès).

Dans l’arrêt *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, notre Cour à la majorité a fait remarquer que la règle interdisant les attaques indirectes n’a pas été «conçue pour soustraire à tout contrôle les ordonnances judiciaires» (le juge Iacobucci, à la p. 349). Elle a conclu que, lorsque les objectifs qui sous-tendent la règle ne sont pas mis en cause, on devrait admettre une certaine flexibilité dans son application. Au nom de la majorité, le juge Iacobucci a analysé la raison d’être de la règle dans les termes suivants (à la p. 349):

La règle repose sur un solide raisonnement: elle vise à maintenir la primauté du droit et à préserver la considération dont jouit l’administration de la justice. L’incertitude résulterait si on permettait aux parties de gérer leurs affaires suivant la perception qu’ils ont de questions comme la compétence du tribunal qui rend l’ordonnance. De plus, [TRADUCTION] «l’administration ordonnée et pratique de la justice» exige que les ordonnances judiciaires soient considérées comme définitives et ayant force exécutoire à moins d’être annulées en appel (*R. c. Pastro* [(1988), 42 C.C.C. (3d) 485], à la p. 497).

Il a toutefois ajouté que l’ordonnance en question dans l’affaire dont il était saisi (une ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation, rendue avant le procès par un juge autre que le juge du procès) aurait été susceptible d’être contrôlée en appel si elle avait été rendue par un juge du procès. Il a déclaré, à la p. 350:

Permettre le maintien d’une ordonnance erronée au point d’entacher le procès d’un vice fondamental revient à faire prévaloir la procédure sur le fond, un résultat qui ne saurait être accepté.

Bien qu’il était question dans l’arrêt *Litchfield* d’ordonnances d’une nature autre que les ordonnances de non-publication qui sont en cause en l’espèce, je suis d’avis qu’il est tout aussi indiqué d’admettre une certaine flexibilité de la règle interdisant les attaques indirectes à l’égard des ordonnances de non-publication.

This problem does not, of course, arise in the case at bar, so it is unnecessary to consider the matter further at this time. I have mentioned it here simply to highlight the fact that none of the avenues of appeal currently available is entirely satisfactory. As I noted earlier, until Parliament acts to rectify the situation by enacting appropriate legislation I am forced to choose the least unsatisfactory of a number of unsatisfactory alternatives.

(iii) *For the Media*

If the media wish to oppose a motion for a ban brought in provincial court, they should attend at the hearing on the motion, argue to be given status, and if given status, participate in the motion. To challenge a ban once ordered, the media should make an application for *certiorari* to a superior court judge. To challenge a denial of *certiorari*, the media should appeal the superior court judge's decision to the Court of Appeal under s. 784(1) of the *Criminal Code*. To challenge a dismissal of an appeal to the Court of Appeal, the media should make an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

If the media wish to oppose a motion for a ban brought in a provincial superior court, then they should attend at the hearing on the motion, argue to be given status, and, if given status, participate in the motion. To challenge a ban once ordered, the media should make an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

(iv) *For the Court*

Upon a motion for a ban under the common law rule, the court should give standing to the media who seek standing (according to the rules of criminal procedure and the established common law principles) and follow the general guidelines for practice set out in Part C of these reasons.

Comme ce problème ne se pose évidemment pas en l'espèce, il est inutile d'approfondir la question à ce moment-ci. Si je l'ai soulevée, c'est simplement pour souligner le fait qu'aucun des moyens d'appel qui existent à l'heure actuelle n'est entièrement satisfaisant. Je le répète, jusqu'à ce que le législateur décide de corriger la situation en adoptant une loi appropriée, je suis contraint de choisir le moins insatisfaisant d'un certain nombre de moyens insatisfaisants.

(iii) *Les médias*

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

Si les médias souhaitent s'opposer à une requête en interdiction présentée devant une cour supérieure provinciale, ils devraient assister à l'audition de la requête, présenter des observations afin d'obtenir qualité pour agir et, s'ils l'obtiennent, participer à la requête. Pour contester l'interdiction, les médias devraient demander une autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

(iv) *Le tribunal*

Sur requête en interdiction présentée en vertu de la règle de common law, le tribunal devrait accorder qualité pour agir aux médias qui le demandent (conformément aux règles de procédure en matière criminelle et aux principes de common law) et appliquer les directives générales de pratique énoncées à la partie C des présents motifs.

(3) Application of Principles and Practice to the Case at Bar(i) *The Facts*

All of the cases were being heard or were scheduled to be heard in the Ontario Court of Justice (General Division) before a judge and jury. All of the accused were pre-tried with no prospect of resolution. Dagenais was in week five of his trial. The jury was to be charged three days following the motion for the ban. Monette already had his trial judge named (Cusson J.). His trial was to run from February 1 to February 26, 1993. Radford's trial was to run from April 5 to May 4, 1993. Dugas' trial was to begin some time between May 31 and July 2, 1993.

(ii) *The Application of the Law to these Facts*

Dagenais should have gone to his trial judge. If the ban had been refused, he would have had no right of appeal beyond his normal right to appeal if convicted at the end of the trial.

Monette should also have gone to his trial judge. If the ban had been refused, he would have had no right of appeal beyond his normal right to appeal if convicted at the end of the trial.

Radford and Dugas, however, were correct to go to a provincial superior court judge. If the ban had been refused, they would have had no right of appeal beyond their normal right to appeal if convicted at the end of the trials.

When the publication ban order was given, the CBC should have sought leave to appeal from the Supreme Court of Canada under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

(iii) *Conclusions about Jurisdiction*

Gotlib J. did not have jurisdiction to hear the motions from Dagenais or Monette, but she did

(3) Application des principes et de la pratique à l'espèce(i) *Les faits*

Toutes les affaires étaient entendues ou devaient être entendues en Cour de justice de l'Ontario (Division générale) devant un juge et jury. Tous les accusés avaient subi leur enquête préliminaire et rien ne laissait prévoir un règlement. Cinq semaines s'étaient écoulées dans le procès de Dagenais. Le jury devait entendre l'exposé trois jours après la requête en interdiction. Dans le cas de Monette, le juge du procès avait été désigné (le juge Cusson) et le procès devait se dérouler du 1^{er} au 26 février 1993. Le procès de Radford devait se tenir du 5 avril au 4 mai 1993, et celui de Dugas devait commencer entre le 31 mai et le 2 juillet 1993.

(ii) *L'application du droit aux faits*

Dagenais aurait dû s'adresser au juge président son procès. Si l'interdiction avait été refusée, il n'aurait eu d'autre droit d'appel que celui dont il pouvait normalement se prévaloir à la fin du procès s'il était déclaré coupable.

Monette aurait dû lui aussi s'adresser au juge qui devait présider son procès. Si l'interdiction avait été refusée, il n'aurait eu d'autre droit d'appel que celui dont il pouvait normalement se prévaloir à la fin du procès s'il était déclaré coupable.

Toutefois, Radford et Dugas se sont à juste titre adressés à un juge d'une cour supérieure de la province. Si l'interdiction avait été refusée, ils n'auraient eu d'autre droit d'appel que celui dont ils pouvaient normalement se prévaloir à la fin du procès s'ils étaient déclarés coupables.

Lorsque l'ordonnance de non-publication a été rendue, la SRC aurait dû demander l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

(iii) *Conclusions sur la compétence*

Le juge Gotlib n'avait pas compétence pour entendre les requêtes de Dagenais et de Monette,

have jurisdiction to hear the motions from Radford and Dugas. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear from the CBC. This Court had jurisdiction to grant leave to appeal the Court of Appeal decision and to draw these conclusions on the issue of jurisdiction.

The Supreme Court of Canada had jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to grant leave to appeal Gotlib J.'s order. However, the CBC did not seek leave to appeal Gotlib J.'s order. It would therefore appear at first glance that the Supreme Court of Canada does not have jurisdiction to rule on the order itself. However, I have decided to grant leave to appeal Gotlib J.'s order under s. 40 *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto* (of its own motion, now as of the previous date, for something done after). I do this because I believe that it would be unfair to penalize the CBC for not following the correct procedure where the correct procedure was not known until we decided this case. I also do this because the issue of publication bans is of national importance, the case was fully argued before us, and no one is prejudiced by the granting of leave.

It is important to note once more that the current situation is deplorable. Fundamental rights are at stake, but no truly satisfactory avenue of appeal has been established by statute. I hope that Parliament will soon consider filling this jurisdictional *lacuna* and establishing statutory rights of appeal for third parties such as the media.

C. Publication Bans

(1) The Analytical Approach

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 publica-

mais elle l'avait pour entendre celles de Radford et de Dugas. La Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre la SRC, alors que notre Cour avait compétence pour autoriser l'appel contre la décision de la Cour d'appel et pour tirer les présentes conclusions sur la question de la compétence.

La Cour suprême du Canada avait compétence, en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, pour accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance du juge Gotlib. Toutefois, la SRC n'a pas demandé cette autorisation. Il semble donc à première vue que la Cour suprême du Canada n'ait pas compétence pour statuer sur l'ordonnance comme telle. J'ai toutefois décidé d'accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance du juge Gotlib conformément à l'art. 40 *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto* (de mon propre chef, rétrospectivement, à valoir pour alors). En effet, j'estime qu'il serait injuste de pénaliser la SRC pour ne pas avoir suivi la bonne procédure alors que celle-ci n'était pas connue avant que nous tranchions la présente affaire. En outre, la question des ordonnances de non-publication est d'importance nationale, l'affaire a été pleinement plaidée devant nous, et personne ne subira de préjudice du fait de l'octroi de l'autorisation.

Il est important de souligner, encore une fois, que la situation actuelle est déplorable. Des droits fondamentaux sont en jeu, mais aucun moyen véritablement satisfaisant d'appel n'a été établi par la loi. J'espère que le législateur songera bientôt à combler cette lacune et à établir des droits d'appel d'origine législative à l'égard de tiers comme les médias.

h C. Les interdictions de publication

(1) La méthode analytique

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

tion 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.

In the case at bar, we are dealing with a common law rule which provides judges with the discretion to order a publication ban in certain circumstances. Discretion cannot be open-ended. It cannot be exercised arbitrarily. More to the point, as I stated in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, in the context of legislative conferrals of discretion:

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1.

I would extend this reasoning, and hold that a common law rule conferring discretion cannot confer the power to infringe the *Charter*. Discretion must be exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*; exceeding these boundaries results in a reversible error of law. In this case, then, we are dealing with an error of law challenge to a publication ban imposed under a common law discretionary rule.

The common law rule governing publication bans has been traditionally understood as requiring those seeking a ban to demonstrate that there is a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial. This rule accorded some protection to freedom of expression, in so far as it prevented publication bans from being imposed for no

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*.

En l'espèce, la règle de common law confère aux juges le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de non-publication dans certaines circonstances. Le pouvoir discrétionnaire ne peut pas être illimité, ni ne peut-il être exercé arbitrairement. Plus précisément, comme je l'ai souligné dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1077 et 1078, dans le contexte du pouvoir discrétionnaire conféré dans un texte de loi:

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte*, à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante.

J'élargirai ce raisonnement pour conclure que la règle de common law qui confère un pouvoir discrétionnaire ne peut donner le pouvoir d'enfreindre la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte*; excéder ces limites constitue une erreur de droit justifiant l'annulation. En l'espèce, donc, il s'agit d'une contestation, fondée sur une erreur de droit, d'une ordonnance de non-publication rendue en vertu d'une règle de common law discrétionnaire.

La règle de common law à laquelle sont soumises les ordonnances de non-publication a toujours été interprétée comme obligeant ceux qui demandent une ordonnance à démontrer qu'il existe un risque réel et important qu'il y ait entrave au droit à un procès équitable. Cette règle accordait une certaine protection à la liberté d'expression, dans

reason, or in response to merely speculative concerns. The question that must be addressed, however, is whether the rule provides sufficient protection for freedom of expression in the context of post-*Charter* Canadian society. As Iacobucci J., speaking for the Court, stated in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values . . . then the rule ought to be changed.

Like the right of an accused to a fair trial, a fundamental principle of our justice system which is now expressly protected by s. 11(d) of the *Charter*, freedom of expression, including freedom of the press, is now recognized as a paramount value in Canadian society, as demonstrated by its enshrinement as a constitutionally protected right in s. 2(b) of the *Charter*. Section 2(b) guarantees the rights of all Canadians to "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication". The importance of the s. 2(b) freedoms has been recognized by this Court on numerous occasions (see, for example, *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; and *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731).

As I said, for the Court, in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at p. 129:

Freedom of the press is indeed an important and essential attribute of a free and democratic society, and measures which prohibit the media from publishing information deemed of interest obviously restrict that freedom.

la mesure où elle empêchait que les ordonnances de non-publication soient rendues sans raison ou sur le fondement de craintes purement hypothétiques. Ce qu'il faut par contre se demander, c'est si la règle offre une protection suffisante à la liberté d'expression dans le cadre de la société canadienne maintenant dotée d'une *Charte*. Ainsi que l'a exprimé le juge Iacobucci au nom de la Cour dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, [. . .] elle doit être modifiée.

Au même titre que le droit d'un accusé à un procès équitable, principe fondamental de notre système de justice maintenant expressément protégé par l'al. 11d) de la *Charte*, la liberté d'expression, qui comprend la liberté de la presse, est aujourd'hui reconnue comme une valeur de première importance dans la société canadienne puisqu'elle est inscrite comme droit constitutionnellement protégé à l'al. 2b) de la *Charte*. Cet alinéa garantit à tous les Canadiens la «liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication». Notre Cour a, à maintes reprises, reconnu l'importance des libertés garanties par l'al. 2b) (voir, par exemple, *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731).

Comme je l'ai dit au nom de la Cour dans *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, à la p. 129:

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

Similarly, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, Cory J. remarked (at pp. 1336-37):

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

... The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy.

In *Zundel, supra*, at p. 752, McLachlin J. distilled the commentary and case law on the subject of freedom of expression, and declared that the interests protected by s. 2(b) are "truth, political or social participation, and self-fulfilment".

The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d). It would be inappropriate for the courts to continue to apply a common law rule that automatically favoured the rights protected by s. 11(d) over those protected by s. 2(b). A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

De même, dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Cory a remarqué (aux pp. 1336 et 1337) :

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion.

... Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne.

Dans *Zundel*, précité, à la p. 752, le juge McLachlin a analysé la doctrine et la jurisprudence sur la liberté d'expression puis conclu que les droits que protège l'al. 2b) sont la «vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi».

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

It is open to this Court to “develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution”: *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 603 (*per* McIntyre J.). I am, therefore, of the view that it is necessary to reformulate the common law rule governing the issuance of publication bans in a manner that reflects the principles of the *Charter*. Given that publication bans, by their very definition, curtail the freedom of expression of third parties, I believe that the common law rule must be adapted so as to require a consideration both of the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights. The modified rule may be stated as follows:

A publication ban should only be ordered when:

(a) Such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and

(b) The salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban.

If the ban fails to meet this standard (which clearly reflects the substance of the *Oakes* test applicable when assessing legislation under s. 1 of the *Charter*), then, in making the order, the judge committed an error of law and the challenge to the order on this basis should be successful.

(2) The Application of the Analytical Approach to the Case at Bar

To assess the validity of the order in the case at bar, it is necessary to consider the objective of the order, to examine the availability of reasonable alternative measures that could achieve this objective, and to consider whether the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious impact the ban has on freedom of expression. If the publication ban in question cannot be justified under the common law rule set out above, then, in

Notre Cour peut «développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution»: *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 603 (le juge McIntyre). Je suis par conséquent d'avis qu'il est nécessaire de reformuler la règle de *common law* en matière d'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte*. Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d'expression de tiers, j'estime que la règle de *common law* doit être adaptée de façon à exiger l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte*. La règle modifiée pourrait être la suivante:

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

a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance.

Si l'ordonnance ne satisfait pas à cette norme (qui reflète nettement l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, et utilisé pour juger une disposition législative en vertu de l'article premier de la *Charte*), alors, en rendant l'ordonnance, le juge a commis une erreur de droit et la contestation de l'ordonnance sur ce fondement doit être accueillie.

(2) L'application de la méthode analytique à la présente affaire

Pour juger de la validité de l'ordonnance rendue en l'espèce, il est nécessaire de considérer son objectif, de vérifier s'il existe d'autres mesures raisonnables qui permettent d'atteindre cet objectif et de déterminer si les effets bénéfiques de l'ordonnance de non-publication l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression. Si l'interdiction ne peut être justifiée dans le cadre de la règle de *common law* énoncée précédemment, le

making her order, Gotlib J. committed an error of law.

The objective of the ban ordered in the case at bar was the diminution of the risk that the trial of the four accused persons might be rendered unfair by adverse pre-trial publicity. This objective reflects the interest that the accused persons shared with both the public and the courts in ensuring both that a trial be held and that it be fair. The interest that Dagenais, Monette, Radford and Dugas have in receiving a fair trial is of such importance that it has been entrenched as a constitutional right, in both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In addition to the accused's interest in the fairness of their trial, the public had an interest in their being acquitted or convicted through trials that were fair and that had the appearance of fairness: *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 283. Similarly, the courts had an interest in ensuring that justice was done, and an interest in safeguarding the repute of the administration of justice by ensuring that justice was seen to be done.

In most cases where publication bans are sought, including the case at bar, attention is focused on a particular potential source of trial unfairness — the possibility that adverse pre-trial publicity might make it difficult or impossible to find an impartial jury. In *Généreux*, *supra*, in the context of a discussion of s. 11(d), I noted (at pp. 282-83):

[One of s. 11(d)'s objectives is] to ensure that a person is tried by a tribunal that is not biased in any way and is in a position to render a decision which is based solely on the merits of the case before it, according to law. The decision-maker should not be influenced by the parties to a case or by outside forces except to the extent that he or she is persuaded by submissions and arguments pertaining to the legal issues in dispute.

It must be noted, however, that while the *Charter* provides safeguards both against actual instances of bias and against situations that give rise to a serious risk of a jury's impartiality being tainted, it does not require that all conceivable steps be taken to remove even the most speculative risks. As I noted in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p.

juge Gotlib a alors commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance.

L'ordonnance rendue en l'espèce avait pour objectif de diminuer le risque qu'une publicité défavorable avant le procès rende le procès des quatre accusés inéquitable. Cet objectif reflète le droit, que les accusés partageaient avec le public et les tribunaux, à ce qu'un procès soit tenu et à ce qu'il soit équitable. Le droit de Dagenais, Monette, Radford et Dugas à un procès équitable est si important qu'il a obtenu le statut constitutionnel à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Outre le droit des accusés à un procès équitable, le public avait le droit à ce que ces individus soient acquittés ou déclarés coupables à la suite de procès équitables, et qui paraissaient l'être: *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283. De même, les tribunaux avaient le droit à ce que justice soit rendue et à ce que la considération dont jouit l'administration de la justice soit sauvegardée en faisant en sorte qu'on voit que justice est rendue.

Dans la plupart des cas où l'on demande une ordonnance de non-publication, comme en l'espèce notamment, l'attention est axée sur une source potentielle d'iniquité du procès — la possibilité qu'une publicité défavorable avant le procès rende difficile, voire impossible, la sélection d'un jury impartial. Dans *Généreux*, précité, dans le contexte d'une analyse de l'al. 11d), j'ai signalé (aux pp. 282 et 283):

[L'un des objectifs de l'al. 11d) consiste à] s'assurer que la personne est jugée par un tribunal qui n'est aucunement partial et qui est apte à rendre une décision fondée seulement sur la preuve dont il est saisi, conformément à la loi. Le décideur ne devrait pas être influencé par les parties ni par des forces extérieures, sauf dans la mesure où il est convaincu par les arguments et les plaidoiries portant sur les questions de droit en litige.

Il y a lieu de remarquer toutefois que si la *Charte* offre des garanties contre des cas réels de partialité et contre des situations qui créent un risque grave que l'impartialité du jury soit compromise, elle ne requiert pas que l'on prenne toutes les mesures concevables pour éliminer même les risques les plus hypothétiques. Ainsi que je l'ai signalé dans

142, “the Constitution does not always guarantee the ‘ideal’”. This must be borne in mind when the objective of a publication ban imposed under the common law rule is specified, since one of the primary purposes of the common law rule is the protection of the constitutional rights of the accused. As the rule itself states, the objective of a publication ban authorized under the rule is to prevent real and substantial risks of trial unfairness — publication bans are not available as protection against remote and speculative dangers.

It is also important to note the extent to which a publication ban trenches upon the rights of individuals to freedom of expression. In the case of the publication ban at issue here, the specific freedom of expression interests engaged by the ban included: the film director’s interest in expressing himself; the CBC’s interest in broadcasting the film; the public’s interest in viewing the film; and society’s interest in having the important issue of child abuse presented to the public. All of these interests were limited by the publication ban ordered in the case at bar.

In my view, the publication ban in the case at bar was clearly directed towards preventing a real and substantial risk to the fairness of the trial of the four accused. What must next be considered in order to determine whether the ban was supportable under the common law rule was whether a publication ban was necessary on the facts of this case. This requires a consideration of whether reasonable alternative measures were available that would have guarded against the risk of the trial being unfair without circumscribing the expressive rights of third parties. As I will explain, I do not consider it necessary in the case at bar to consider the question of whether the salutary effects of the publication ban outweighed the deleterious impact the ban had on freedom of expression, because I find that there were, in fact, reasonable alternative measures available.

The publication ban in the case at bar would have passed the first stage of analysis under the

l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». C’est un élément dont il faut tenir compte lorsque l’objectif d’une ordonnance de non-publication rendue en vertu de la règle de common law est précisé, puisque l’un des principaux buts de la règle de common law est la protection des droits constitutionnels de l’accusé. Comme la règle elle-même l’énonce, l’objectif d’une ordonnance de non-publication autorisée par la règle est d’écarter les risques réels et importants qu’un procès soit inéquitable — les ordonnances de non-publication ne peuvent servir de bouclier contre les dangers incertains et hypothétiques.

Il importe également de signaler dans quelle mesure une ordonnance de non-publication empiète sur le droit des individus à la liberté d’expression. L’ordonnance de non-publication en cause en l’espèce touchait divers droits à la liberté d’expression, dont le droit du réalisateur du film de s’exprimer, le droit de la SRC de diffuser le film, le droit du public de voir le film et le droit de la société à ce que l’importante question de l’exploitation des enfants soit présentée au public. Tous ces droits ont été restreints par l’ordonnance de non-publication rendue en l’espèce.

À mon avis, cette interdiction visait nettement à écarter le risque réel et important que le procès des quatre accusés soit inéquitable. Pour déterminer si l’interdiction était justifiée sous le régime de la règle de common law, il faut ensuite vérifier s’il était nécessaire de rendre l’ordonnance de non-publication compte tenu des faits de l’affaire. Pour ce faire, il y a lieu d’examiner s’il existait d’autres mesures raisonnables qui auraient pu contrer le risque que le procès soit inéquitable sans restreindre les droits d’expression des tiers. Ainsi que je l’expliquerai, je n’estime pas nécessaire en l’espèce de déterminer si les effets bénéfiques de l’interdiction de publication excédaient ses effets préjudiciables sur la liberté d’expression puisque, en fait, je crois qu’on aurait pu avoir recours à d’autres mesures raisonnables.

L’ordonnance de non-publication rendue en l’espèce aurait passé avec succès la première étape

common law rule if: (1) the ban was as narrowly circumscribed as possible (while still serving the objectives); and (2) there were no other effective means available to achieve the objectives. However, the initial ban in the case at bar was far too broad. It prohibited broadcast throughout Canada and even banned reporting on the ban itself. In addition, there were other effective means available to achieve the objectives. The publication ban ordered by Gotlib J. has, in fact, expired, making it unnecessary to discuss in great detail the particular alternative measures that were available in the case at bar. Possibilities that readily come to mind, however, include adjourning trials, changing venues, sequestering jurors, allowing challenges for cause and *voir dîres* during jury selection, and providing strong judicial direction to the jury. Sequestration and judicial direction were available for the Dagenais jury. Apart from sequestration, all of the other effective alternatives to bans were available for the other three accused. For this reason, the publication ban imposed in the case at bar cannot be supported under the common law. As a result, in purporting to order the ban under her common law discretionary authority, Gotlib J. committed an error of law.

(3) Some General Comments About Publication Bans

Before concluding, I would like to make some general comments about publication bans issued under the common law rule. First, I believe that it is important to recognize that publication bans should not always be seen as a clash between two titans — freedom of expression for the media versus the right to a fair trial for the accused. Second, I have some concerns about the efficacy of some publication bans. Useful discussions of some of the issues that I raise in this section can be found in A. M. Linden, “Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform”, in P. Anisman and A. M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 301; M. D. Lepofsky, *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985); and the Law Reform

de l'analyse effectuée dans le cadre de la règle de common law: (1) si l'interdiction avait été aussi circonscrite que possible (tout en servant les objectifs), et (2) s'il n'avait existé d'autres moyens efficaces d'atteindre les objectifs. Toutefois, l'ordonnance initiale en l'espèce était beaucoup trop générale. Elle interdisait la diffusion partout au Canada et interdisait même tout commentaire sur l'ordonnance elle-même. En outre, il existait d'autres moyens efficaces d'atteindre les objectifs visés. L'ordonnance de non-publication rendue par le juge Gotlib a, en fait, pris fin, ce qui annule la nécessité d'examiner en détail les autres mesures qui étaient disponibles en l'espèce. Parmi les possibilités qui viennent d'emblée à l'esprit, il y a l'ajournement des procès, le changement de lieu, l'isolement du jury, les récusations motivées et les voir-dire au cours de la sélection des jurés, ainsi que des directives fermes au jury. Dans le cas du procès de Dagenais, le juge pouvait isoler le jury et lui donner des directives. Quant aux trois autres accusés, on aurait pu, à part l'isolement, recourir à ces autres solutions. Pour cette raison, l'interdiction de publication prononcée en l'espèce ne peut être maintenue en common law. En conséquence, en voulant rendre l'ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law, le juge Gotlib a commis une erreur de droit.

(3) Commentaires généraux sur les interdictions de publication

Avant de conclure, j'aimerais apporter certains commentaires généraux sur les ordonnances de non-publication rendues en vertu de la règle de common law. En premier lieu, j'estime important d'admettre que ces ordonnances ne devraient pas toujours être considérées comme créant un conflit entre deux titans — la liberté d'expression pour les médias versus le droit de l'accusé à un procès équitable. En second lieu, j'éprouve certains doutes quant à l'efficacité de certaines ordonnances de non-publication. On trouve des analyses utiles de certaines des questions que je soulève dans la présente partie dans A. M. Linden, «Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform», dans P. Anisman et A. M. Linden, dir., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 301; M. D.

Commission of Canada, Working Paper 56, *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987).

Lepofsky, *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985), et la Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 56, *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987).^a

(i) *Rejecting the Clash Model*

(i) *Rejeter le modèle du conflit*

There are at least three reasons for rejecting the clash model. First, it is more suited to American than to Canadian jurisprudence, since the American Constitution has no equivalent of s. 1 of our *Charter*, which, as I discussed earlier, is also a source of the fundamental principles informing the development of the common law in Canada.

Il existe au moins trois raisons de rejeter le modèle du conflit. Premièrement, il convient mieux à la jurisprudence américaine qu'à la jurisprudence canadienne puisqu'il n'y a dans la Constitution américaine aucun équivalent de l'article premier de notre *Charte*, qui, je l'ai mentionné précédemment, constitue également une des sources des principes fondamentaux qui sous-tendent l'évolution de la common law au Canada.

Second, it is not the case that freedom of expression and the accused's right to a fair trial are always in conflict. Sometimes publicity serves important interests in the fair trial process. For example, in the context of publication bans connected to criminal proceedings, these interests include the accused's interest in public scrutiny of the court process, and all of the participants in the court process.

Deuxièmement, il est faux de dire que la liberté d'expression et le droit de l'accusé à un procès équitable sont toujours opposés. Il arrive parfois que la publicité serve d'importants droits dans le contexte d'un procès équitable. Ainsi, en matière d'interdictions de publication liées à des procédures criminelles, ces droits incluent celui de l'accusé à un examen public du processus judiciaire et celui de tous les participants à ce processus.

Third, the analysis of publication bans should be much richer than the clash model suggests. Rather than simply focusing on the fact that bans always limit freedom of expression and usually aim to protect the right to a fair trial of the accused, it should be recognized that ordering bans may:

Troisièmement, l'analyse des ordonnances de non-publication devrait être beaucoup plus fertile que ne le suppose le modèle du conflit. Plutôt que de se borner à mettre l'accent sur le fait que ces ordonnances restreignent toujours la liberté d'expression et visent en général à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, on devrait reconnaître que rendre une ordonnance de non-publication peut:

- limit freedom of expression (and thus undercut the purposes of s. 2(b) discussed above);

- restreindre la liberté d'expression (et par conséquent saper les objectifs de l'al. 2b) analysés précédemment);

- prevent the jury from being influenced by information other than that presented in evidence during the trial (for example, information presented in a tabloid television show and evidence discussed in the absence of the jury and held to be inadmissible);

- soustraire le jury à l'influence de renseignements autres que ceux qui sont mis en preuve au cours du procès (par exemple, les renseignements offerts dans une émission de télévision de type tabloïd et la preuve analysée en l'absence du jury et jugée inadmissible);

- maximize the chances that witnesses will testify because they will not be fearful of the consequences of publicity;

- protect vulnerable witnesses (for example, child witnesses, police informants, and victims of sexual offences);

- preserve the privacy of individuals involved in the criminal process (for example, the accused and his or her family as well as the victims and the witnesses and their families);

- maximize the chances of rehabilitation for "young offenders";

- encourage the reporting of sexual offences;

- save the financial and/or emotional costs to the state, the accused, the victims, and witnesses of the alternatives to publication bans (for example, delaying trials, changing venues, and challenging jurors for cause); and

- protect national security.

It should also be recognized that not ordering bans may:

- maximize the chances of individuals with relevant information hearing about a case and coming forward with new information;

- prevent perjury by placing witnesses under public scrutiny;

- prevent state and/or court wrongdoing by placing the criminal justice process under public scrutiny;

- reduce crime through the public expression of disapproval for crime; and

- promote the public discussion of important issues.

These are intended to be illustrative rather than comprehensive lists of reasons for and against bans. They are simply intended to illustrate the breadth of issues that deserve a place but are not often found in the analysis of the justification of

- accroître au maximum les chances que des personnes témoignent du fait qu'elles se sentent à l'abri des conséquences de la publicité;

- protéger les témoins vulnérables (par exemple les enfants, les indicateurs de police et les victimes de crimes sexuels);

- préserver la vie privée des personnes concernées dans le processus criminel (par exemple, l'accusé et sa famille de même que les victimes, les témoins et leurs familles);

- accroître au maximum les chances de réadaptation des «jeunes contrevenants»;

- inciter les gens à signaler les infractions de nature sexuelle;

- épargner à l'État, à l'accusé, aux victimes et aux témoins les coûts sur les plans financier et émotif des solutions de rechange aux ordonnances de non-publication (par exemple retarder le procès, en changer le lieu et faire des récusations motivées des jurés);

- maintenir la sécurité nationale.

On devrait également reconnaître que ne pas rendre une ordonnance de non-publication peut:

- accroître au maximum les chances que des individus porteurs de renseignements pertinents prennent connaissance de l'affaire et communiquent de nouveaux renseignements;

- éviter le parjure en soumettant les témoins à l'examen public.

- empêcher toute action préjudiciable par l'État ou les tribunaux en assujettissant le processus de justice criminelle à l'examen public;

- diminuer le crime au moyen de sa désapprobation publique;

- promouvoir la discussion en public de questions importantes.

Il s'agit là de listes indicatives et non exhaustives des motifs qui jouent pour ou contre les interdictions. Elles visent simplement à démontrer la portée des questions qui méritent d'être analysées, mais qui ne figurent que rarement dans l'analyse

particular publication bans. These concerns have a place in each step of the analysis required under the common law rule outlined above — they are relevant to the initial consideration of whether a ban is necessary to safeguard the fairness of a trial, to the question of whether reasonable alternatives are available, and to the issue of the balance struck between the salutary and deleterious effects of a publication ban.

(ii) *The Efficacy of Some Publication Bans*

There are several reasons to be concerned about the efficacy of some publication bans (i.e., bans aimed at preventing the jury from being influenced by information gathered outside the criminal proceedings).

To begin, I doubt that jurors are always adversely influenced by publications. There is no data available on this issue. However, common sense dictates that in some cases jurors may be adversely affected. Assuming this, I nevertheless believe that jurors are capable of following instructions from trial judges and ignoring information not presented to them in the course of the criminal proceedings. As Lord Taylor C.J. wrote in *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.), at p. 978:

In determining whether publication of matter would cause a substantial risk of prejudice to a future trial, a court should credit the jury with the will and ability to abide by the judge's direction to decide the case only on the evidence before them.

This Court has also made some strong statements about the reliability of juries. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, Dickson C.J. wrote (at pp. 692-93):

The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often

de la justification d'ordonnances de non-publication données. Ces considérations entrent en jeu à chaque étape de l'analyse requise par la règle de common law énoncée précédemment — elles sont pertinentes quant à la première question, soit celle de savoir si l'interdiction est nécessaire pour protéger l'équité d'un procès, puis quant à savoir s'il existe d'autres solutions raisonnables et enfin, quant à la question de l'équilibre entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une interdiction de publication.

(ii) *L'efficacité de certaines interdictions de publication*

Il y a plusieurs raisons de douter de l'efficacité de certaines interdictions de publication (celles qui visent à soustraire le jury à l'influence des renseignements obtenus à l'extérieur des procédures criminelles).

Pour commencer, je doute que les jurés soient toujours défavorablement influencés par les publications. Il n'existe aucune donnée sur cette question. Toutefois, le bon sens nous force à croire que, dans certains cas, des jurés peuvent être défavorablement influencés. Malgré cela, les jurés sont, à mon avis, capables de suivre les directives du juge du procès et de faire abstraction de l'information qui ne leur est pas présentée dans le cadre des procédures criminelles. Comme le juge en chef Taylor l'a écrit dans *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.), à la p. 978:

[TRADUCTION] Lorsqu'il doit déterminer si la publication risque fort de porter préjudice à un procès futur, le tribunal devrait prêter au jury la volonté et la capacité d'obéir aux directives du juge pour trancher une affaire sur le seul fondement de la preuve qui lui est présentée.

Notre Cour s'est également exprimée sur la fiabilité des jurys. Dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, le juge en chef Dickson a écrit, aux pp. 692 et 693:

Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le

long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. . . .

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them. The ramifications of any such statement could be enormous. Moreover, the fundamental right to a jury trial has recently been underscored by s. 11(f) of the *Charter*. If that right is so important, it is logically incoherent to hold that juries are incapable of following the explicit instructions of a judge. [Emphasis in original.]

Corbett was about the issue of whether evidence of prior convictions could be presented to the jury given that such evidence has both proper and improper uses. The case at bar is, in part, about the issue of whether juries are irremediably adversely influenced by publications. However, the difference of issue is irrelevant here. What matters is that this Court has strongly endorsed the ability of a jury to follow the explicit instructions of a judge. This endorsement surely applies as much to the instruction to ignore all information not presented in the course of the criminal proceedings as it applies to the instruction to use evidence of prior convictions for one purpose and not another. I am comforted in my extension of *Corbett* to the case at bar by *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, at pp. 993-94, in which La Forest J. wrote in the context of the impact of publicity that "[t]his Court has recently had occasion to underline the confidence that may be had in the ability of a jury to disabuse itself of information that it is not entitled to consider; see *R. v. Corbett*".

These observations are particularly apt in a case, such as this, in which the publication ban relates to identifiable and finite sources of pre-trial publicity.

juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi . . .

^a Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d'un droit criminel de plus en plus compliqué et subtil. Mais tant que le législateur n'aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s'abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d'accomplir la tâche qui leur est assignée. Toute expression de doute de ce genre risquerait d'avoir des conséquences incalculables. De plus, le droit fondamental à un procès avec jury a été souligné récemment par l'al. 11f) de la *Charte*. Or, si ce droit revêt une telle importance, il est tout à fait illogique de conclure que les jurys sont incapables de suivre les directives explicites d'un juge. [Souligné dans l'original.]

L'affaire *Corbett* soulevait la question de savoir si la preuve de déclarations antérieures de culpabilité pouvait être présentée au jury étant donné qu'il peut en être fait bon ou mauvais usage. La présente affaire vise en partie à déterminer si les jurys sont, de façon irrémédiable, défavorablement influencés par les publications. Toutefois, le fait que les questions ne soient pas les mêmes est sans pertinence en l'espèce. Ce qui compte, c'est que notre Cour a nettement confirmé la capacité des jurés de suivre les directives explicites d'un juge. Cette confirmation s'applique certainement tant à la directive de ne pas tenir compte de toute information qui ne leur est pas soumise dans le cadre des procédures criminelles qu'à celle d'utiliser la preuve de déclarations antérieures de culpabilité à une fin et non à une autre. Je me fonde, pour appliquer l'arrêt *Corbett* à la présente affaire, sur *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, où, aux pp. 993 et 994, le juge La Forest a écrit dans le contexte des répercussions de la publicité que «[c]ette Cour a eu récemment l'occasion de souligner la confiance qu'on peut avoir dans la capacité d'un jury de se dégager de l'information qu'il n'a pas le droit de prendre en considération; voir *R. c. Corbett*».

Ces observations sont particulièrement justes lorsque, comme en l'espèce, l'interdiction de publication se rapporte à des sources identifiables

More problematic is the situation in which there is a period of sustained pre-trial publicity concerning matters that will be the subject of the trial. In such circumstances, the effect of instructions is considerably lessened. Impressions may be created in the minds of the jury that cannot be consciously dispelled. The jury may at the end of the day be unable to separate the evidence in court from information that was implanted by a steady stream of publicity.

It should also be noted that recent technological advances have brought with them considerable difficulties for those who seek to enforce bans. The efficacy of bans has been reduced by the growth of interprovincial and international television and radio broadcasts available through cable television, satellite dishes, and shortwave radios. It has also been reduced by the advent of information exchanges available through computer networks. In this global electronic age, meaningfully restricting the flow of information is becoming increasingly difficult. Therefore, the actual effect of bans on jury impartiality is substantially diminishing.

These concerns about the efficacy of some publication bans fit into the analytical approach under the common law rule outlined previously at several stages, since it is necessary to consider how efficacious a publication ban will be before deciding whether a ban is necessary, whether alternative measures would be equally successful at controlling the risk of trial unfairness, and whether the salutary effects of the ban are outweighed by its negative impact on freedom of expression.

If any adverse influence of a publication on jurors can be remedied by means short of banning the publication, then it might well be argued that there is no rational connection between the publication ban and the objective of preventing the jury from being adversely influenced by information other than that presented in evidence during the trial. In such a case, it could not be asserted that a

et définies d'une publicité antérieure au procès. Lorsque le procès est précédé d'une période intense de publicité relativement à des questions qui feront l'objet du procès, la situation est plus problématique. L'impact des directives est alors considérablement atténué. La publicité peut créer, dans l'esprit du jury, des impressions qui ne peuvent être consciemment dissipées. Le jury risque en fin de compte d'être incapable de distinguer la preuve entendue au procès de l'information implantée par un déversement continu de publicité.

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

Ces questions sur l'efficacité de certaines interdictions de publication relèvent, dans la méthode analytique effectuée en vertu de la règle de common law exposée précédemment, de plusieurs volets, puisque, avant de se prononcer sur la nécessité d'une interdiction de publication, il faut vérifier si elle sera efficace, si d'autres mesures arriveraient tout aussi bien à réprimer le risque que le procès soit inéquitable et si les effets bénéfiques de l'interdiction l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression.

S'il est possible d'éviter toute influence défavorable d'une publication sur les jurés par des moyens autres que l'interdiction, on pourrait très bien soutenir qu'il n'existe aucun lien rationnel entre l'ordonnance de non-publication et l'objectif qui consiste à soustraire le jury à l'influence défavorable des renseignements autres que ceux qui sont produits en preuve au cours du procès. Dans

ban was necessary to protect the fairness of the trial. I should note, however, that although it is possible that a publication ban will have a total absence of influence on the fairness of the trial, such cases will be rare. As a result, one will generally have to go further and consider the availability of reasonable alternative measures when assessing whether, in a given case, a publication ban was necessary.

If the actual beneficial effects of publication bans are limited, then it might well be argued in some cases that the negative impact the ban has on freedom of expression outweighs its useful effects. The analysis that is required at this stage of the application of the common law rule is very similar to the third part of the second branch of the analysis required under s. 1 of the *Charter*, as set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. As Dickson C.J. stated in *Oakes* (at p. 140), “[e]ven if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve”. In many instances, the imposition of a measure will result in the full, or nearly full, realization of the legislative objective. In these situations, the third step of the proportionality test calls for an examination of the balance that has been struck between the objective in question and the deleterious effects on constitutionally protected rights arising from the means that have been employed to achieve this objective. At other times, however, the measure at issue, while rationally connected to an important objective, will result in only the partial achievement of this object. In such cases, I believe that the third step of the second branch of the *Oakes* test requires both that the underlying objective of a measure and the salutary effects that actually result from its implementation be proportional to the deleterious effects the measure has on fundamental rights and freedoms. A legislative objective may be pressing and substantial, the means chosen may be rationally connected to that objective, and less rights-impairing alternatives may not be available.

un tel cas, on ne saurait affirmer que l’interdiction était nécessaire pour protéger l’équité du procès. Je devrais signaler toutefois que, bien qu’il puisse arriver que l’ordonnance de non-publication ait une absence totale d’influence sur l’équité du procès, cela se produira rarement. En conséquence, il faudra en général pousser l’analyse plus loin et considérer l’existence d’autres mesures raisonnables pour déterminer si, dans un cas donné, une ordonnance de non-publication était nécessaire.

Si les effets bénéfiques réels des interdictions de publication sont limités, on peut très bien soutenir dans certains cas que les conséquences négatives de l’interdiction sur la liberté d’expression excèdent ses effets utiles. L’analyse, à cette étape de l’application de la règle de common law, ressemble beaucoup à la troisième partie du second volet de l’analyse requise dans le cadre de l’article premier de la *Charte*, énoncé par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ainsi que l’a affirmé le juge en chef Dickson dans cet arrêt (à la p. 140), «[m]ême si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu’en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu’elle est destinée à servir». Il arrive fréquemment qu’une mesure permette d’atteindre pleinement ou presque un objectif législatif. La troisième étape du critère de proportionnalité exige alors l’examen de l’équilibre qui a été atteint entre l’objectif en question et les effets préjudiciables que subissent des droits protégés par la Constitution du fait des moyens utilisés pour atteindre cet objectif. Il arrive par contre à l’occasion que, bien qu’elle ait un lien rationnel avec un objectif important, la mesure en question ne permette d’atteindre cet objectif que partiellement. Dans ce cas, j’estime que la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* nécessite que l’objectif qui sous-tend la mesure et les effets bénéfiques qui résultent en fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux. Un objectif législatif peut être urgent et réel, le moyen choisi peut avoir un lien rationnel avec cet objectif, et il se

Nonetheless, even if the importance of the objective itself (when viewed in the abstract) outweighs the deleterious effects on protected rights, it is still possible that the actual salutary effects of the legislation will not be sufficient to justify these negative effects.

While the third step of the *Oakes* proportionality test has often been expressed in terms of the proportionality of the objective to the deleterious effects, this Court has recognized that in appropriate cases it is necessary to measure the actual salutary effects of impugned legislation against its deleterious effects, rather than merely considering the proportionality of the objective itself. For example, in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, Dickson C.J. (who characterized the objective of the impugned *Criminal Code* solicitation provisions as the curtailment of the social nuisance caused by the public display of the sale of sex) applied the third step of the proportionality analysis by considering (at p. 1139) whether “the obtrusiveness linked to the enforcement of the provision, when weighed against the resulting decrease in the social nuisance associated with street solicitation, can be justified in accordance with s. 1” (emphasis added). In the same case, I noted that a factor to be considered in the third part of the second branch of the *Oakes* analysis was the fact that Parliament had taken steps to ensure that the effectiveness of the provision in question would be reviewed three years after its enactment.

Similarly, in *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, Wilson J. (writing for a majority of the Court) was of the view that while the imposition of absolute liability for the offence of having sexual intercourse with a female person under the age of 14 (in what was then s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34) was rationally connected to the pressing and substantial objective of protecting young girls from premature sexual intercourse, the measure nonetheless failed both the second and

peut qu’il n’existe aucune autre mesure portant moins atteinte aux droits. Néanmoins, et bien que l’importance de l’objectif même (lorsqu’il est considéré dans l’abstrait) l’emporte sur les effets préjudiciables sur les droits garantis, il reste possible que les effets bénéfiques réels de la disposition législative ne soient pas suffisants pour justifier ces effets négatifs.

La troisième étape du volet de la proportionnalité du critère *Oakes* a fréquemment été formulée en fonction de la proportionnalité de l’objectif et des effets préjudiciables, mais notre Cour a reconnu que, dans les cas appropriés, il est nécessaire d’apprécier les effets bénéfiques réels de la disposition législative contestée par rapport à ses effets préjudiciables, plutôt que de simplement considérer la proportionnalité de l’objectif lui-même. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge en chef Dickson (qui a qualifié l’objectif des dispositions contestées du *Code criminel* portant sur la sollicitation de restriction de la nuisance publique associée à l’étalage en public de la vente de services sexuels) a appliqué la troisième étape de l’analyse de la proportionnalité en se demandant (à la p. 1139) si «l’intrusion tenant à l’application de la disposition, évaluée par rapport à la diminution qu’elle entraîne de la nuisance sociale associée à la sollicitation de rue, peut se justifier conformément à l’article premier» (je souligne). Dans la même affaire, j’ai signalé que, dans le cadre de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes*, il fallait prendre en considération le fait que le législateur avait pris des dispositions pour que l’efficacité de la disposition en question soit revue trois ans après son adoption.

De même, dans l’arrêt *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, le juge Wilson (au nom de la Cour à la majorité) a exprimé l’opinion que, si l’imposition d’une responsabilité absolue relativement à l’infraction qui consiste à avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de 14 ans (prévue dans ce qui était alors le par. 146(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34) a un lien rationnel avec l’objectif urgent et réel de protéger les jeunes filles contre les rapports sexuels pré-

third parts of the second branch of *Oakes*, since “[t]he potential benefits flowing from the retention of absolute liability are far too speculative to be able to justify a provision that envisages the possibility of life imprisonment for one who is mentally innocent” (p. 926).

In my view, characterizing the third part of the second branch of the *Oakes* test as being concerned solely with the balance between the objective and the deleterious effects of a measure rests on too narrow a conception of proportionality. I believe that even if an objective is of sufficient importance, the first two elements of the proportionality test are satisfied, and the deleterious effects are proportional to the objectives, it is still possible that, because of a lack of proportionality between the deleterious effects and the salutary effects, a measure will not be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. I would, therefore, rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

A similar view of proportionality must inform the common law rule governing publication bans (this is, of course, apparent from the way I have expressed the second part of the rule). This suggests that when a ban has a serious deleterious effect on freedom of expression and has few salutary effects on the fairness of a trial, the ban will not be authorized at common law.

It is also important to recognize, however, that the objective usually underlying such bans — the diminution of the risk that a trial might be tainted by unfairness — is directly related to the accused’s constitutionally protected right to a fair trial. Although, as I noted earlier (at pp. 881-83), it is incorrect to oversimplify the relationship between the right to a fair trial and the right to freedom of

coces, la mesure ne satisfaisait cependant pas aux deuxième et troisième parties du second volet du critère formulé dans *Oakes* puisque «[l]es avantages qui pourraient découler du maintien de la responsabilité absolue sont beaucoup trop hypothétiques pour justifier une disposition qui envisage l’emprisonnement à perpétuité pour celui qui est moralement innocent» (p. 926).

À mon sens, la qualification de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* comme concernant uniquement l’équilibre entre l’objectif et les effets préjudiciables d’une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité. À mon avis, même si un objectif est suffisamment important, même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité et même si les effets préjudiciables sont proportionnels aux objectifs, il demeure possible qu’en raison de l’absence de proportionnalité entre ses effets nuisibles et ses effets bénéfiques, une mesure ne soit pas raisonnable et que sa justification ne puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l’objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques.

La règle de common law qui régit les ordonnances de non-publication doit reposer sur une conception semblable de la proportionnalité (cela ressort évidemment de la façon dont j’ai formulé la seconde partie de la règle). Il en découle que si l’interdiction de publication a des effets préjudiciables graves sur la liberté d’expression et des effets bénéfiques négligeables sur l’équité du procès, elle ne sera pas autorisée en common law.

Cependant, il est également important de reconnaître que l’objectif qui sous-tend habituellement ces interdictions — la diminution du risque que le procès soit entaché d’iniquité — est directement lié au droit à un procès équitable, que la Constitution garantit à l’accusé. Bien que, comme je l’ai remarqué précédemment (aux pp. 881 à 883), il soit incorrect de simplifier à l’excès les rapports

expression by blindly applying the “clash of rights” model, there are times when the rights of the accused will be in direct conflict with the expressive rights of the media. In such cases, I believe it is necessary to apply the common law proportionality analysis in a manner that reflects the fact that two fundamental rights are in jeopardy. That is, it is essential in these circumstances to recognize that the pressing and substantial objective at issue is itself a fundamental right, and that, as such, it is a matter of exceptional importance. This will be of particular significance when considering whether there are reasonable alternative measures available; and when assessing the balance between the salutary and deleterious effects of the ban. When examining alternative measures, it will be important to carefully consider both rights at issue, so as to ensure that any alternative measures that impair free expression to a lesser degree than a publication ban also reasonably protect the right to a fair trial. Similarly, when considering the proportionality of the impact of the ban on free expression to its salutary effects on the fairness of the trial it will be necessary to bear in mind the fundamental importance of trial fairness, both to the accused and to society.

(4) General Guidelines

In order to provide guidance for future cases, I suggest the following general guidelines for practice with respect to the application of the common law rule for publication bans:

- (a) At the motion for the ban, the judge should give the media standing (if sought) according to the rules of criminal procedure and the established common law principles with regard to standing.
- (b) The judge should, where possible, review the publication at issue.
- (c) The party seeking to justify the limitation of a right (in the case of a publication ban, the party seeking to limit freedom of expression) bears the burden of justifying the limitation. The

entre le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d'expression en appliquant aveuglément le modèle du «conflit des droits», il arrive parfois que les droits de l'accusé entrent en conflit direct avec la liberté d'expression des médias. Dans de tels cas, j'estime nécessaire d'appliquer le critère de proportionnalité de la common law d'une manière qui reflète le fait que deux droits fondamentaux sont menacés. C'est qu'il est essentiel dans ces circonstances de reconnaître que l'objectif urgent et réel en question est lui-même un droit fondamental, et que, à ce titre, il revêt une importance exceptionnelle. Et cela sera d'autant plus important à l'étape où l'on doit déterminer s'il existe d'autres mesures raisonnables et juger de l'équilibre entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une interdiction. Dans l'examen d'autres mesures, il sera important de considérer avec soin les deux droits en cause, de manière que toute autre mesure qui porte atteinte à la libre expression à un degré moindre que l'ordonnance de non-publication offre également une protection raisonnable au droit à un procès équitable. De même, dans l'analyse de la proportionnalité des effets de l'interdiction sur la libre expression et de ses effets bénéfiques sur l'équité du procès, il faudra tenir compte de l'importance fondamentale de l'équité du procès, tant pour l'accusé que pour la société en général.

(4) Directives générales

Afin d'offrir une certaine direction dans les affaires à venir, je propose les directives générales suivantes de pratique pour l'application de la règle de common law aux interdictions de publication:

- a) Si une requête en interdiction est présentée, le juge devrait accorder aux médias la qualité pour agir (s'ils la demandent) conformément aux règles de procédure en matière criminelle et aux principes de common law relatifs à la qualité pour agir.
- b) Le juge devrait, dans la mesure du possible, examiner la publication en cause.
- c) C'est à la partie qui cherche à justifier la restriction d'un droit (dans le cas d'une interdiction de publication, la partie qui demande à restreindre la liberté d'expression) qu'incombe la

party claiming under the common law rule that a publication ban is necessary to avoid a real and serious risk to the fairness of the trial is seeking to use the power of the state to achieve this objective. A party who uses the power of the state against others must bear the burden of proving that the use of state power is justified in a free and democratic society. Therefore, the party seeking the ban bears the burden of proving that the proposed ban is necessary, in that it relates to an important objective that cannot be achieved by a reasonably available and effective alternative measure, that the proposed ban is as limited (in scope, time, content, etc.) as possible, and there is a proportionality between the salutary and deleterious effects of the ban. At the same time, the fact that the party seeking the ban may be attempting to safeguard a constitutional right must be borne in mind when determining whether the proportionality test has been satisfied.

- (d) The judge must consider all other options besides the ban and must find that there is no reasonable and effective alternative available.
- (e) The judge must consider all possible ways to limit the ban and must limit the ban as much as possible; and
- (f) The judge must weigh the importance of the objectives of the particular ban and its probable effects against the importance of the particular expression that will be limited to ensure that the positive and negative effects of the ban are proportionate.

IV. Disposition

On the jurisdictional issue, I find that Gotlib J. had jurisdiction to hear a motion from Radford and Dugas. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear an appeal from this order. The Supreme Court of Canada has jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to hear both the appeal of the Court of Appeal decision and an appeal from the order of Gotlib J.

charge de justifier cette restriction. La partie qui fait valoir, en se fondant sur la règle de common law, qu'une interdiction de publication est nécessaire pour écarter le risque réel et grave pour l'équité du procès, cherche à utiliser le pouvoir de l'État pour atteindre cet objectif. C'est à la partie qui utilise le pouvoir de l'État contre d'autres parties que doit incomber la charge de démontrer que l'utilisation de ce pouvoir est justifiée dans une société libre et démocratique. Par conséquent, la partie qui demande l'interdiction doit prouver que l'interdiction proposée est nécessaire parce qu'elle vise un objectif important qui ne peut être atteint par d'autres mesures raisonnables et efficaces, que l'interdiction proposée est aussi limitée (en portée, en durée, en contenu, etc.) que possible et qu'il y a proportionnalité entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables. De même, pour déterminer si le critère de proportionnalité est respecté, il faut tenir compte du fait que la partie qui tente d'obtenir l'interdiction puisse chercher à protéger un droit constitutionnel.

- d) Le juge doit examiner toutes les options autres que l'interdiction et doit conclure qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et efficace.
- e) Le juge doit considérer tous les moyens possibles de circonscrire l'interdiction et la restreindre autant que possible;
- f) Le juge doit comparer l'importance des objectifs de l'interdiction et ses effets probables avec celle de l'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que ses effets positifs et négatifs soient proportionnels.

IV. Dispositif

Pour ce qui est de la compétence, je suis d'avis que le juge Gotlib avait compétence pour entendre la requête de Radford et de Dugas. Quant à la Cour d'appel, elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel de cette ordonnance. La Cour suprême du Canada a compétence en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre tant l'appel de la décision de la Cour d'appel que l'appel contre l'ordonnance rendue par le juge Gotlib.

On the publication ban issue, I find that the Court of Appeal erred in hearing the appeal. Accordingly, I set aside the order of the Court of Appeal. I also find that the terms of the ban ordered by Gotlib J. cannot be justified by the common law rule governing the issuance of publication bans. She thereby committed an error of law. Accordingly, I set aside her order.

The appeal is allowed.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — Like Justice L'Heureux-Dubé, I respectfully do not agree that there is a direct appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, from Gotlib J.'s decision. On the basis of the reasoning in support of such an appeal, I fear applications for leave from any number of interlocutory rulings in criminal proceedings could be made to this Court. This is not to say that the appellants have no remedy. Apart from declaratory actions (which may be the most appropriate remedy here), a remedy might well be available by virtue of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* even against a decision of a superior court judge; see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588. Since a decision made under that provision is not otherwise open to appeal, it is a final order within the meaning of s. 40 of the *Supreme Court Act*, and so open to appeal, with leave, to this Court (see my reasons in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53). This specific point did not arise in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; indeed I there specifically referred to the possibility that an appeal might lie to this Court (p. 978).

I should say that I do not think Gotlib J.'s decision is immune from *Charter* scrutiny by reason of the fact that it is a court order. This case is distinguishable from *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. The order here, unlike

Quant à la question de l'interdiction de publication, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en entendant l'appel. J'annule donc son ordonnance. Je conclus également que les modalités dont le juge Gotlib a assorti l'ordonnance ne peuvent être justifiées par la règle de common law qui régit la délivrance d'interdictions de publication. Elle a ainsi commis une erreur de droit. Par conséquent, j'annule son ordonnance.

Le pourvoi est accueilli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — À l'instar du juge L'Heureux-Dubé, en toute déférence, je ne souscris pas à l'opinion selon laquelle il existe un droit d'appel direct à notre Cour de la décision du juge Gotlib, en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Suivant le raisonnement qui sous-tendrait un tel droit d'appel, je crains qu'il ne soit possible de présenter à notre Cour des demandes d'autorisation d'appel d'un grand nombre de décisions interlocutoires en matière criminelle. Cela ne veut pas dire que les appelants n'ont aucun recours. Outre les actions déclaratoires (ce qui est peut-être le recours approprié en l'espèce), il pourrait y avoir un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, même contre une décision d'un juge d'une cour supérieure; voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588. Puisqu'une décision rendue en vertu de cette disposition ne donne par ailleurs pas droit d'appel, il s'agit d'une ordonnance définitive au sens de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, et elle peut donc faire l'objet d'un appel, après autorisation, devant notre Cour (voir mes motifs dans *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53). Cette question particulière n'était pas soulevée dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; en effet j'ai fait expressément mention de la possibilité qu'un appel puisse être interjeté devant notre Cour (p. 978).

Je ne crois pas que la décision du juge Gotlib soit à l'abri de toute analyse fondée sur la *Charte* parce qu'il s'agit d'une ordonnance judiciaire. La présente affaire se distingue de *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. En l'espèce,

Dolphin Delivery, is one exercised pursuant to a discretionary power directed at a governmental purpose, i.e., ensuring a fair trial. It is not the invocation of the law by a private individual. It is a by-product, in this case having effect outside the criminal process, of the institution by the Crown of criminal proceedings. The fact that the rule under which it was made was judicially created does not matter. The making of such laws emanates from the role historically assigned to the Queen's judges. They were exercising powers flowing from the sovereign as the fountain of justice. The *Charter* applies to common law as well as to statutes. The effect of the order here was the infringement of the appellants' *Charter* right to freedom of expression to serve a governmental purpose and is in consequence subject to *Charter* scrutiny. I find Justice McLachlin's comments on this issue particularly helpful.

I do not think any other appeal route is open to the appellants. In particular, the proposal advanced by McLachlin J. that s. 24(1) of the *Charter* can itself be used to create a right of appeal is, in my view, inconsistent with the policy thrust in *Mills*. As well, I agree with the Chief Justice that civil appeal procedures are unavailable and that *certiorari* would not lie under the circumstances of this case. The situation in *Kourteassis* where I contemplated the extension of *certiorari* to cover the situation there was entirely different from the one arising here; see my reasons in that case, at pp. 90-92.

I should say, however, that I am concerned with the Chief Justice's *obiter* remarks concerning *certiorari*. I think what is called for is a discretionary form of review, so as to avoid undue interference with the trial process. Unless the discretion to issue *certiorari* as the Chief Justice would expand it is exercised in a restrained manner, it, along with the appeals from it, might delay or otherwise seriously interfere with criminal proceedings. Should this

contrairement à l'affaire *Dolphin Delivery*, l'ordonnance est rendue conformément à un pouvoir discrétionnaire qui vise un objectif gouvernemental, celui de garantir la tenue d'un procès équitable. Elle ne découle pas du fait qu'un particulier invoque la loi. Elle est un sous-produit, lequel en l'espèce se répercute à l'extérieur du processus criminel, de procédures entamées au criminel par le ministère public. Le fait que la règle en vertu de laquelle elle a été rendue est d'origine prétorienne n'importe pas. L'élaboration de telles lois procède du rôle historiquement attribué aux juges nommés par la Reine. Ceux-ci exerçaient des pouvoirs découlant du souverain à titre de source de la justice. La *Charte* s'applique à la common law tout autant qu'aux lois. L'ordonnance rendue en l'espèce a eu pour effet de porter atteinte, pour servir un objectif gouvernemental, à la liberté d'expression que la *Charte* garantit aux appelants; elle doit donc être analysée au regard de la *Charte*. J'estime que les commentaires du juge McLachlin sur cette question sont particulièrement utiles.

Je ne crois pas que les appelants disposent de quelque autre moyen d'appel. En particulier, la proposition du juge McLachlin portant qu'il est permis de recourir au par. 24(1) de la *Charte* lui-même pour créer un droit d'appel est, à mon avis, inconciliable avec le fondement de l'arrêt *Mills*. De plus, je conviens avec le Juge en chef qu'il ne peut être interjeté appel au civil et que, dans les circonstances de l'espèce, on ne pourrait demander un bref de *certiorari*. Dans *Kourteassis*, où j'ai envisagé l'élargissement du *certiorari* pour couvrir la situation dans cette affaire, les faits étaient entièrement différents de ceux qui se posent en l'espèce; voir mes motifs dans cet arrêt aux pp. 90 à 92.

Je devrais toutefois ajouter que j'ai des réserves quant aux remarques incidentes du Juge en chef sur le *certiorari*. À mon avis, ce dont nous avons besoin, c'est d'une forme discrétionnaire de contrôle, de façon à éviter toute entrave déraisonnable au procès. Si le pouvoir discrétionnaire de délivrer un *certiorari* tel que le Juge en chef l'élargirait n'est pas exercé avec circonspection, il risque, de même que les appels en découlant, de retarder ou

expansion of *certiorari* jurisdiction be permitted, discretion to exercise it should be restrained in the manner I have indicated in *Kourtessis*, at p. 92. It might, in fact, be as well to simply leave the appellants the right to apply to a superior court judge for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. That remedy is itself discretionary. As I see it, it is akin to a court's discretionary power to grant a declaration and should be exercised with similar restraints; see the discussion of the nature of the discretion to be exercised in relation to declaratory actions in *Kourtessis*, at pp. 86-87.

I reiterate the Chief Justice's hope that Parliament will provide for an appeal from publication bans to the provincial courts of appeal, though I think an appeal with leave would be better suited to the task. It will be evident from what I have earlier said that I share the concerns of L'Heureux-Dubé J. about the dangers of delay and interference with the trial process that could result from uncontrolled access to judicial review or appeal of interlocutory orders in criminal proceedings.

Given my view on jurisdiction, I would not ordinarily say anything about the merits. In light of the disposition of this case by the Court, however, I will make the following comments. I am in agreement with the Chief Justice that the common law rule did not give sufficient protection to freedom of expression. I am also in substantial agreement with the list of factors he gives that should be considered by a judge in determining whether a ban should issue. I would, however, add another factor that should be weighed in determining whether a ban should issue — the extent to which a ban could disrupt the trial, particularly by creating the risk that the trial would not take place within a reasonable time.

I would dismiss the appeal.

d'entraver sérieusement les procédures criminelles. Si cet élargissement de la compétence en matière de *certiorari* est permis, le pouvoir discrétionnaire de l'exercer devrait être restreint de la manière que j'ai indiquée dans *Kourtessis*, à la p. 92. Il se peut en fait qu'il soit préférable de laisser simplement aux appelants le droit de demander une réparation à un juge d'une cour supérieure en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette réparation est elle-même discrétionnaire. À mon sens, elle s'apparente au pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de prononcer un jugement déclaratoire et devrait être assujettie aux mêmes restrictions; voir l'analyse de la nature du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé relativement aux actions en jugement déclaratoire dans *Kourtessis*, aux pp. 86 et 87.

d Tout comme le Juge en chef, j'espère que le législateur instituera un appel à l'encontre des interdictions de publication devant les cours d'appel provinciales, bien qu'à mon avis un appel avec autorisation conviendrait mieux à la situation. Il ressort de ce que j'ai dit précédemment que je partage les préoccupations du juge L'Heureux-Dubé quant au risque qu'un accès illimité à un contrôle judiciaire ou à un appel d'ordonnances interlocutoires dans les procédures criminelles ne retarde ou n'entrave le procès.

Étant donné mon opinion sur la question de la compétence, je ne dirais ordinairement rien sur le fond. Toutefois, compte tenu de la façon dont la Cour tranche le pourvoi, je ferai les commentaires suivants. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la règle de common law n'offrait pas suffisamment de protection à la liberté d'expression. Je souscris pour l'essentiel à la liste de facteurs qu'il énumère et qu'un juge devrait considérer pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner l'interdiction. J'y ajouterais toutefois un autre facteur, soit la mesure dans laquelle une interdiction est susceptible de perturber le procès, particulièrement par rapport au risque que celui-ci ne se déroule pas dans un délai raisonnable.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case and the companion case of *R. v. S. (T.)*, [1994] 3 S.C.R. 952, in which judgment is handed down contemporaneously with this one, concern third party challenges to publication bans issued during criminal proceedings. Both cases raise similar procedural and substantive issues.

In the case before us, the appellants are challenging an interlocutory publication ban issued by Gotlib J. of the Ontario Court (General Division) and upheld with several modifications by the Ontario Court of Appeal. The impugned publication ban prevented the Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") from broadcasting a four-hour mini-series entitled *The Boys of St. Vincent* until after the completion of the criminal trials of the respondents, Dagenais, Monette, Dugas and Radford.

This appeal raises two principal issues, the first procedural and the second substantive. The procedural issue concerns whether or not this Court has the jurisdiction to hear this appeal. This requires a determination of whether third parties, such as the CBC, have the right to appeal interlocutory court orders, such as publication bans, arising out of criminal proceedings. The substantive issue concerns the merits of the appellants' challenge of the impugned publication ban on the grounds that it infringes s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Furthermore, both issues require this Court to consider whether or not the *Charter* applies to court orders.

Before proceeding with an analysis of these issues, it is important to note that the jurisdictional question raised in this case and in the companion case of *R. v. S. (T.)* has broad implications. While on a narrow reading it deals only with the question of whether or not third parties can appeal publication bans issued in the criminal context, in effect it has broad implications with respect to third party appeals from all interlocutory criminal orders. If

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Ce pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*, [1994] 3 R.C.S. 952, dont les jugements ont été rendus concurremment, concernent la contestation par un tiers de l'ordonnance de non-publication prononcée au cours d'une instance criminelle. Des questions semblables de procédure et de fond y sont soulevées.

Dans la présente instance, les appelants contestent l'ordonnance interlocutoire de non-publication rendue par le juge Gotlib de la Cour de l'Ontario (Division générale), confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario qui y a apporté plusieurs modifications. Cette interdiction a empêché le réseau anglais de la Société Radio-Canada («SRC») de diffuser la mini-série de quatre heures intitulée *The Boys of St. Vincent* (*Les garçons de Saint-Vincent*) avant la fin des procès criminels des intimés Dagenais, Monette, Dugas et Radford.

Le pourvoi soulève deux questions principales, l'une de procédure et l'autre de fond. Du point de vue procédural, il s'agit de savoir si notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi. À cette fin, il s'agit de déterminer si, dans le cadre de procédures criminelles, un tiers, telle la SRC, a un droit d'appel contre une ordonnance interlocutoire prononcée par un tribunal, et plus particulièrement contre une ordonnance de non-publication. La question de fond porte sur le bien-fondé de la contestation par les appelants de l'ordonnance de non-publication en cause pour le motif qu'elle porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour répondre à ces deux questions, notre Cour doit également déterminer si la *Charte* s'applique aux ordonnances judiciaires.

Avant d'analyser ces questions, il importe de signaler que la question de compétence soulevée ici ainsi que dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*, a des conséquences beaucoup plus importantes. Si, strictement, elle ne pose que la question restreinte de savoir si un tiers peut en appeler d'une ordonnance de non-publication prononcée dans un contexte criminel, elle a en fait de vastes répercussions relativement à l'appel de tiers contre toute ordon-

the media can appeal a publication ban issued in the criminal context then every third party, including witnesses, experts, members of the public who are expelled from the courts, lawyers, etc., will be able to appeal any interlocutory order issued in the criminal context which they believe infringes their *Charter* rights. Such a broad interlocutory right of appeal will result in significant delay to the trial process, will adversely impact upon the accused's *Charter* right to be tried within a reasonable time and will adversely affect the administration of justice. While both the Chief Justice and McLachlin J. argue that these negative consequences may not arise, I do not find their arguments convincing.

First, McLachlin J. argues that delays in the trial process will not necessarily result from allowing third parties to appeal interlocutory court orders issued in the criminal context. However, this is inconsistent with her argument that a third party must have access to a "full and effective remedy" which includes "recourse to an appellate tribunal" where that third party alleges an infringement of its *Charter* rights. In many, if not most cases, a third party appeal from an interlocutory criminal order will only be "effective" if the related criminal proceedings are delayed until the resolution of the appeal. Accordingly, the negative consequences described above seem inevitable.

Similarly, I do not find convincing the Chief Justice's suggestion that there is no need to be concerned that allowing third parties to appeal publication bans issued in the criminal context will open the door to a large number of witnesses appealing interlocutory criminal orders. The Chief Justice states (at p. 862):

The problem for a witness most frequently arises out of a citation for contempt for refusal to tes-

nance interlocutoire en matière criminelle. Si les médias peuvent en appeler d'une ordonnance de non-publication prononcée dans un contexte criminel, alors tous les tiers, dont les témoins, les experts, les membres du public qui seraient exclus de la cour, les avocats, etc., pourraient interjeter appel de toute ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle qui, à leur avis, porte atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*. Un droit d'appel aussi général à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire entraînera des délais importants dans le procès et portera préjudice d'une part, au droit de l'accusé, garanti par la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable et, d'autre part, à l'administration de la justice. Bien que tant le Juge en chef que le juge McLachlin soient d'avis que de telles conséquences négatives n'en découleront pas nécessairement, leurs arguments ne me convainquent pas.

En premier lieu, le juge McLachlin soutient que le fait de permettre aux tiers d'interjeter appel d'ordonnances judiciaires interlocutoires rendues en matière criminelle n'entraînera pas nécessairement de délais dans le procès. Or, cela est incompatible avec sa proposition à l'effet qu'un tiers doit pouvoir avoir recours à une «réparation pleine et efficace» qui comprend un «recours à un tribunal d'appel» lorsque ce tiers allègue une violation des droits que lui garantit la *Charte*. Dans plusieurs, sinon dans tous les cas, l'appel interjeté par un tiers d'une ordonnance interlocutoire en matière criminelle ne sera «efficace» que si l'instance criminelle qui s'y rapporte est remise jusqu'à ce que l'appel soit décidé. Par conséquent, les conséquences négatives que je viens de décrire semblent inévitables.

Dans le même ordre d'idées, je trouve peu convaincante la suggestion du Juge en chef qu'il n'y a pas lieu de craindre que le fait de permettre aux tiers d'interjeter appel d'ordonnances de non-publication prononcées dans un contexte criminel suscitera un grand nombre d'appels d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle interjetés par des témoins. Le Juge en chef observe (à la p. 862):

La plupart du temps, le problème qui se pose pour un témoin découle d'une assignation pour outrage au tribu-

tify. . . [Section] 10 of the *Code* sets out the procedure for bringing a conviction for contempt before a court of appeal. This decision will not change or affect that statutory procedure and right of appeal.

While it is true that witnesses currently have a statutory right of appeal where they are cited for contempt of court, I must emphasize that this right of appeal is only available to the small proportion of witnesses who are actually cited for contempt. If the appellants are permitted to appeal the impugned publication ban in the case at hand, however, a broad third party interlocutory right of appeal, available to all witnesses, will result. This will enable all witnesses, whether or not they are cited for contempt of court, to appeal interlocutory criminal orders which they believe infringe their *Charter* rights.

Accordingly, despite the comments of both the Chief Justice and McLachlin J. to the contrary, I believe that permitting the appellants to appeal the impugned publication ban in the case at hand will enable a large number of third parties to appeal interlocutory criminal orders they would otherwise be unable to appeal, and will therefore have a significant adverse impact on an accused's right to be tried within a reasonable time and on the proper administration of justice.

With this broader context in mind, I turn to the case currently before us. I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues. Unlike the Chief Justice, Gonthier and McLachlin JJ., I do not believe that this Court has the necessary jurisdiction to hear this appeal. In light of this, it is not strictly necessary for me to consider the substantive issue. However, had I found that this Court had jurisdiction to hear this appeal, I would have agreed with Gonthier J., and disagreed with the Chief Justice, McLachlin and La Forest JJ., on the substantive issue. Accordingly, my reasons will focus on the jurisdictional question.

nal pour refus de témoigner. [. . .] [L'article] 10 du *Code* fixe la procédure à suivre pour interjeter appel d'une déclaration de culpabilité à cet égard. La décision en l'espèce ne modifiera en rien cette procédure et ce droit d'appel prévus par la loi.

Bien qu'il soit exact que les témoins ont, à l'heure actuelle, un droit d'appel prévu par la loi lorsqu'ils sont assignés pour outrage au tribunal, je dois souligner que seule une faible proportion des témoins qui sont effectivement assignés pour outrage au tribunal peuvent se prévaloir de ce droit d'appel. Toutefois, si les appelants sont autorisés à interjeter appel de l'ordonnance de non-publication contestée en l'espèce, il en résultera un large droit d'appel en matière interlocutoire de la part de tiers pour tous les témoins. Tous les témoins pourront ainsi, qu'ils soient ou non assignés pour outrage au tribunal, en appeler d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle qui, à leur avis, enfreignent les droits que leur garantit la *Charte*.

Ainsi, malgré les propos à l'effet contraire du Juge en chef et du juge McLachlin, je suis d'avis que le fait d'autoriser les appelants à interjeter appel de l'ordonnance de non-publication contestée ici permettra à un grand nombre de tiers d'interjeter appel d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle desquelles ils ne pourraient autrement en appeler, ce qui aura pour effet de porter préjudice au droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable et de nuire à une saine administration de la justice.

C'est en gardant à l'esprit ce contexte plus général que j'examinerai l'affaire qui est devant nous. J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues. Contrairement au Juge en chef et aux juges Gonthier et McLachlin, je crois que notre Cour n'a pas la compétence nécessaire pour entendre ce pourvoi. Il n'est pas, par conséquent, absolument essentiel que j'examine la question de fond. Cependant, si j'en étais venue à la conclusion que notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi, j'aurais souscrit aux motifs du juge Gonthier et j'aurais été en désaccord avec ceux du Juge en chef et des juges McLachlin et La Forest sur la question de fond. Aussi, mes motifs porteront-ils principalement sur la question de compétence.

I. Jurisdiction

In concluding that the appellants have a right to appeal in the case at hand, the Chief Justice and McLachlin J. appear to rely on the axiom "where there is a right, there is a remedy". While this axiom may not be absolute, I agree that when a person alleges a wrong, be it a constitutional wrong, a civil wrong or a criminal wrong, she is entitled in our free and democratic society to submit her case to a forum in order to try to obtain redress. This is the basis upon which our judicial system is premised. The fact that a person has standing and is permitted to appear and be heard before a court of law or any other judicial forum, as was the case here, is the first step in the process of providing a remedy for an alleged wrong. The second step is the rendering of a decision by a court of law or other judicial forum. Together, these two steps constitute a remedy. Whether the decision is affirmative or negative does not alter the fact that there was access to a remedy.

In the present case, had the CBC been successful before Gotlib J. in avoiding a publication ban, the CBC would have had their remedy. The fact that they were not successful does not alter the fact that they had access to a remedy. Thus, the axiom "where there is a right, there is a remedy" is satisfied. There was a remedy available: the CBC had standing, was heard, and a decision was reached to issue a publication ban despite their arguments to the contrary. Consequently, the jurisdictional question raised by this appeal is not whether the CBC should have access to a remedy, but whether the CBC should have a right to appeal a decision with which they are not satisfied.

In approaching this question, it is important to note that it is distinct and independent from the substantive question concerning freedom of expression and publication bans. While I will find that this Court does not have jurisdiction to hear this appeal, this determination should not be

I. Compétence

Pour conclure, comme ils le font, que les appelants ont le droit d'interjeter appel en l'espèce, le Juge en chef et le juge McLachlin paraissent se fonder sur l'axiome selon lequel «tout droit est assorti d'une réparation». Même si cet axiome n'est pas nécessairement absolu, je conviens que lorsqu'une personne allègue un tort, qu'il soit d'ordre constitutionnel, civil ou criminel, elle a le droit, dans notre société libre et démocratique, de présenter sa cause devant un tribunal pour tenter d'obtenir réparation. C'est là le fondement sur lequel repose tout notre système judiciaire. Le fait qu'une personne ait qualité pour agir et puisse comparaître et être entendue devant une cour de justice ou tout autre forum judiciaire, comme c'est le cas ici, est la première étape du processus qui consiste à pouvoir obtenir réparation pour un tort allégué. La seconde consiste dans le fait pour une cour de justice ou tout autre forum judiciaire de rendre une décision. Réunies, ces deux étapes constituent la réparation. Que la décision soit favorable ou défavorable ne change rien au fait qu'il y a eu accès à un remède.

Si, dans la présente instance, la SRC avait vaincu le juge Gotlib de ne pas rendre l'ordonnance de non-publication, elle aurait obtenu réparation. Le fait qu'elle n'ait pas obtenu gain de cause ne change rien au fait qu'elle a eu accès à un remède. Ainsi, l'axiome suivant lequel «tout droit est assorti d'une réparation» est satisfait. Il y avait un remède disponible: la SRC a obtenu qualité pour agir, elle a été entendue et une décision a été rendue interdisant la publication, nonobstant ses arguments contraires. Par conséquent, la question de compétence soulevée en l'espèce n'est pas de savoir si la SRC devrait avoir accès à un remède, mais bien plutôt si elle devrait avoir le droit d'interjeter appel d'une décision dont elle n'est pas satisfaite.

Cette question, il est important de le noter, est distincte et indépendante de la question de fond touchant la liberté d'expression et les ordonnances de non-publication. Même si j'arrive à la conclusion que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi, cela ne signifie nullement que

understood as calling into question the fundamental importance of freedom of expression. Freedom of expression is, in my view, a fundamental right. Recognition of this fact in Canadian law predates the *Charter*. In *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, Duff C.J. recognized (at p. 133) that:

... it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs ... is the breath of life for parliamentary institutions.

Furthermore, in *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, Rand J. also emphasized (at p. 288) that:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life.

In *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, Rand J. described freedom of political expression as "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence".

Since the proclamation of the *Charter*, freedom of expression has obtained explicit constitutional protection and the courts have reiterated the fundamental importance of this right. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, Cory J. stated (at p. 1336) that it would be "difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression". As well, in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, I wrote at p. 174:

Freedom of expression, like freedom of religion, serves to anchor the very essence of our democratic political and societal structure.

Nonetheless, these and other affirmations of the fundamental importance of freedom of expression do not change the fact that the jurisdictional issue raised by this case concerns the right of appeal, not the right to freedom of expression. The right to freedom of expression is protected by access to an initial remedy. I cannot accept McLachlin J.'s sug-

je remets en cause pour autant l'importance fondamentale de la liberté d'expression. La liberté d'expression constitue à mon avis un droit fondamental. Cette réalité a été reconnue en droit canadien avant même l'avènement de la *Charte*. Dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef Duff écrivait (à la p. 133):

[TRADUCTION] ... il est évident que l'usage de ce droit de libre discussion des affaires publiques [...] est au cœur même de nos institutions parlementaires.

Pour sa part, dans l'arrêt *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, le juge Rand affirmait (à la p. 288):

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie.

Dans l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, le juge Rand a décrit la liberté d'expression politique comme n'étant [TRADUCTION] «pas moins essentielle à l'intelligence et à l'esprit de l'homme que la respiration ne l'est à son existence physique».

Depuis la proclamation de la *Charte*, la liberté d'expression jouit d'une protection constitutionnelle explicite et les tribunaux ont réitéré l'importance fondamentale de ce droit. Dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Cory a affirmé (à la p. 1336) qu'il serait «difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique». Par ailleurs, dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, j'écrivais à la p. 174:

La liberté d'expression, comme la liberté de religion, sert à ancrer l'essence même de la structure politique et sociale de notre démocratie.

Ces déclarations qui, parmi d'autres, affirment l'importance fondamentale de la liberté d'expression, ne changent cependant rien au fait que la question de compétence soulevée en l'espèce porte sur le droit d'appel et non sur le droit à la liberté d'expression. Celui-ci est garanti par la possibilité d'avoir accès à un remède initial. Je ne saurais être

gestion that a "full and effective remedy" for an infringement of freedom of expression "must include recourse to an appellate tribunal". Access to a remedy and the right to appeal the refusal of a remedy are entirely different issues.

In our free and democratic society, a right of appeal is not available in every situation. (See, for example, *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; and *Kourteissis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53.) As Sopinka and Gelowitz noted in *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. vii:

Counsel contemplating an appeal must first ensure that he or she has a right of appeal. This right is purely statutory and each appellate court is governed by the applicable statutes and rules with their own jurisdictional criteria, time limits and appeal routes.

Furthermore, even where a right of appeal is available, it is frequently subject to a requirement of leave to appeal. As a result, the term "right" of appeal is somewhat misleading in that it is not a "right" in the same sense as those provided in the *Charter*. Instead, it is a right which is created by a simple act of the legislature and which can be just as easily eliminated by such an act. La Forest J., with whom I concurred, held as follows in *Kourteissis*, *supra*, at pp. 69-70:

Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided for by the relevant legislature. [Emphasis added.]

As an exception to the principle that a right of appeal must be created by statute, it was recently suggested that a limited common law jurisdictional

d'accord avec les propos du juge McLachlin comme quoi une «réparation pleine et efficace» relativement à une violation du droit à la liberté d'expression «doit comprendre un recours à un tribunal d'appel». Le recours à une réparation et le droit d'en appeler du refus d'accorder une réparation sont deux choses bien différentes.

Dans une société libre et démocratique comme la nôtre, on ne peut se prévaloir d'un droit d'appel dans tous les cas. (Voir, par exemple, *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, et *Kourteissis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53.) Comme Sopinka et Gelowitz l'ont signalé dans *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. vii:

[TRADUCTION] Les avocats qui songent à interjeter appel doivent d'abord vérifier s'ils ont un droit d'appel. Ce droit relève purement des lois et toute cour d'appel est régie par les lois et les règles applicables, assorties de leurs propres critères de compétence, délais et moyens d'appel.

Par ailleurs, même s'il existe, le droit d'appel est fréquemment tributaire d'une demande d'autorisation. Le terme «droit» d'appel est donc quelque peu illusoire puisqu'il ne s'agit pas d'un «droit» au sens où l'entend la *Charte*. Il s'agit plutôt d'un droit créé par le seul acte de la législature, qui peut être tout aussi facilement aboli de la même façon. Le juge La Forest, aux motifs duquel j'ai souscrit, a conclu dans l'arrêt *Kourteissis*, précité, aux pp. 69 et 70:

Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu. [Je souligne.]

À titre d'exception au principe portant qu'un droit d'appel doit être prévu par une loi, on a récemment laissé entendre qu'il existe peut-être en

appeal may be available (see M. Jamal and H. P. Glenn, "Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal" (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 142). However, the jurisdiction of the Ontario Court (General Division) to issue the impugned publication ban is not attacked in the present case. Thus, if there is a right of appeal in the present case, it can only be provided by statute. Neither the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, nor any other applicable statute provides for such a right of appeal. Furthermore, the *Charter* does not confer appellate jurisdiction. Consequently, I conclude that there is no jurisdiction in our Court, nor was there in the Court of Appeal, to entertain this appeal.

Although this is the general basis for my opinion on the jurisdictional question, I will discuss the particulars in more detail in the following order:

1. The *Criminal Code* does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal;
2. The *Supreme Court Act* does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal;
3. Section 24(1) of the *Charter* does not confer appellate jurisdiction; and
4. The *Charter* does not apply to court orders.

I will not discuss *certiorari*, the rules of which are well known and are clearly not applicable in this case, as the Chief Justice himself has noted.

1. *The Criminal Code*

As I have already mentioned, it is well established that a right of appeal exists only if specifically provided by statute. Given the fact that the appeal at issue arises out of criminal proceedings, the logical first place to look for a statutory right of appeal is the *Criminal Code*. No such right of appeal is provided therein. Furthermore, s. 674 of the *Criminal Code* states:

common law un droit d'appel limité en matière de compétence (voir M. Jamal et H. P. Glenn, «Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal» (1994), 73 *R. du B. can.* 142). Cependant, la compétence de la Cour de l'Ontario (Division générale) de rendre l'ordonnance de non-publication contestée n'est pas remise en cause en l'espèce. C'est pourquoi, s'il existe, le droit d'appel dont il est question ici ne peut être prévu que par une loi. Or, ni le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ni la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, ni aucune autre loi applicable ne le prévoient. En outre, la *Charte* ne confère pas de compétence en matière d'appel. Par conséquent, ni la Cour d'appel ni notre Cour ne sont compétentes pour entendre le présent pourvoi.

Bien qu'il s'agisse là de l'assise générale de mon opinion sur la question de compétence, j'en analyserai les composantes de façon plus approfondie dans l'ordre suivant:

1. Le *Code criminel* ne confère pas à notre Cour la compétence pour entendre le pourvoi;
2. La *Loi sur la Cour suprême* ne confère pas à notre Cour la compétence pour entendre le pourvoi;
3. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* ne confère pas de compétence en appel;
4. La *Charte* ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires.

Je n'analyserai pas le bref de *certiorari*, dont les règles sont bien connues et, de toute évidence, sans application en l'espèce, comme le remarque lui-même le Juge en chef.

1. *Le Code criminel*

Comme je l'ai mentionné précédemment, il est bien établi que le droit d'appel n'existe que s'il est explicitement prévu par une loi. Puisque ce pourvoi est né d'une procédure criminelle, il convient logiquement de vérifier dans un premier temps si le *Code criminel* prévoit un droit d'appel. Il n'en est rien. En outre, l'art. 674 du *Code criminel* dispose:

674. No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

I agree with the Chief Justice when he says (at p. 864) that:

... we are dealing here with media challenges to publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority in response to a request for a ban made by the Crown and/or by individuals charged (or at risk of being charged) with criminal offences. Such challenges are criminal matters, not civil ones. [Emphasis added.]

In my view, this appeal therefore qualifies as a proceeding in respect of an indictable offence. Similarly, I note that Bayda C.J.S., writing for the Saskatchewan Court of Appeal in the companion case of *R. v. S. (T.)*, held that:

No one, including the C.B.C., questioned that this appeal was "in proceedings in respect of indictable offences" within the meaning of s. 674.

((1993), 109 Sask. R. 96, at p. 103.)

Accordingly, pursuant to s. 674 of the *Criminal Code*, the appellants are only entitled to challenge the impugned publication ban by way of appeal if such a right is established in the *Criminal Code*, which, as I have already noted, it is not. However, the Chief Justice argues that s. 674 of the *Criminal Code* does not limit the broad jurisdiction conferred upon this Court by s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Furthermore, he asserts that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* provides this Court with the necessary jurisdiction to hear this appeal. I turn now to this argument.

2. Section 40(1) of the Supreme Court Act

Despite the express wording of s. 674 of the *Criminal Code*, the Chief Justice suggests that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* provides this Court with jurisdiction to hear this appeal. As he does in

674. Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

Je suis d'accord avec le Juge en chef lorsqu'il affirme (à la p. 864) que:

... nous sommes ici en présence de contestations par les médias d'ordonnances de non-publication rendues par des juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative en réponse à une demande d'interdiction présentée par le ministère public ou des individus accusés d'actes criminels (ou susceptibles de l'être). Ces contestations sont des affaires criminelles, non des affaires civiles. [Je souligne.]

Le présent pourvoi est donc, à mon avis, une procédure concernant un acte criminel. Je remarque également que le juge en chef Bayda, au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*, a conclu:

[TRADUCTION] Personne, pas même la SRC, n'a mis en doute que le présent appel entre dans le cadre de «procédures concernant des actes criminels» au sens de l'art. 674.

((1993), 109 Sask. R. 96, à la p. 103.)

En conséquence, conformément à l'art. 674 du *Code criminel*, les appelants ne sont autorisés à contester l'ordonnance de non-publication en cause par voie d'appel que si ce droit est prévu au *Code criminel*, ce qui, je le répète, n'est pas le cas. Le Juge en chef soutient, par contre, que l'art. 674 du *Code criminel* ne restreint pas la compétence générale que confère à notre Cour le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Il affirme, en outre, que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* habilite notre Cour à entendre le présent pourvoi, un argument dont je discuterai maintenant.

2. Le paragraphe 40(1) de la Loi sur la Cour suprême

En dépit du libellé explicite de l'art. 674 du *Code criminel*, le Juge en chef soutient que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* confère à notre Cour la compétence pour entendre le pour-

R. v. Laba, [1994] 3 S.C.R. 965, the Chief Justice argues at p. 860 that:

... s. 674 of the *Criminal Code* does not limit our jurisdiction to grant leave in cases such as this under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

In support of this proposition, he relies on cases such as *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (S.C.C.); *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; and *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449. However, as I noted in *Laba*, *supra*, at p. 992:

... while these cases all appear to implicitly hold that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is not limited by s. 674 of the *Criminal Code*, none of these cases explicitly refer, in this respect, to s. 674 of the *Criminal Code* or to its interaction with s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. [Emphasis added.]

Nonetheless, even assuming that s. 674 of the *Criminal Code* does not restrict the scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, this does not mean that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is unlimited in scope. For example, although s. 40(1) of the *Supreme Court Act* has been held to provide this Court with jurisdiction to entertain interlocutory appeals in civil matters (*Bar of the Province of Québec v. Ste-Marie*, [1977] 2 S.C.R. 414), it has not been so interpreted with respect to interlocutory criminal appeals. In fact, *Mills*, *supra*, and *Meltzer*, *supra*, clearly establish that “there should be no interlocutory appeals in criminal matters”. At page 959 of *Mills*, *supra*, McIntyre J. stated:

The question has been raised as to whether there can be something in the nature of an interlocutory appeal in which a claimant for relief under s. 24(1) of the *Charter* may appeal immediately upon a refusal of his claim and before the trial is completed. It has long been a settled principle that all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters. This principle has been reinforced in our Criminal Code (s. 602 [now s. 674], *supra*) prohibiting procedures on appeal beyond those authorized in the Code. It will be observed that interlocutory appeals are not authorized in the Code. [Emphasis added.]

voi. Comme il le fait dans l'arrêt *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, le Juge en chef affirme (à la p. 860):

... l'art. 674 du *Code criminel* ne limite pas notre compétence d'accorder une autorisation en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* dans des cas comme la présente affaire.

À l'appui de cette proposition, il invoque des arrêts tels *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (C.S.C.); *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; et *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449. Toutefois, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Laba*, précité, à la p. 992:

... bien qu'ils paraissent tous conclure implicitement que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* n'est pas limité par l'art. 674 du *Code criminel*, aucun de ces arrêts ne renvoie explicitement, à cet égard, à l'art. 674 du *Code criminel* ou à son interaction avec le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. [Je souligne.]

Néanmoins, même en supposant que l'art. 674 du *Code criminel* ne restreigne pas la portée du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, il ne s'ensuit pas que celle-ci soit illimitée. Ainsi, bien qu'on ait jugé que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* confère à notre Cour compétence pour entendre les appels interlocutoires en matière civile (*Barreau du Québec c. Ste-Marie*, [1977] 2 R.C.S. 414), on ne lui a pas donné la même interprétation quant aux appels interlocutoires en matière criminelle. En fait, les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités, établissent clairement qu'«il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles». À la p. 959 de l'arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a dit:

On a posé la question de savoir s'il peut y avoir quelque chose de la nature d'un appel interlocutoire grâce auquel le requérant en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait, en cas de rejet de sa demande, en appeler immédiatement et avant la fin du procès. Selon un principe bien établi, les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles. Ce principe se trouve renforcé par notre Code criminel (art. 602 [maintenant l'art. 674], précité) qui interdit les procédures d'appel qui ne sont pas autorisées par le Code. Soulignons que celui-ci ne prévoit pas d'appels interlocutoires. [Je souligne.]

Discussing the availability of interlocutory criminal appeals, Sopinka and Gelowitz, *supra*, at p. 78, state that:

It would appear to be settled law that there are no appeals in interlocutory criminal proceedings, as there is no statutory basis for such appeals. . . .

This position was not altered by the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Supreme Court of Canada has held in *Mills v. R.*, and *R. v. Meltzer*, that the *Charter* does not create new rights of appeal. Any *Charter* ground sought to be appealed must, accordingly, be taken pursuant to existing rights of appeal as established in the Code.

Consequently, to the extent that this appeal is from an interlocutory order, permitting it to proceed, as the Chief Justice does, by virtue of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is inconsistent with the jurisprudence of this Court.

This brings me to the issue of whether or not this appeal can be fairly characterized as interlocutory in nature. I begin by noting that the impugned publication ban is clearly an interlocutory order from the point of view of the accused. However, from the point of view of the appellants, this order is, for all intents and purposes, final. In fact, any court order made in a criminal context which affects a third party, including any order directed at witnesses, could likely be characterized as "final" from the point of view of the affected third party. Accordingly, the argument can be made that a third party appeal against such an order would not be precluded by the principle against interlocutory criminal appeals and could therefore proceed by virtue of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. This argument, in my view, cannot succeed.

The focus in criminal proceedings is on the accused and on the determination of guilt or innocence. While a publication ban or any other order affecting a third party issued during a criminal proceeding may be final with respect to that third party, it is interlocutory with respect to the accused. Since the focus in criminal proceedings

Au sujet de la possibilité d'interjeter un appel interlocutoire en matière criminelle, Sopinka et Gelowitz, *op. cit.*, écrivent, à la p. 78:

[TRADUCTION] Il paraît être établi en droit qu'il n'existe aucun droit d'appel d'une décision interlocutoire dans une procédure criminelle, car aucun texte de loi ne le prévoit. . . .

Cette position n'a pas été modifiée par la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême du Canada a conclu dans les arrêts *Mills c. R.* et *R. c. Meltzer*, que la *Charte* ne crée aucun nouveau droit d'appel. Tout appel fondé sur la *Charte* doit par conséquent être interjeté conformément aux droits d'appel existants qui sont énoncés dans le Code.

Par conséquent, dans la mesure où le présent pourvoi a été formé contre une ordonnance interlocutoire, permettre qu'il soit entendu sur le fondement du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, comme le fait le Juge en chef, va à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour.

Ce qui m'amène à la question de savoir si le pourvoi peut être légitimement qualifié d'interlocutoire. Je remarque d'abord que l'interdiction de publication contestée est manifestement interlocutoire du point de vue des accusés. En revanche, du point de vue des appelants, elle est, à toute fin utile, définitive. En fait, toute ordonnance judiciaire rendue dans un contexte criminel et touchant un tiers, notamment toute ordonnance visant des témoins, pourrait vraisemblablement être qualifiée de «définitive» du point de vue du tiers concerné. On pourrait donc soutenir que l'appel interjeté par un tiers contre une telle ordonnance n'est pas prohibé par le principe suivant lequel aucun appel interlocutoire n'est permis en matière criminelle et qu'il peut, par conséquent, être formé en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. À mon avis, cet argument ne saurait être retenu.

Le focus dans une procédure criminelle est l'accusé, soit la détermination de sa culpabilité ou de son innocence. Si l'interdiction de publication ou toute autre ordonnance touchant un tiers, rendue au cours d'une procédure criminelle, peut être définitive quant au tiers, elle est toutefois interlocutoire quant à l'accusé. Puisque, dans les procédures cri-

must remain on the accused, to the extent that the order is interlocutory from the accused's point of view it should not be subject to a third party appeal unless the right to such an appeal is specifically provided by statute.

To hold otherwise would be to ignore the policy behind the principle against interlocutory criminal appeals. Specifically, as I noted in *Laba, supra*, such appeals are not permitted because of the likelihood that they would fragment the criminal trial process and cause potentially lengthy delays: *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262 (Ont. C.A.), at pp. 273-74, and *R. v. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269 (C.A.). These policy reasons are applicable whether the appellant is a party to the criminal proceedings or a third party. In fact, in light of the right of the accused, guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*, to be tried within a reasonable time, these policy concerns are particularly applicable where the appellant is a third party. It is of particular importance that third parties not be permitted to cause an accused's trial to be unreasonably delayed. Furthermore, even if the trial continued while the third party appeal proceeded, as it did in this case, but which will often not be the case, there remains the problem of requiring an accused to defend two cases at the same time, given that the accused will likely have a legitimate interest in both proceedings. This may unduly complicate the accused's criminal defense and should therefore be avoided wherever possible. Finally, I note that if third party interlocutory criminal appeals were permitted, this would result in a strange and unacceptable situation where third parties would benefit from greater appellate rights in criminal proceedings than would the accused whose very liberty hinges on the outcome of the proceedings.

In light of all the above, I conclude that the principle against interlocutory criminal appeals is equally applicable to the accused, the Crown and third parties. Only if a right of appeal is explicitly established by statute should an appeal against an

minelles, l'accent doit demeurer sur l'accusé, dans la mesure où elle est interlocutoire du point de vue de ce dernier, l'ordonnance ne devrait pas être assujettie à l'appel de la part d'un tiers, à moins que le droit à un tel appel ne soit explicitement prévu par une loi.

Conclure autrement reviendrait à ignorer l'objectif qui sous-tend le principe suivant lequel les appels interlocutoires en matière criminelle sont interdits. Plus précisément, comme je l'ai signalé dans l'arrêt *Laba*, précité, ces appels sont prohibés car ils risquent de fragmenter le processus du procès criminel et d'engendrer de longs retards: *R. c. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 41 C.R. (3d) 262 (C.A. Ont.), aux pp. 273 et 274, et *R. c. Cranston* (1983), 60 N.S.R. (2d) 269 (C.A.). Ces raisons de principe valent, que ce soit l'appelant ou un tiers qui soient partie à la procédure criminelle. Compte tenu du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b) de la *Charte*, ces raisons de principe sont en fait d'autant plus pertinentes lorsque l'appelant est un tiers. Il est particulièrement important que les tiers ne soient pas autorisés à retarder déraisonnablement le procès d'un accusé. En outre, même si le procès continuait pendant l'audition de l'appel du tiers, comme ce fut le cas ici, mais qui risque de ne pas l'être souvent, reste le problème d'obliger un accusé à opposer une défense dans deux affaires en même temps, puisqu'il aura vraisemblablement un intérêt légitime dans les deux procédures. La défense de l'accusé dans le procès criminel risquant de s'en trouver indûment compliquée, un tel résultat devrait autant que possible être évité. Enfin, je remarque que, si l'appel interlocutoire d'un tiers était permis en matière criminelle, on se retrouverait devant une situation étrange et inacceptable, où les tiers bénéficieraient, dans les procédures criminelles, de droits d'appel plus étendus que ceux de l'accusé, dont la liberté dépend de l'issue des procédures.

Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que le principe visant à interdire les appels interlocutoires en matière criminelle s'étend à l'accusé, au ministère public et aux tiers. Il ne devrait être permis d'interjeter appel d'une ordonnance interlo-

interlocutory court order arising out of criminal proceedings be permitted to proceed.

Turning now to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, I note that, while it was intended to confer broad appellate jurisdiction on this Court, it was not, in my opinion, intended to override the principle against interlocutory criminal appeals. For such a sweeping interpretation to be given to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* requires, in my opinion, that Parliament use the clearest of language. Section 40(1) of the *Supreme Court Act* does not meet this test. Consequently, just as it has not been interpreted to provide parties to criminal proceedings with an interlocutory right of appeal, it should not be so interpreted with respect to third parties. Accordingly, I find that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal. I leave open, however, the question of whether it provides this Court with jurisdiction to hear a third party appeal from a court order in a criminal context where the order in question is "final" with respect to both the parties to the criminal proceeding and the affected third party.

3. Section 24(1) of the Charter

A final possible source of jurisdiction for this appeal was raised in the companion case of *R. v. S. (T.)*. The appellant in that case suggested that s. 24(1) of the *Charter* provides third parties with a right to appeal publication bans issued in the criminal context. This suggestion appears to have been accepted by McLachlin J. in her reasons in this case. Specifically, McLachlin J. implies that the *Charter* imposes minimal procedural requirements which include "recourse to an appellate tribunal" where a third party is challenging a publication ban on *Charter* grounds. I disagree.

In my view, it is well settled that the *Charter* does not and cannot provide the appellants with a

cutoire rendue par un tribunal dans le cadre d'une procédure criminelle que si ce droit d'appel est explicitement prévu par une loi.

En ce qui concerne le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, je remarque que, bien qu'il ait été destiné à conférer une compétence générale d'appel à notre Cour, il ne devait pas, à mon avis, avoir pour effet de renverser le principe selon lequel les appels interlocutoires en matière criminelle sont interdits. Il faudrait, pour interpréter aussi généreusement le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, que le législateur ait utilisé un libellé beaucoup plus explicite, ce qui n'est pas le cas. En conséquence, tout comme on n'a pas interprété le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* comme accordant aux parties à une procédure criminelle le droit d'interjeter appel d'une ordonnance interlocutoire, on ne devrait pas l'interpréter ainsi relativement aux tiers. Je conclus donc que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* n'autorise pas notre Cour à entendre le présent pourvoi. Je laisse toutefois ouverte la question de savoir s'il habilite notre Cour à entendre l'appel d'un tiers formé contre une ordonnance judiciaire dans un contexte criminel lorsque l'ordonnance en question est «définitive» du point de vue tant des parties à la procédure criminelle que du tiers concerné.

3. Le paragraphe 24(1) de la Charte

Une dernière source possible de compétence a été soulevée dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*. L'appelant dans cette affaire a allégué que le par. 24(1) de la *Charte* procure aux tiers un droit d'interjeter appel d'ordonnances de non-publication prononcées dans un contexte criminel. Cette allévation semble avoir été acceptée par le juge McLachlin dans ses motifs dans le présent pourvoi. De façon plus précise, le juge McLachlin sous-entend que la *Charte* impose des exigences procédurales minimales qui comprennent un «recours à un tribunal d'appel» lorsqu'un tiers conteste une ordonnance de non-publication en se fondant sur la *Charte*. Je ne suis pas d'accord.

À mon avis, il est bien établi que la *Charte* ne confère pas et ne peut conférer de droit d'appel

right of appeal. In *Mills*, *supra*, McIntyre J. stated at pp. 956-57:

As has been said on many occasions, the *Charter* was not enacted in a vacuum. It was created to form a part — a very important part — of the Canadian legal system and, accordingly, must fit into that system. It will be noted at once that s. 24(1) gives no jurisdictional or procedural guide. This absence makes it clear that the procedures presently followed must be adapted and used for the accommodation of applications for relief under s. 24(1). [Emphasis added.]

Later, at p. 958, he repeated:

Again, it must be observed that the *Charter* is silent on the question of appeals and the conclusion must therefore be that the existing appeal structure must be employed in the resolution of s. 24(1) claims. [Emphasis added.]

As I stated at the outset, appeal rights are statutory. In the absence of a statutory right of appeal, this Court has no jurisdiction to hear this appeal. The appellants cannot rely on s. 24(1) of the *Charter* to create appellate jurisdiction. While, as I observed earlier, it has been said on many occasions that for every right there should be a remedy (see, for example, *Mills*, *supra*, at pp. 971-72 (*per* La Forest J.) and at p. 958 (*per* McIntyre J.); and *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196 (*per* Lamer J.)), this does not mean that s. 24(1) can confer appellate jurisdiction where the appellants, as here, had access to a remedy and are unsatisfied with the result. Were this a case where the appellants had no access whatsoever to an initial remedy then s. 24(1) might confer jurisdiction to provide an initial remedy, such as giving the appellants standing to raise the issue. However this is not such a case.

Finally, I find it important to emphasize, once more, that this case concerns an appeal from an interlocutory criminal order. The ability of s. 24(1) to confer appellate jurisdiction with respect to interlocutory criminal appeals was conclusively

aux appelants. Dans l'arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a écrit aux pp. 956 et 957:

Comme il a été souligné à maintes reprises, la *Charte* n'a pas été adoptée dans le vide. Elle a été créée pour former une partie, une partie très importante, du système juridique canadien et, en conséquence, elle doit s'insérer dans ce système. On peut constater immédiatement que le par. 24(1) ne contient pas d'indications relatives à la compétence ou à la procédure. Il découle nettement de cette omission que les procédures présentement suivies doivent être adaptées et appliquées aux demandes de réparation fondées sur le par. 24(1). [Je souligne.]

Plus loin, à la p. 958, il a répété:

Il faut encore souligner que la *Charte* est muette sur la question des appels et on doit donc conclure que c'est le système actuel des appels qui doit servir au règlement de demandes fondées sur le par. 24(1). [Je souligne.]

Comme je l'ai mentionné au départ, le droit d'appel est créé par la loi. En l'absence d'un droit d'appel prévu dans la loi, notre Cour n'est pas compétente pour entendre le pourvoi. Les appelants ne peuvent invoquer le par. 24(1) de la *Charte* pour créer une compétence en matière d'appel. Bien que, comme je l'ai mentionné précédemment, on ait affirmé à maintes reprises que tout droit doit être assorti d'une réparation (voir, par exemple, *Mills*, précité, aux pp. 971 et 972 (le juge La Forest) et à la p. 958 (le juge McIntyre), et *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, à la p. 196 (le juge Lamer)), cela ne signifie pas que le par. 24(1) puisse conférer une compétence en appel lorsque les appelants, comme en l'espèce, ont eu accès à un remède et ne sont pas satisfaits du résultat. Se serait-il agi d'un cas où les appelants n'avaient eu aucune possibilité quelconque de demander une réparation initiale, alors, le par. 24(1) pourrait habiliter la cour à en accorder une, comme celle de donner aux appelants qualité pour soulever la question. Ce n'est toutefois pas notre cause.

Enfin, j'estime important de souligner, de nouveau, que le présent pourvoi porte sur un appel formé contre une ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle. La capacité du par. 24(1) de conférer une compétence d'appel relativement aux

determined in *Mills, supra*, and *Meltzer, supra*. In this respect, I adopt the following comments of Bayda C.J.S. of the Saskatchewan Court of Appeal from his reasons (at p. 104) in the companion case of *R. v. S. (T.)*:

... if the present appeal is properly characterized as in respect of an interlocutory ruling by a trial court judge in the course of a criminal proceeding, then the decisions by the Supreme Court of Canada in *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764 and *Kourtesis* make it clear that the *Charter* component does not vest a court of appeal with any special power to hear an appeal and the right of appeal is governed by the same principles as those which apply to an appeal from any ordinary interlocutory ruling. Those same cases confirm that there is no appeal from an interlocutory ruling made in a criminal proceeding. [Emphasis added.]

Therefore, for all the reasons outlined above, I conclude that s. 24(1) does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal.

4. *The Applicability of the Charter to Court Orders*

McLachlin J. argues in her reasons, apparently with the support of La Forest J., that the *Charter* applies to the impugned publication ban. In my view it does not.

The principle that court orders *per se* are not subject to the *Charter* was first established in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. *Dolphin Delivery* concerned an appeal against an injunction which prevented certain secondary picketing on the grounds that it abridged the *Charter* guarantee of freedom of expression. Factually, it was quite similar to the case at hand in that it involved a private party (a union) challenging a court order on the ground that it was inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*. McIntyre J., writing for the majority, stated at pp. 600-601:

appels interlocutoires en matière criminelle a été décidée de façon définitive dans les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités. À cet égard, je souscris aux commentaires suivants du juge en chef Bayda de la Cour d'appel de la Saskatchewan, tirés de ses motifs (à la p. 104) dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*:

[TRADUCTION] ... si c'est à juste titre que l'on affirme que le présent appel vise une décision interlocutoire rendue par un juge de première instance dans une procédure criminelle, alors les arrêts *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, et *Kourtesis*, de la Cour suprême du Canada, précisent qu'un élément de la *Charte* ne peut attribuer à une cour d'appel un pouvoir spécial de l'entendre; le droit d'appel est alors régi par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à un appel de toute décision interlocutoire ordinaire. Ces mêmes arrêts confirment qu'il n'existe aucun appel d'une décision interlocutoire rendue dans une procédure criminelle. [Je souligne.]

Par conséquent, pour tous les motifs exposés ci-dessus, je conclus que le par. 24(1) ne confère pas à notre Cour compétence pour entendre cet appel.

4. *L'applicabilité de la Charte aux ordonnances judiciaires*

Le juge McLachlin fait valoir dans ses motifs, apparemment avec l'appui du juge La Forest, que la *Charte* s'applique à l'ordonnance de non-publication ici contestée. À mon avis, elle ne s'y applique pas.

Le principe suivant lequel les ordonnances judiciaires ne sont pas comme telles assujetties à la *Charte* a vu le jour dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Dans cette affaire, un appel a été formé contre une injonction interdisant le piquetage secondaire pour le motif qu'elle portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. Les faits étaient très semblables à ceux qui se présentent ici puisqu'ils mettaient en présence une partie privée (un syndicat), qui contestait une ordonnance judiciaire pour le motif qu'elle n'était pas compatible avec l'al. 2b) de la *Charte*. S'exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre a écrit aux pp. 600 et 601:

While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purposes of *Charter* application the order of a court with an element of governmental action. . . . To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the *Charter* would, it seems to me, widen the scope of *Charter* application to virtually all private litigation. All cases must end, if carried to completion, with an enforcement order and if the *Charter* precludes the making of the order, where a *Charter* right would be infringed, it would seem that all private litigation would be subject to the *Charter*. In my view, this approach will not provide the answer to the question. A more direct and more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced must be present before the *Charter* applies. [Emphasis added.]

I considered this Court's decision in *Dolphin Delivery*, *supra*, in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, and noted (at pp. 90-91) that:

. . . *Dolphin Delivery* . . . articulated the principle which established the threshold for judicial review under the *Charter*: the *Charter* applies to the legislative, executive and administrative branches of government but does not apply to judicial orders made in the resolution of private disputes.

The rule in *Dolphin Delivery*, however, does not fully insulate a judge from the *Charter* in all circumstances and does not apply to certain adjudicators. Thus, in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, this Court concluded that a trial judge's conduct in according 19 adjournments and taking 11 months to reach a decision on an application for a directed verdict contravened the *Charter* and specifically the accused's right to be tried within a reasonable time. Furthermore, in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, an order to prevent picketing in front of the court, issued by the court on its own motion, originating in the inherent power of the courts to control their process, and issued without notice to the affected party, was reviewed on *Charter* grounds and found not to violate the *Charter*.

Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. [. . .] Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tous les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordonnance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*. À mon avis, ce point de vue n'apporte pas de réponse à la question. Pour que la *Charte* s'applique, il doit exister un lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite. [Je souligne.]

J'ai examiné la décision de notre Cour dans *Dolphin Delivery*, précité, dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, où j'ai noté (aux pp. 90 et 91) que:

. . . *Dolphin Delivery* [. . .] [a] formulé le principe établissant le seuil du contrôle judiciaire en vertu de la *Charte*: elle s'applique aux branches législative, exécutive et administrative du gouvernement, mais ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires prononcées pour régler des litiges privés.

La règle établie dans l'arrêt *Dolphin Delivery* ne soustrait toutefois pas complètement les juges à la *Charte* en toutes circonstances et ne s'applique pas à certains arbitres. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, notre Cour a conclu que le comportement du juge du procès, qui avait accordé 19 ajournements et laissé écouler 11 mois avant de rendre une décision relativement à une demande de verdict imposé, contrevenait à la *Charte* et, particulièrement, au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. En outre, dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, une ordonnance visant à interdire le piquetage devant le palais de justice, rendue par la cour de son propre chef conformément au pouvoir inhérent des tribunaux de contrôler leur propre procédure et sans avis à la

Finally, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, this Court found that an order of an adjudicator pursuant to the *Canada Labour Code* was subject to *Charter* review, since such an adjudicator, unlike a judge, is a creature of statute who is appointed pursuant to a legislative provision and derives all of his or her powers from statute. These three cases clearly demonstrate that *Dolphin Delivery* does not fully insulate a judge or an adjudicator from the *Charter*. Specifically, these cases demonstrate that the *Charter* applies to certain judicial conduct, to the exercise by the courts of their inherent right to control their process, and to adjudicators under the *Canada Labour Code*. However, this is by no means inconsistent with the holding in *Dolphin Delivery* that court orders *per se* are not subject to the *Charter*. While some judicial activity may be subject to the *Charter*, a court order *per se* is not. In light of the above, I conclude that in the case at hand the impugned publication ban is not subject to the *Charter*.

partie concernée, a été examinée en fonction de la *Charte* et jugée non contraire à celle-ci. Enfin, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, notre Cour a conclu que l'ordonnance d'un arbitre rendue conformément au *Code canadien du travail* était assujettie au contrôle fondé sur la *Charte* puisque, contrairement au juge, l'arbitre est une création de la loi, il est nommé conformément à une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. Ces trois arrêts démontrent clairement que l'arrêt *Dolphin Delivery* ne soustrait pas tout à fait les juges et les arbitres à la *Charte*. Ils démontrent en fait que la *Charte* s'applique à certains comportements d'un juge, à l'exercice par les tribunaux de leur droit inhérent de contrôler leur procédure, et aux arbitres nommés sous le régime du *Code canadien du travail*. Toutefois, cela n'est absolument pas incompatible avec l'arrêt *Dolphin Delivery*, où l'on a décidé que les ordonnances judiciaires ne sont pas comme telles assujetties à la *Charte*. Bien qu'une certaine activité judiciaire puisse être visée par la *Charte*, une ordonnance judiciaire ne l'est pas en soi. Compte tenu de ce qui précède, je conclus que, dans le cas qui nous occupe, l'ordonnance de non-publication ici contestée n'est pas sujette à la *Charte*.

Having said this, I believe it is important to review some of the policy justifications for the general principle that the *Charter* does not apply to court orders *per se*. First, as McIntyre J. notes, if court orders were subject to the *Charter* then all private litigation could become subject to the *Charter*. This is clearly inconsistent with s. 32 of the *Charter* which says that the *Charter* applies only to the "Parliament and government of Canada" and the "legislature and government of each province". Furthermore, if the *Charter* applied to court orders then, at least theoretically, individuals adversely affected by a court order could seek a remedy, be it damages or otherwise, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, against the judge who originally issued the impugned court order. Such a result is, in my view, unacceptable. Finally, applying the *Charter* to court orders could result in endless loops of litigation where even final orders of the Supreme Court of Canada, the

Cela étant dit, j'estime important de revoir certaines des raisons de principe qui sous-tendent la règle générale suivant laquelle, en soi, les ordonnances judiciaires échappent à l'application de la *Charte*. D'une part, comme le remarque le juge McIntyre, si les ordonnances judiciaires étaient assujetties à la *Charte*, tous les litiges de nature privée pourraient devenir assujettis à la *Charte*. Cela va tout à fait à l'encontre de l'art. 32 de la *Charte*, aux termes duquel la *Charte* s'applique uniquement au «Parlement et au gouvernement du Canada» et à la «législature et au gouvernement de chaque province». En outre, si la *Charte* s'appliquait aux ordonnances judiciaires, les particuliers qui subissent un préjudice du fait d'une telle ordonnance pourraient alors, du moins en théorie, conformément au par. 24(1) de la *Charte*, demander une réparation, notamment sous forme de dommages-intérêts, contre le juge ayant initialement rendu l'ordonnance contestée. Un tel résultat est à

highest court in the land and the court of final appeal, could be challenged at first instance on *Charter* grounds. This would be a strange and unjustifiable situation which could paralyse our judicial system by removing the certainty from supposedly final judgments. The *Charter* could not have been intended to produce such a result. For all of these reasons, and in light of the decision of this Court in *Dolphin Delivery, supra*, and my reasons in *Young, supra*, I conclude that the *Charter* does not apply to court orders *per se*.

This does not mean, however, that the *Charter* does not apply to the common law, or for that matter to the *Civil Code*, the *Criminal Code* or other statutory laws, which govern the issuance of court orders. For example, as I noted at p. 92 of *Young, supra*:

... *Charter* values nonetheless remain an important consideration in judicial decision-making. Courts must strive to uphold *Charter* values, and preference should be given to such values in the interpretation of legislation over those which run contrary to them (*Slaight Communications, supra*; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554).

Similarly, in *Dolphin Delivery, supra*, McIntyre J. held that the courts were under an obligation to "apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution" (p. 603).

Furthermore, in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, Iacobucci J., speaking for the Court, stated (at p. 675) that:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it

mon avis inadmissible. Enfin, appliquer la *Charte* aux ordonnances judiciaires pourrait entraîner des méandres sans fin de litiges où même les ordonnances définitives de la Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal du pays et la cour de dernier ressort, pourraient être contestées en première instance sur le fondement de la *Charte*. Ce serait là une situation étrange et injustifiable, qui risquerait de paralyser notre système judiciaire en enlevant toute certitude à des jugements censés être définitifs. La *Charte* ne peut avoir eu pour but d'entraîner un tel résultat. Pour tous ces motifs et compte tenu de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, et de mes motifs dans l'arrêt *Young*, précité, je conclus que la *Charte* ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires comme telles.

Il ne s'ensuit pas, toutefois, que la *Charte* ne s'applique pas à la common law ou, quant à cela, au *Code civil*, au *Code criminel* ou à d'autres textes de loi qui gouvernent la délivrance d'une ordonnance. Ainsi que je l'ai fait remarquer à la p. 92 de l'arrêt *Young*, précité:

... les valeurs consacrées par la *Charte* n'en demeurent pas moins un élément que les tribunaux doivent prendre en considération dans leurs décisions. Ils doivent s'efforcer d'assurer la protection des valeurs préconisées dans la *Charte* et leur accorder la préférence, dans l'interprétation des lois, sur les valeurs qui y sont contraires (*Slaight communications*, précité; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554).

De même, dans *Dolphin Delivery*, précité, le juge McIntyre a conclu que les tribunaux sont tenus d'«expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution» (p. 603).

De plus, dans l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, a déclaré, à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier

consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed.

Finally, it is important to recall that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. [Emphasis added.]

All laws of Canada, including the common law, are therefore subject to the *Charter*. This is particularly important with respect to the second issue raised in this appeal, the substantive merits of the appellants' challenge of the impugned publication ban on the ground that it contravenes the *Charter*. While the publication ban is not subject to the *Charter*, the common law governing its issuance is subject to *Charter* scrutiny.

5. Summary

For all of the reasons outlined above, I conclude that this Court has no jurisdiction to hear this appeal. I realize that this may leave some with a sense of unease. Bayda C.J.S. of the Saskatchewan Court of Appeal noted (at p. 107) in the companion case of *R. v. S. (T.)* that:

The nature of the C.B.C.'s complaint and its legal inability to have the propriety of the ruling it received respecting that complaint immediately tested on appeal, leaves one with a sense of unease. Given the structure of our appellate law, it is Parliament, and Parliament alone, that is empowered to relieve that unease by providing some form of immediate appellate review. . . .

I agree with Bayda C.J.S. that it is Parliament, not the courts, which must develop appellate procedures for third parties challenging interlocutory orders such as publication bans which arise out of criminal proceedings. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, this Court discussed the appropriate boundary between the judiciary and the Parliament with respect to the fashioning of

de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée.

Il importe, en dernier lieu, de rappeler que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. [Je souligne.]

Toutes les lois du Canada, y compris la common law, sont par conséquent assujetties à la *Charte*. Cela est particulièrement important quant à la seconde question soulevée en l'espèce, soit le bien-fondé de la contestation de l'ordonnance de non-publication par les appelants pour le motif qu'elle porte atteinte à la *Charte*. Bien que l'interdiction de publication ne soit pas assujettie à la *Charte*, la common law qui régit sa délivrance est assujettie à un examen fondé sur la *Charte*.

5. Résumé

Pour tous les motifs énoncés précédemment, je conclus que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le présent pourvoi. Je réalise que cette situation peut engendrer un certain malaise. Le juge en chef Bayda de la Cour d'appel de la Saskatchewan y a fait allusion (à la p. 107) dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*:

[TRADUCTION] La nature de la plainte de la SRC et son incapacité en droit à faire examiner immédiatement dans un appel la justesse de la décision qu'elle a obtenue relativement à cette plainte laissent planer un certain malaise. Étant donné la structure du droit en matière d'appel au Canada, c'est le législateur, et lui seul, qui a le pouvoir de dissiper ce malaise en prévoyant une certaine forme de contrôle immédiat par voie d'appel . . .

Je suis d'accord avec le juge en chef Bayda qu'il incombe au législateur, et non aux tribunaux, d'établir les procédures d'appel pour les tiers qui contestent les ordonnances interlocutoires comme celles de non-publication qui découlent de procédures criminelles. Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour s'est penchée sur les pouvoirs respectifs des juges et du

remedies when legislation violates the *Charter*. In *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, this Court outlined when it was appropriate for the judiciary to modify common law rules. The policy considerations discussed in both these cases also apply here and clearly support the conclusion that it is Parliament, not the Court, which should develop third party interlocutory criminal appellate procedures. However, were it to be our responsibility to develop such procedures, I would lean against providing third parties with the right to appeal interlocutory criminal orders. As I have already noted, there are strong policy reasons against permitting interlocutory criminal appeals. It is imperative that criminal trials proceed within a reasonable time and not be delayed and fragmented by numerous interlocutory appeals. If the CBC were allowed to appeal the publication ban ordered in this case, then witnesses, experts and others would also be able to appeal court orders requiring them to testify or provide documentary evidence at criminal trials. This would result in unreasonable delays and would compromise the accused's s. 11(b) rights under the *Charter*. On the other hand, if the trial continued while the third party appeal proceeded, as it did in this case, then the accused would be required to defend two proceedings at the same time. This may complicate the accused's criminal defense and should be avoided wherever possible. Consequently, were it up to this Court to develop third party interlocutory criminal appellate procedures, which it is not, I would hold that no such procedures should be created. While third parties must have access to a remedy where they allege a *Charter* violation, they need not have access to an appeal.

In conclusion, I would resolve the jurisdictional question by holding that this Court has no jurisdiction to hear this appeal. For the sake of clarity, and

législateur relativement à l'élaboration de remèdes lorsqu'une disposition législative viole la *Charte*. Dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, notre Cour a précisé les cas où il convient que les juges modifient les règles de common law. Les considérations de politique générale qui sous-tendent ces deux arrêts s'appliquent également en l'espèce et permettent certainement de conclure qu'il appartient au législateur et non à la Cour d'élaborer des procédures d'appel interlocutoire en matière criminelle en faveur de tiers. Toutefois, s'il nous appartenait de le faire, je ne serais pas en faveur d'accorder aux tiers un droit d'appel à l'encontre d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle. Comme je l'ai déjà mentionné, il existe de sérieuses raisons de principe qui militent contre les appels interlocutoires en matière criminelle. Il est essentiel que les procès criminels se tiennent dans un délai raisonnable et ne soient ni retardés ni fragmentés par de nombreux appels interlocutoires. Si la SRC était autorisée à interjeter appel de l'ordonnance de non-publication rendue en l'espèce, les témoins et les experts, entre autres, seraient également en mesure d'interjeter appel d'une ordonnance judiciaire les contraignant à témoigner ou à fournir une preuve documentaire lors d'un procès criminel. Cela engendrerait des retards déraisonnables et compromettrait les droits que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à l'accusé. D'autre part, si le procès continuait pendant l'audition de l'appel de tiers, comme ce fut le cas en l'espèce, l'accusé devrait opposer une défense dans deux procédures à la fois. Cela peut compliquer la défense de l'accusé en matière criminelle et devrait, autant que possible, être évité. En conséquence, s'il était loisible à notre Cour de créer pour les tiers des procédures d'appel d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle, ce qui n'est pas le cas, selon mon opinion, de telles procédures ne devraient pas être introduites. Bien que les tiers doivent avoir la possibilité de demander réparation lorsqu'ils allèguent une violation de la *Charte*, rien ne requiert qu'ils aient la possibilité d'interjeter appel.

En conclusion, je résoudrais la question de compétence en statuant que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le présent pourvoi. Pour plus

to prevent future litigation, I would also note, as my colleague the Chief Justice did, that the Ontario Court of Appeal did not have jurisdiction to hear this appeal.

Finally, I turn briefly to the jurisdiction of Gotlib J. to issue the publication ban in question. I agree with the Chief Justice that wherever possible a motion for a publication ban should be made before the appointed trial judge. Accordingly, since a trial judge had already been appointed for the respondents Dagenais and Monette, they should have applied to their appointed trial judge and not to Gotlib J. for a publication ban with respect to *The Boys of St. Vincent*. Therefore, I agree with the Chief Justice when he concludes that "Gotlib J. did not have jurisdiction to hear the motions from Dagenais or Monette" (p. 873).

II. Substantive Merits of the Challenge to the Publication Ban

In light of my conclusions on the jurisdictional issue, it is not strictly necessary for me to consider the substantive merits of the appeal. However, seeing as many of my colleagues have held that we do have jurisdiction to hear this appeal, I feel it necessary to address this issue as well. Specifically, had I found that we had jurisdiction to hear this appeal, I would have agreed fully with the reasons of my colleague Gonthier J. and would have disposed of the appeal as he does.

In my view, the substantive issue raised by this appeal requires this Court to perform two analytical steps. The first is to apply the *Charter* to the common law governing the issuance of publication bans in the criminal context. As I noted earlier, the common law is subject to *Charter* scrutiny and must be consistent with *Charter* values. The second step is to ensure that the judge ordering the impugned publication ban did not make a reviewable error in exercising her discretion and applying the common law of publication bans to the case at hand. While it is true that appellate courts should

de précision, et pour éviter tout litige subséquent, je signalerais également, comme mon collègue le Juge en chef l'a fait, que la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas compétence pour entendre cet appel.

Enfin, je me tourne brièvement vers la compétence du juge Gotlib de rendre l'ordonnance de non-publication ici en question. Je conviens avec le Juge en chef que, dans la mesure du possible, la requête visant à interdire la publication devrait être soumise au juge désigné pour le procès. En conséquence, puisqu'un juge du procès avait déjà été désigné pour les intimés Dagenais et Monette, ces derniers auraient dû présenter leur demande d'interdiction de publication concernant *Les garçons de Saint-Vincent* au juge désigné pour le procès et non pas au juge Gotlib. Je suis donc d'accord avec le Juge en chef lorsqu'il conclut que «[l]e juge Gotlib n'avait pas compétence pour entendre les requêtes de Dagenais et de Monette» (p. 873).

II. Le fond de la contestation de l'ordonnance de non-publication

Compte tenu de ma conclusion relativement à la question de compétence, il ne m'est pas absolument nécessaire de considérer le fond du pourvoi. Toutefois, puisque plusieurs de mes collègues ont décidé que nous avons compétence pour entendre le présent pourvoi, j'estime nécessaire de me pencher sur cette question également. Plus précisément, eus-je conclu à la compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi, j'aurais souscrit entièrement aux motifs de mon collègue le juge Gonthier et j'aurais tranché le pourvoi comme il le fait.

À mon avis, la question de fond soulevée en l'espèce oblige notre Cour à s'acquitter d'une analyse en deux volets. Il s'agit d'abord d'appliquer la *Charte* à la règle de common law à laquelle sont soumises les ordonnances de non-publication dans le contexte de poursuites criminelles. Comme je l'ai mentionné précédemment, la common law est assujettie à un examen fondé sur la *Charte* et doit être compatible avec les valeurs qui y sont consacrées. Notre Cour doit ensuite s'assurer que le juge qui a rendu l'ordonnance de non-publication contestée n'a pas commis d'erreur susceptible de révi-

not in general interfere with a trial judge's exercise of discretion, an appellate court can interfere where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Specifically, an appellate court can overturn a discretionary decision of a trial judge where it is made, *inter alia*, on wrong principles, a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner.

With respect to both of the two analytical steps outlined above, I agree fully with the reasons of my colleague Gonthier J. In my view, the common law rule governing the issuance of publication bans in the criminal context is consistent with the *Charter* and Gotlib J. did not commit any reviewable errors in exercising her discretion and applying the common law rule to the facts of this case and determining that a publication ban was necessary.

In this respect, I find it necessary to stress my disagreement with the Chief Justice when he states in his reasons that the common law rule governing publication bans, in criminal matters, does not accord sufficient protection to freedom of expression "in the context of post-*Charter* Canadian society" (p. 875). Specifically, the Chief Justice argues (at p. 877) that:

The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d).

sion dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ni dans l'application au présent pourvoi de la common law relative aux ordonnances de non-publication. Bien qu'il soit exact que les cours d'appel doivent généralement s'abstenir de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance, une cour d'appel peut s'immiscer lorsque ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de manière judiciaire et judicieuse. Plus précisément, une cour d'appel peut annuler la décision rendue par un juge de première instance en vertu de son pouvoir discrétionnaire pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou sur une interprétation erronée de faits importants, ou qu'elle a été rendue d'une manière non judiciaire.

En ce qui concerne les deux volets de l'analyse décrite précédemment, je suis entièrement d'accord avec mon collègue le juge Gonthier. À mon avis, la règle de common law en matière d'ordonnances de non-publication dans le contexte de poursuites criminelles est compatible avec la *Charte* et le juge Gotlib n'a commis aucune erreur susceptible d'être révisée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, dans son application aux faits de l'espèce de la règle de common law, ou dans sa conclusion portant que l'interdiction de publication était nécessaire.

À cet égard, je crois utile de souligner mon désaccord avec le Juge en chef lorsqu'il dit dans ses motifs que la règle de common law à laquelle sont soumises les interdictions de publication dans le contexte de poursuites criminelles n'offre pas une protection suffisante à la liberté d'expression «dans le cadre de la société canadienne maintenant dotée d'une *Charte*» (p. 875). Plus précisément, le Juge en chef soutient (à la p. 877):

La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d).

I cannot agree. The common law rule is based on a recognition and appreciation of both the right to freedom of expression and the right to a fair trial. In balancing these two rights, the common law provides that where there is a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial a publication ban can be ordered. Effectively, the common law provides that where freedom of expression and the right to a fair trial cannot both be simultaneously and fully respected, it is appropriate in our free and democratic society to temporarily curtail freedom of expression so as to guarantee an accused a fair trial. While this common law balancing of fundamental rights was developed in the pre-*Charter* era, the proclamation of the *Charter* does not render it invalid. After all, the pre-*Charter* balancing was an expression of the very rights protected by the *Charter*. In this respect, I agree fully with Gonthier J.'s statement (at pp. 928-29) that:

It might be suggested that my references to the common law tradition are irrelevant in the age of the *Charter*. In my view, however, the *Charter* does not oblige departing from this tradition in any substantive respect. . . . The impact of the *Charter* will be minimal in areas where the common law is an expression of, rather than a derogation from, fundamental values.

For the reasons outlined above and those canvassed by Gonthier J. in his judgment, had I found that this Court has jurisdiction to hear this appeal, which I do not, I would have disposed of this case as does my colleague Gonthier J.

III. Conclusion

Canada, as a free and democratic society, has always strived to respect the fundamental rights of its citizens including the right of freedom of expression. The *Charter* has constitutionalized such basic rights. As well, as part of our democratic tradition, judges have always had the discretion to order *in camera* hearings or issue full or partial publication bans related to judicial proceedings, be it under the criminal, civil or common law. When issued during the course of a criminal trial, such publication bans were not, even to this

Je ne saurais être d'accord. La règle de common law repose sur la reconnaissance et l'appréciation à la fois du droit à la liberté d'expression et du droit à un procès équitable. Dans la pondération de ces deux droits, la common law prévoit que, s'il existe un risque réel et grave qu'il y ait entrave au droit à un procès équitable, une ordonnance de non-publication peut être rendue. En fait, dans notre société libre et démocratique, il convient, selon la common law, de restreindre temporairement la liberté d'expression de manière à garantir à l'accusé un procès équitable, lorsqu'il est impossible de respecter pleinement et la liberté d'expression et le droit à un procès équitable. Bien que cette pondération des droits fondamentaux en common law ait pris forme avant la proclamation de la *Charte*, cette proclamation ne rend pas la pondération invalide. Après tout, la pondération effectuée antérieurement à la *Charte* était l'expression des droits mêmes que protège la *Charte*. À cet égard, je suis tout à fait d'accord avec le juge Gonthier lorsqu'il affirme (aux pp. 928 et 929):

On pourrait prétendre que mes références à la tradition de common law ne sont pas pertinentes à l'ère de la *Charte*. À mon avis, toutefois, la *Charte* n'oblige à s'écarter d'aucun aspect fondamental de cette tradition. [. . .] La *Charte* aura peu d'incidence dans les domaines où la common law reflète les valeurs fondamentales plutôt que d'y déroger.

Pour ces motifs et ceux exposés dans l'opinion du juge Gonthier, si j'avais été d'avis que notre Cour a compétence pour entendre ce pourvoi, ce que je ne crois pas, j'aurais souscrit à la conclusion de mon collègue le juge Gonthier.

III. Conclusion

Le Canada, en tant que société libre et démocratique, s'est toujours efforcé de respecter les droits fondamentaux des citoyens, dont le droit à la liberté d'expression. La *Charte* a revêtu ces droits fondamentaux de la protection constitutionnelle. De même, dans notre tradition démocratique, les juges ont toujours joui du pouvoir discrétionnaire d'ordonner le huis clos ou l'interdiction de publication complète ou partielle relativement à une procédure judiciaire, que ce soit en matière criminelle, civile ou en common law. Lorsqu'elles sont

day, ever subject to appeal either by the Crown, the accused or a third party. The rule against interlocutory criminal appeals insured that no such appeals were permitted. The rationale for this rule is obvious: (i) interlocutory appeals could delay trials indefinitely or, at least substantially; (ii) such delays could result in denying an accused the right to be tried within a reasonable time; and (iii) such delays could considerably impede the administration of justice and open floodgates for those intent on obstructing justice. Avoiding these negative consequences is as important today as it was hundreds of years ago. The *Charter* has not altered the need to avoid undue delay to the trial process just as it has not guaranteed every citizen of this country a right of appeal on any matter alleged to have infringed a *Charter* right. Parliament could, of course, legislate to provide for such a right of appeal. However, it has not chosen to do so. This is true even though the *Charter* has now been in force for some 12 years. It is not up to this Court, or any other court for that matter, to reverse a rule which has existed for hundreds of years in this free and democratic Canadian society without any disastrous effect or even complaint. Such a radical change in the way our criminal law has operated for hundreds of years must be made by Parliament. Parliament is the appropriate body to consider the implications of any changes to criminal appellate procedures and to decide on the appropriate measures to implement them. Therefore, until such time as Parliament provides for a third party right of appeal from interlocutory criminal orders, third parties, including the CBC, cannot appeal from such orders.

IV. Disposition

For the reasons expressed above, I would dismiss the appeal for lack of jurisdiction. However, had I found that we had jurisdiction to hear this

rendues dans le cadre d'un procès criminel, ces ordonnances de non-publication ne sont pas, et n'ont jamais été, susceptibles d'appel de la part du ministère public, d'un accusé ou d'un tiers. La règle interdisant les appels interlocutoires en matière criminelle faisait en sorte qu'aucun appel de cette nature ne pouvait être interjeté. Sa raison d'être est claire: (i) les appels interlocutoires risquaient de retarder les procès indéfiniment, ou à tout le moins considérablement; (ii) ces retards risquaient de nier à l'accusé son droit d'être jugé dans un délai raisonnable, et (iii) ces retards risquaient de gêner considérablement l'administration de la justice et d'ouvrir toute grande la porte à ceux qui voudraient entraver la justice. Éviter ces conséquences négatives est tout aussi important aujourd'hui que ce ne l'était il y a un siècle. La *Charte* n'a pas atténué la nécessité d'éviter les retards déraisonnables dans le procès, ni n'a-t-elle garanti à tout citoyen canadien un droit d'appel relativement à toute affaire qui aurait, selon lui, violé un droit garanti par la *Charte*. Le législateur pourrait évidemment adopter une loi prévoyant un tel droit d'appel. Or, il a décidé de n'en rien faire, et cela, même si la *Charte* est en vigueur depuis maintenant environ 12 ans. Il n'appartient pas à notre Cour ni, quant à cela, à aucune autre cour, de renverser une règle qui, depuis des centaines d'années, existe dans notre société canadienne libre et démocratique sans avoir provoqué d'effets désastreux ni même de plaintes. Il appartient au législateur d'effectuer un changement aussi radical dans la manière dont notre droit criminel a fonctionné pendant des centaines d'années. Le Parlement est le mieux placé pour considérer les implications de tels changements aux procédures d'appel en matière criminelle et pour adopter les mesures appropriées pour les mettre en application. Par conséquent, jusqu'à ce que le législateur prévoie un droit d'appel des ordonnances interlocutoires en matière criminelle en faveur de tiers, ceux-ci, dont la SRC, ne peuvent interjeter appel de telles ordonnances.

IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour défaut de compétence. Toutefois, si j'avais conclu que nous avions compé-

appeal, I would have disposed of it as my colleague Gonthier J. does.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons of my colleagues.

On the issue of jurisdiction, I agree that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* must inform and govern the determination of the rights of the accused in criminal matters. This remains so where third parties are affected, in which case their *Charter* rights must be considered. I agree that Gotlib J., a superior court judge, was a court of competent jurisdiction to issue a publication ban in the cases of Radford and Dugas but not in the cases of Dagenais and Monette who could only apply to their appointed trial judge. In doing so, she was bound to apply the *Charter* and her decision constituted the implementation of a *Charter* remedy under s. 24(1). The issue of a right of review or appeal of this decision bearing on its correctness and conformity with the *Charter* rights of the persons affected thereby is a distinct and different one. Our Court has identified courts of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) by reference to the general law governing the jurisdiction of each court as well as rights of review and appeal therefrom. As McIntyre J. stated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, s. 24(1) by referring to a "court of competent jurisdiction" does not create courts of competent jurisdiction, but merely vests additional powers in courts which are already found to be competent independently of the *Charter*. Further, s. 24(1) does not of itself create a right of review or appeal from a decision of a court of competent jurisdiction where such a right is already provided by law. I find it unnecessary in this case to pronounce as to rights of appeal or review under s. 24(1) in other circumstances and I refrain from doing so. In this case, I share the views expressed by the Chief Justice as to rights of review by way of *certiorari* of publication ban orders by provincial court judges pursuant to the *Charter* and rights of appeal pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. As regards provincial court judges, *Charter* remedies

tence pour entendre le pourvoi, je l'aurais tranché de la même façon que mon collègue le juge Gonthier.

a Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues.

b En ce qui concerne la compétence, je conviens que la *Charte canadienne des droits et libertés* doit inspirer et régir la détermination des droits de l'accusé en matière criminelle. Il en est de même lorsque des tiers sont concernés, auquel cas les droits que leur garantit la *Charte* sont à considérer. Je conviens également que le juge Gotlib, juge d'une cour supérieure, avait compétence pour ordonner l'interdiction de publication dans les cas de Radford et de Dugas, mais non dans les cas de Dagenais et de Monette, qui auraient dû s'adresser au juge désigné de leur procès. Dans l'exercice de sa compétence, le juge Gotlib était tenue d'appliquer la *Charte*, et sa décision était la mise en application d'une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Le droit de contrôle ou d'appel de la justesse de sa décision et de sa conformité aux droits garantis par la *Charte* aux personnes touchées est une question distincte. Notre Cour a identifié les tribunaux compétents au sens du par. 24(1) par renvoi au droit général qui régit la compétence de chaque tribunal, ainsi que les droits de contrôle et d'appel de leurs décisions. Comme l'a mentionné le juge McIntyre dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, en faisant référence à un «tribunal compétent», le par. 24(1) ne crée aucun tribunal compétent, il confère uniquement des pouvoirs accrus aux tribunaux qui sont déjà réputés compétents indépendamment de la *Charte*. En outre, le par. 24(1) ne crée de lui-même aucun droit de contrôle ou d'appel de la décision d'un tribunal compétent lorsque ce droit est déjà prévu dans la loi. Je ne me prononcerai pas sur le droit d'appel ou de contrôle fondé sur le par. 24(1) dans d'autres circonstances puisque j'estime inutile de le faire en l'espèce. En l'espèce, je partage l'opinion exprimée par le Juge en chef relativement au droit de contrôle, par voie de *certiorari*, des ordonnances de non-publication rendues par un juge d'une cour provinciale conformément à la *Charte*,

are within the superintending and reforming power of superior courts and *certiorari* as outlined by the Chief Justice is an appropriate instrument for the exercise of that power with reference to publication ban orders but, being discretionary, should be exercised with restraint so as to avoid undue interference with the trial process.

In the result, I am in agreement with the Chief Justice that the appeal should be allowed in respect of the publication ban that applied to the proceedings before Gotlib J. and in respect of her order to seal the record. I also agree that Gotlib J. had no jurisdiction to issue a ban on the application of the respondents Dagenais and Monette. With all due respect, however, I cannot agree that Gotlib J. erred in banning the broadcast of the mini-series until the end of the pending trials of the two respondents, Dugas and Radford. I do, however, share the opinion expressed by the Ontario Court of Appeal (1992), 12 O.R. (3d) 239 that the ban should have been limited to broadcasting in the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

The central substantive issues in this case are now moot. My concern in writing therefore is in regard to the general principles governing broadcast/publication bans and their application. I generally support many of the Chief Justice's statements of principle and general considerations. I respectfully differ, however, with some of these and with his treatment of the facts of this case as well as the application of principle thereto. I do not agree with his statement as to the balance between fair trial and freedom of expression rights under the common law nor that the *Charter* has changed this balance. My purpose in writing is to make clear that the discretion to order publication bans in exceptional cases such as the one now before the Court

et au droit d'appel prévu à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. En ce qui concerne les juges d'une cour provinciale, les réparations fondées sur la *Charte* relèvent du pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures, et le *certiorari*, dont fait mention le Juge en chef, permet d'exercer ce pouvoir à l'égard des ordonnances de non-publication, mais, comme il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, il y a lieu de l'exercer avec réserve afin d'éviter toute ingérence induite dans le procès.

En définitive, j'estime, à l'instar du Juge en chef, que le pourvoi doit être accueilli relativement à l'interdiction de publication des procédures intentées devant le juge Gotlib et à l'ordonnance de cette dernière visant à mettre le dossier sous scellés. Je conviens également que le juge Gotlib n'avait pas compétence pour ordonner l'interdiction à la demande des intimés Dagenais et Monette. Avec égards, toutefois, je ne peux convenir que le juge Gotlib a commis une erreur en interdisant la diffusion de la mini-série jusqu'à ce que les procès à venir des deux intimés Dugas et Radford soient terminés. Je partage toutefois l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239, que l'interdiction de diffusion aurait dû être limitée à l'Ontario, et à CBMT-TV à Montréal.

Les questions de fond principales en l'espèce sont maintenant théoriques. Mes motifs porteront donc sur les principes généraux applicables aux interdictions de diffusion et de publication et sur leur application. De façon générale, je souscris à un grand nombre des affirmations de principe et considérations générales du Juge en chef. Toutefois, en toute déférence, je ne souscris pas à certaines d'entre elles et à son traitement des faits de l'affaire, ni à son application des principes à ces faits. Je ne suis pas d'accord avec ce qu'il affirme quant à l'équilibre entre le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d'expression en vertu de la common law et je ne crois pas que la *Charte* a modifié cet équilibre. Je souhaite donc par mes motifs démontrer que le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une interdiction de publication dans des cas exceptionnels comme celui dont la Cour

continues to exist and deal further with the basis upon which that discretion should be exercised.

I begin by stressing a number of points pertaining to the balancing of the fundamental rights at issue in this case and to appellate review of a trial judge's discretion to order a broadcast ban with particular emphasis on the criterion of real and substantial risk to the fairness of a trial and its application to the assessment of the effectiveness of alternatives to a publication ban. After having reviewed these basic principles, I turn to the ban issued in this case.

1. The Balancing of Fundamental Rights in the Context of the Discretion to Issue Broadcast Bans

Determining whether to issue a broadcast ban in order to protect the fairness of a trial requires the court to balance two fundamental values which have received equal protection under the *Charter*. Refusing to issue a ban may put at risk the fairness of the criminal trial. Acceding to such a request, on the other hand, is a clear restraint of freedom of expression. The starting point of any analysis of broadcast or publication bans must be these two values.

One of the crucial elements of a fair trial is the right to be tried solely on the evidence before the court and not on any information received outside that context. Section 11(d) of the *Charter* guarantees the right of any person charged with an offence to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. The fairness of a trial, however, is also of general public interest. The fairness and integrity of the criminal process is a cornerstone of the legal system. In protecting the fairness of the trial, both under the *Charter* and at common law, courts have frequently recognized that the potential for prejudice relates not only to the accused, but to society in general.

est saisie existe toujours et approfondir le fondement sur lequel ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé.

Je soulignerai d'abord certains aspects relatifs à la pondération des droits fondamentaux en cause en l'espèce et au contrôle, en appel, du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance d'ordonner l'interdiction de diffusion, tout en portant une attention particulière au critère du risque réel et important que l'équité d'un procès soit compromise et à son application à l'examen de l'efficacité des possibilités autres que l'interdiction de publication. Une fois ces principes fondamentaux passés en revue, je me pencherai sur l'interdiction ordonnée en l'espèce.

1. La pondération de droits fondamentaux dans le contexte du pouvoir discrétionnaire d'interdire une diffusion

Pour déterminer s'il y a lieu d'interdire une diffusion afin de préserver l'équité d'un procès, le tribunal doit pondérer deux valeurs fondamentales jouissant d'une protection égale sous le régime de la *Charte*. Refuser l'interdiction risque de compromettre l'équité d'un procès criminel. En revanche, ordonner l'interdiction restreint nettement la liberté d'expression. Toute analyse d'une interdiction de diffusion ou de publication doit avoir pour prémisses ces deux valeurs.

L'un des attributs fondamentaux du procès équitable est le droit d'être jugé sur la seule preuve présentée au tribunal et non sur la foi de renseignements obtenus hors de ce contexte. L'alinéa 11(d) de la *Charte* garantit à tout inculpé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable. L'équité d'un procès tient toutefois également de l'intérêt public général. L'équité et l'intégrité du processus criminel sont la pierre angulaire du système de justice. Pour garantir l'équité du procès, au regard à la fois de la *Charte* et de la common law, les tribunaux ont fréquemment reconnu que le risque d'un préjudice vaut non seulement pour l'accusé, mais également pour la société en général.

Freedom of expression, as this Court has reiterated on numerous occasions, is essential to truth, democracy and personal fulfilment. Freedom of expression and freedom of the press are also crucial to the public nature of the administration of justice and the potential for scrutiny that comes with such openness. The importance of freedom of expression and freedom of the press, however, should not censure debate as to their limitation. Though I agree with the Chief Justice that any limitation on these freedoms or on the public nature of the administration of justice will be highly exceptional, restrictions will occasionally be necessary and acceptable in a free and democratic society.

At common law, the exceptional nature of publication bans has been assured by requiring that those seeking a ban demonstrate a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial. Some courts have formulated the test in terms of impossibility, but in my view the focus is one of risk and not certainty. There is an inevitable element of speculation in such an analysis. What is not history, and often even history, is necessarily speculation. The United States Supreme Court has focused on the speculative nature of prior restraints as one of the reasons for treating them with extreme caution (see *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976)). I agree that a court faced with an application for a publication ban must review the factual record and not substitute imagination for careful analysis. Nevertheless, the tradition in this country and in the United Kingdom has been to accept the propriety of bans even though it cannot be said with certainty that the fairness of a trial will be denied (see *R. v. Keegstra* (No. 2) (1992), 127 A.R. 232 (C.A.), and *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.); see also the general discussion of precedent in *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.), though the case dealt primarily with a publication ban to protect the authority of the judiciary (as I will explain later in these reasons, the decision of the European Court of Human Rights did not affect the general approach taken by British courts or the relevance of the

La liberté d'expression, ainsi que notre Cour l'a répété à maintes reprises, est essentielle à la vérité, à la démocratie et à l'accomplissement de soi. La liberté d'expression et la liberté de presse sont également cruciales à la nature publique de l'administration de la justice et à la possibilité d'en faire l'examen, qui va de pair avec cette ouverture. L'importance de la liberté d'expression et de la liberté de presse ne devrait toutefois pas censurer le débat sur leur restriction. Bien que je convienne avec le Juge en chef qu'elles sont très exceptionnelles, les restrictions à ces libertés ou à la nature publique de l'administration de la justice sont à l'occasion nécessaires et admissibles dans une société libre et démocratique.

En common law, on a préservé le caractère exceptionnel des interdictions de publication en contraignant ceux qui les demandent à démontrer l'existence d'un risque réel et important d'atteinte au droit à un procès équitable. Certains tribunaux ont énoncé le critère en fonction de l'impossibilité mais, à mon avis, l'appréciation doit s'arrêter au risque, et non rechercher la certitude. Pareille analyse comporte inévitablement un élément de conjecture. Ce qui n'appartient pas à l'histoire, et souvent l'histoire elle-même, procède nécessairement de la conjecture. La Cour suprême des États-Unis s'est fondée sur la nature conjecturale des restrictions préalables pour justifier qu'on les considère avec une prudence extrême (voir *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976)). Je peux concevoir qu'un tribunal saisi d'une demande d'interdiction de publication doive examiner le dossier factuel et ne pas laisser tomber l'analyse rigoureuse au profit de l'imagination. Néanmoins, au Canada et au Royaume-Uni, la justesse des interdictions a toujours été reconnue sans qu'on puisse affirmer avec certitude qu'il serait porté atteinte à l'équité d'un procès (voir *R. c. Keegstra* (No. 2) (1992), 127 A.R. 232 (C.A.), et *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); voir également l'analyse générale du précédent dans l'arrêt *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.), bien que cette affaire ait principalement visé une interdiction de publication destinée à protéger l'autorité de l'organe judi-

precedents discussed in that decision)). I will return to the differences between the American and Anglo-Canadian traditions below, but to reiterate, all that is needed in this country to justify a publication ban at common law is that there be a real and substantial risk to the fairness of the trial.

The application of the *Charter* to the evaluation of publication and broadcast bans, while not directly altering the common law test, will restructure the analysis to some extent. In terms of *Charter* review, determining the correct balance between fair trial and freedom of expression rights falls to the s. 1 analysis. The existence of two equally fundamental rights in potential conflict informs this analysis.

An initial question which arises in proceeding with any form of s. 1 balancing is who bears the burden of justifying an infringement. Each party bears an initial burden of showing a *Charter* infringement. After that initial burden is discharged, however, the balancing of competing *Charter* rights is incompatible with a burden on either party. Burdens are simply means of allocating uncertainty. It is appropriate in a normal s. 1 analysis to place the burden on the government because it is required to justify legislation or action which infringes a single *Charter* right. Burdens are completely inappropriate where a *prima facie* case has been made out that the alternative courses of action (i.e., to issue a ban or not) will infringe two different *Charter* rights. In this context, the balancing which is at the heart of the s. 1 analysis should be carried on without privileging or disadvantaging either of the rights at issue.

ciaire (comme je l'expliquerai plus loin dans mes motifs, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas modifié la position généralement adoptée par les tribunaux britanniques ni la pertinence des précédents analysés dans cette décision)). Je reviendrai plus loin sur les différences qui opposent les traditions américaine et anglo-canadienne, mais je le répète, au Canada, il suffit en common law d'établir l'existence d'un risque réel et important que l'équité du procès soit compromise pour justifier l'interdiction de publication.

Bien qu'elle ne modifie pas directement le critère de common law, l'application de la *Charte* à l'examen d'une interdiction de publication ou de diffusion modifie dans une certaine mesure la structure de l'analyse. Pour déterminer le juste équilibre entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression, on aura recours à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. L'existence de deux droits fondamentaux égaux en possibilité de conflit sous-tend cette analyse.

Une des premières questions qui se posent dans le cadre de toute forme de pondération en fonction de l'article premier est de savoir qui a la charge de justifier la violation. Il incombe en premier lieu à chaque partie d'établir qu'il y a eu violation de la *Charte*. Une fois que l'on s'est acquitté de ce premier fardeau, toutefois, aucun fardeau ne devrait être imposé à l'une ou l'autre partie dans le cadre de la pondération de droits opposés garantis par la *Charte*. Les fardeaux ne sont que des moyens de répartir l'incertitude. Il convient, dans une analyse ordinaire fondée sur l'article premier, d'imposer le fardeau au gouvernement puisque ce dernier est tenu de justifier une disposition législative ou une action qui porte atteinte à un seul droit garanti par la *Charte*. Les fardeaux sont sans pertinence lorsqu'il y a preuve suffisante à première vue que les mesures possibles (c'est-à-dire ordonner ou non l'interdiction) porteront atteinte à deux droits constitutionnels distincts. Dans ce contexte, la pondération qui est au cœur de l'analyse fondée sur l'article premier ne devrait privilégier ou désavantager ni l'un ni l'autre droit.

Turning to the actual s. 1 analysis, it would seem that the validity of imposing a ban will be determined almost exclusively at the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test. The first part of the *Oakes* test, that there be a pressing and substantial objective, is easily satisfied given that the ban is aimed at protecting a *Charter* right. Similarly, the requirement that the impugned measure be rationally connected to the objective, which is the first branch of the proportionality portion of the test, is also easily satisfied. As the Chief Justice notes, though possible it will rarely be the case that the impugned material will have a total absence of influence.

As stated above, the heart of the s. 1 analysis of publication and broadcast bans is to be found in the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test. The second or minimal impairment branch is perhaps the aspect of the s. 1 analysis that is most altered when the task is to reconcile two *Charter* rights. The fact that the court must balance fair trial and freedom of expression rights forces a measure of flexibility into the analysis. If applied blindly or dogmatically, minimal impairment of one of the rights could theoretically mean maximal impairment of the other.

There is no question, as the Chief Justice has noted, that minimal impairment requires that bans be as narrowly circumscribed as possible in protecting the fairness of a trial. Just as injunctions aimed at preserving the status quo must be crafted narrowly, the restraint imposed by publication bans must be limited to only that which is necessary to protect the right to a fair trial. A ban must thus be carefully limited both in terms of temporal and geographic application.

Minimal impairment also requires evaluation of alternative measures to protect the right to a fair trial. This evaluation is clearly present, though not necessarily explicit, in the common law require-

En ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier elle-même, il semble que la validité d'une interdiction sera déterminée presque exclusivement suivant la seconde et la troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*. La première partie de ce critère, soit l'existence d'un objectif urgent et réel, est nettement respectée puisque l'interdiction tend à protéger un droit garanti par la *Charte*. De même, il est aisément satisfait à la condition portant que la mesure contestée doit avoir un lien rationnel avec l'objectif, première étape du volet proportionnalité du critère. Comme le Juge en chef le fait remarquer, il arrive rarement, bien que ce soit possible, que le matériel contesté n'ait aucune influence.

Je le répète, le cœur de l'analyse fondée sur l'article premier d'une interdiction de publication ou de diffusion se trouve dans les deuxième et troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans *Oakes*. La seconde étape, le critère de l'atteinte minimale, est peut-être l'aspect de l'analyse fondée sur l'article premier qui est davantage modifié lorsqu'il s'agit de concilier deux droits garantis par la *Charte*. Le fait que la cour doit pondérer le droit à un procès équitable et la liberté d'expression commande une certaine souplesse dans l'analyse. Si la pondération est faite aveuglément ou péremptoirement, l'atteinte minimale à l'un des droits pourrait théoriquement signifier l'atteinte maximale à l'autre.

Il n'y a pas de doute, comme le signale le Juge en chef, que pour qu'il y ait atteinte minimale, l'interdiction doit être aussi circonscrite que possible, tout en sauvegardant l'équité du procès. Tout comme les injonctions destinées à maintenir le statu quo doivent être formulées en des termes restrictifs, la restriction imposée par l'interdiction de publication doit être limitée à ce qui est indispensable pour garantir le droit à un procès équitable. L'interdiction doit être soigneusement circonscrite dans le temps et quant aux endroits où elle s'applique.

Le critère de l'atteinte minimale commande également l'examen d'autres mesures susceptibles de garantir le droit à un procès équitable. Cet examen est manifestement présent, quoique pas nécessaire-

ment that a publication create a real and substantial risk to the fairness of a trial before a ban can be ordered. In applying his modified version of the common law rule, the Chief Justice would require trial judges to make a finding that there is no reasonably available alternative measure to a publication or broadcast ban. The existence of alternative measures to protect the fairness of the trial such as sequestration, careful scrutiny of potential jurors and change of venue has been relied on in the United States as the basis for the virtual total rejection of prior restraint orders (see *Nebraska Press, supra*, and its aftermath). In my view, the mere existence of alternatives to publication bans, alternatives which are available in almost every case, does not of itself support the denial of a publication ban. Rather, what is required is the more difficult assessment of the likely effect of the proposed publication ban on freedom of expression and the effectiveness as well as the cost or burden of alternative measures. An examination of the Anglo-Canadian tradition and the potential burdens of alternative measures will put the existence of such alternatives in perspective.

Thorson J.A. usefully summarized the difference between the traditional Canadian and American approaches in *Global Communications, supra*, at pp. 111-12:

Generally speaking, however, the approach taken in the United States seems to be to allow for the widest possible latitude in media reporting of events transpiring prior to and during the course of the trial of an accused person. This is counterbalanced, in the interests of ensuring an impartial and unbiased jury, in a number of ways including, during the jury selection process, by an often searching examination into the attitudes, biases and even the personal and financial affairs of potential jurors and, after the jury selection process has been completed, by the sequestration of the members of the jury while the trial is in progress to reduce the risk of their exposure to the media and other publicity generated by it.

ment explicite, dans la condition portant, en common law, qu'une publication doit créer un risque réel et important que l'équité du procès soit compromise pour que l'interdiction puisse être ordonnée. En appliquant sa version modifiée de la règle de common law, le Juge en chef obligerait les juges du procès à conclure qu'il n'existe aucune mesure raisonnablement accessible autre que l'interdiction de publication ou de diffusion. L'existence d'autres mesures susceptibles de maintenir l'équité du procès, comme l'isolement du jury, l'interrogatoire approfondi des candidats jurés et le changement de lieu du procès, a été invoquée aux États-Unis pour justifier le rejet pour ainsi dire absolu d'ordonnances de restriction préalable (voir *Nebraska Press*, précité, et les arrêts qui l'ont suivi). À mon avis, la simple existence d'autres mesures que l'interdiction de publication, solutions qui existent dans presque tous les cas, ne justifie pas en soi l'élimination de l'interdiction de publication. Il y a plutôt lieu de s'attaquer à la tâche plus difficile d'évaluer d'une part, l'effet probable de l'interdiction de publication envisagée sur la liberté d'expression, et d'autre part, l'efficacité de même que les coûts ou les charges des autres mesures. Une étude de la tradition anglo-canadienne et des coûts potentiels des autres mesures permettra d'apprécier la disponibilité de ces mesures dans leur contexte.

Le juge Thorson de la Cour d'appel a bien résumé la différence entre les positions traditionnelles canadienne et américaine dans *Global Communications*, précité, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] En règle générale, toutefois, on semble, aux États-Unis, laisser aux médias toute latitude pour rapporter les événements qui se produisent avant et pendant le procès d'un accusé. Pour garantir un jury impartial et objectif, on fait contreponds à cette liberté de nombreuses façons, notamment, pendant la sélection du jury, en sondant de façon fréquemment rigoureuse les attitudes, les préjugés et même les affaires personnelles et financières des candidats jurés et, une fois le processus de sélection du jury terminé, en isolant les membres du jury pendant le déroulement du procès afin de réduire le risque qu'ils soient exposés aux médias et aux autres formes de publicité qui en découlent.

In Canada, by contrast, the process of jury selection is neither as prolonged nor as exhaustive as a general rule; indeed the kind of questioning and probing into the affairs of potential jurors that is sometimes seen in the United States would be unlikely to be permitted under our system. Moreover, in Canada the sequestration of jurors throughout a trial occurs only exceptionally. The strong bias of our system is to prevent the dissemination before the conclusion of the trial of media publicity that might be prejudicial to the accused's fair trial.

A recent illustration of this openness to preventive measures is *Keegstra (No. 2)*, *supra*. In that case, the Alberta Court of Appeal upheld an order prohibiting the production of a play about the life of James Keegstra during Mr. Keegstra's second trial. In upholding the order, the Court of Appeal rejected the appellant theatre's assertion that there were less drastic remedies to protect the trial process. In coming to this conclusion, Kerans J.A. provided some insight into the view point at the foundation of a preventive approach, at p. 236:

But, while urging a juror to be faithful to his or her oath, courts traditionally also try to help the juror by removing undue, unnecessary, and excessive temptations, if possible. That is what the rule in this case is all about. Mr. Shea [for the appellant theatre], it seems to us, offers a counsel of despair: because perfect isolation of the jury is impossible, do not try any form of protection. We will not succumb to that approach. We commend the effort of the first judge. His sole interest in this matter is to help that jury.

Examples of the resort to preventive measures can be found in both the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and access to information legislation. Sections 517 and 539 of the *Criminal Code* are two such examples. Section 517 applies to the publication of evidence adduced at a bail hearing. Section 539 deals with the publication of evidence adduced during a preliminary inquiry. In the case of access to information legislation, there are usually provisions that protect government documents, such as investigative reports, which could influence the fairness of a trial (see, for example, s.

Au Canada, au contraire, la sélection du jury est de manière générale ni aussi longue, ni aussi exhaustive; en fait, le genre d'interrogatoire et d'inquisition dans les affaires des candidats jurés que l'on voit parfois aux États-Unis ne serait probablement pas permis au Canada. En outre, ici, on n'a recours qu'exceptionnellement à l'isolement des jurés pendant le procès. Le penchant marqué de notre régime vise à empêcher la diffusion, avant la conclusion du procès, d'une publicité médiatique qui pourrait porter préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable.

L'arrêt *Keegstra (No. 2)*, précité, est un exemple récent de cette ouverture d'esprit aux mesures préventives. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé l'ordonnance interdisant la présentation, pendant le second procès de James Keegstra, d'une pièce de théâtre reconstituant sa vie. En confirmant l'ordonnance, la Cour d'appel a rejeté la prétention du théâtre appelant portant qu'il existait des moyens moins draconiens de protéger le déroulement du procès. Pour arriver à cette conclusion, le juge Kerans de la Cour d'appel a donné un aperçu du fondement de la solution préventive, à la p. 236:

[TRADUCTION] Cependant, tout en demandant à un juré d'être fidèle à son serment, les tribunaux ont également dans le passé tenté d'aider le juré en supprimant toute tentation induite, inutile et excessive, si cela est possible. C'est ce que signifie la règle dont il est question en l'espèce. M. Shea [représentant le théâtre appelant], nous semble-t-il, soumet cet argument en désespoir de cause: parce que l'isolement complet du jury est impossible, n'essayez aucune forme de protection. Nous ne nous laisserons pas séduire par cette position. Nous louons l'effort du premier juge. Son seul intérêt dans cette affaire est d'aider ce jury.

On peut trouver dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et dans les lois relatives à l'accès à l'information des cas où des mesures préventives ont été prévues. Les articles 517 et 539 du *Code criminel* en sont deux exemples. L'article 517 vise la publication d'éléments de preuve produits lors d'une enquête pour cautionnement. L'article 539 porte sur la publication d'éléments de preuve produits au cours d'une enquête préliminaire. Les lois relatives à l'accès à l'information, quant à elles, contiennent en général des dispositions qui protègent certains documents du gouvernement qui

14(1)(f) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31). Clearly the alternative measures, and most notably challenge for cause, are available in these situations. Parliament and the provincial legislatures, however, have expressly opted for the preventive response.

In the United Kingdom, as in Canada, the power to order a publication ban was historically seen as part of the ability of the courts to deal with *ex facie* criminal contempt. Reference to the position and tradition in the United Kingdom may strike some as odd in the face of the condemnation of that country by the European Court of Human Rights in the *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30; condemnation: 11 votes to 9. The condemnation in the *Sunday Times* case, however, has been viewed as being based only on differing opinions as to whether an interference with freedom of expression was necessary in the circumstances of the particular case (see D. J. Harris, "Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979" (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257, at p. 259; S. H. Bailey, "The Contempt of Court Act 1981" (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301, at p. 303; *contra*: F. A. Mann, "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights" (1979), 95 *L.Q.R.* 348, at pp. 352-53). In fact, the majority of the European Court made it clear that it was not condemning the English law of contempt and that there would be cases where restraint would be necessary to avoid "trial by newspaper" (see paras. 63, 43 and 65-66; see also the comments of R. Ergéc, "La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171, at pp. 178-79). Following the decision in the *Sunday Times* case, the law of contempt was consolidated and to some extent reformed by the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49. The *Contempt of Court Act 1981* preserves the power of the courts to deal with publications which imperil the administration of justice. The test for contempt in regard to publications commenting on legal proceedings is whether the publication "creates a substantial

pourraient influencer sur l'équité d'un procès, comme les rapports d'enquête (voir, par exemple, l'al. 14(1)f) de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31).
 a De toute évidence, on pourrait dans ces cas recourir aux autres mesures, plus particulièrement à la récusation motivée. Le Parlement et les législatures provinciales ont toutefois expressément opté pour la démarche préventive.
 b

Au Royaume-Uni, comme au Canada, le pouvoir d'ordonner l'interdiction de publication a historiquement été considéré comme un attribut du pouvoir des tribunaux de se pencher sur l'outrage criminel commis *ex facie*. Le renvoi à la position et à la tradition du Royaume-Uni peut paraître étrange à certains, d'autant plus que ce pays a été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; condamnation: 11 voix contre 9. La condamnation dans l'affaire du *Sunday Times* a toutefois été considérée comme étant fondée uniquement sur des opinions divergentes quant à savoir s'il était nécessaire, vu les circonstances de l'affaire, de restreindre la liberté d'expression (voir D. J. Harris, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979» (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257, à la p. 259; S. H. Bailey, «The Contempt of Court Act 1981» (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301, à la p. 303; *contra*: F. A. Mann, «Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights» (1979), 95 *L.Q.R.* 348, aux pp. 352 et 353). En fait, la Cour européenne à la majorité a précisé qu'elle ne condamnait pas le droit anglais en matière d'outrage au tribunal et qu'il serait parfois nécessaire d'imposer une restriction pour éviter la tenue d'un «procès dans la presse» (voir les par. 63, 43, 65 et 66; voir également les commentaires de R. Ergéc, «La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire», [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171, aux pp. 178 et 179). À la suite de l'arrêt *Sunday Times*, le droit en matière d'outrage au tribunal a été refondu et dans une certaine mesure réformé par la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, qui maintient le pouvoir des tribunaux de prendre des mesures à l'égard des publications qui compromettent l'administration de la justice. Le

risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced" (s. 2(2)). The *Contempt of Court Act 1981* thus preserves the ability for courts to intervene in circumstances similar to those now before this Court and implicitly requires an assessment of the suitability of alternative measures.

In assessing the suitability of alternative measures, judges must keep in mind that these measures impose distinct costs and burdens. The minimal impairment arm of the proportionality analysis therefore requires the trial judge to do a comparative analysis of effectiveness, feasibility and cost of all possible measures. Adjourning trials or changing venues imposes obvious costs for all concerned and raises the possibility of a violation of the s. 11(b) *Charter* guarantee of a trial within a reasonable time. Sequestration of the jury is a very exceptional remedy which Kerans J.A. termed a "monstrous suggestion" given that it imposes a heavy burden on those citizens who offer the greatest contribution to the right to a fair trial (*Keegstra (No. 2)*, *supra*, at p. 235). Providing strong judicial direction to the jury reflects the confidence we place in the jury system and will be a very real solution when the application is made to a trial judge who has had the opportunity to observe the conduct of the jury throughout the trial. This was the case for Soublière J. in the trial of the respondent Dagenais. Where the trial has yet to begin, a judge may not be satisfied that the remedy would be sufficient. Such an opinion does not undermine the trust we place in juries, rather, as Kerans J.A. suggested, it would simply reflect a concern to remove undue, unnecessary and excessive temptations.

In the case of broadcast bans of docudramas related to pending trials, the most obvious alternative remedy is extensive challenges for cause and voir dire during jury selection. As noted above, the bias against pre-trial bans in the United States

critère en matière d'outrage relativement aux publications qui commentent les procédures judiciaires consiste à déterminer si la publication [TRANSCRIPTION] «crée un risque considérable que, dans les procédures en question, le cours de la justice soit gravement entravé ou compromis» (par. 2(2)). La *Contempt of Court Act 1981* maintient donc le pouvoir des tribunaux d'intervenir dans des situations semblables à celle dont notre Cour est saisie et commande implicitement l'examen de la pertinence des autres mesures possibles.

Dans le cadre de cet examen, les juges doivent garder à l'esprit que les mesures engendrent des charges et des coûts qui leur sont propres. Le critère de l'atteinte minimale dans l'analyse de la proportionnalité requiert par conséquent que le juge du procès compare l'efficacité, la faisabilité et le coût de toutes les mesures possibles. Ajourner un procès ou en changer le lieu engendre des coûts évidents pour les parties concernées et risque d'entraîner une violation du droit à un procès dans un délai raisonnable, garanti à l'al. 11b) de la *Charte*. L'isolement du jury est une solution très exceptionnelle que le juge Kerans a qualifiée de [TRANSCRIPTION] «proposition monstrueuse» puisqu'elle impose un lourd fardeau à des citoyens dont l'apport au droit à un procès équitable est sans égal (*Keegstra (No. 2)*, précité, à la p. 235). Donner au jury des directives fermes montre la confiance dont jouit le système de jury et sera une solution très actuelle lorsque la demande est faite à un juge du procès qui a pu observer le comportement du jury pendant le procès. C'était le cas pour le juge Soublière dans le procès de l'intimé Dagenais. Lorsque le procès n'est pas encore commencé, le juge peut ne pas être convaincu de l'efficacité de la solution. Une telle conclusion ne mine pas la confiance que nous accordons aux jurés; au contraire, comme le juge Kerans l'a donné à entendre, elle traduit simplement le désir de supprimer les tentatives indues, inutiles et excessives.

Dans le cas des interdictions de diffusion de docudramas liés à des procès imminents, l'autre réparation la plus évidente est l'utilisation de récusations motivées et voir-dire nombreux au cours de la sélection du jury. Comme je l'ai fait remarquer

has led to a sometimes gruelling jury selection process which has occasionally lasted for up to six weeks. As Thorson J.A. noted, such a practice does not reflect the tradition in this country. The recent Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, may be seen as a departure from this tradition. While refraining from pronouncing upon its correctness, I would point out that that case reflected particular issues outside the context of publication bans. The exceptional concern to prevent racial discrimination from interfering with an accused's right to a fair trial does not justify sweeping away the Canadian tradition of minimal challenge nor does it justify the potentially huge costs associated with more extensive challenge.

At the minimal impairment stage, therefore, the trial judge must consider the alternatives to a publication ban but is not bound to find that they would be insufficient. The concern to help juries in exceptional cases by taking preventive measures requires that trial judges not feel constrained by an overly strict test which would impose costs that we have historically not been prepared to accept. The flexibility implicit in this formulation means that trial judges will have a wide discretion in evaluating the various means available to protect the right to a fair trial and that the facts of each case will be of great importance in determining what measure is appropriate.

It might be suggested that my references to the common law tradition are irrelevant in the age of the *Charter*. In my view, however, the *Charter* does not oblige departing from this tradition in any substantive respect. Clearly this was the opinion of Kerans J.A. and Thorson J.A. in *Keegstra* (No. 2) and *Global Communications*, respectively. I disagree with those who argue that the *Charter* requires that we emulate American society and discard the unique balance of fundamental values

précédemment, aux États-Unis, le parti pris contre l'interdiction préalable au procès a parfois donné lieu à un épuisant processus de sélection du jury qui a quelquefois nécessité jusqu'à six semaines.

a Comme le juge Thorson l'a signalé, une telle pratique n'est pas représentative de la tradition canadienne. La décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, peut être considérée comme une dérogation à cette tradition. Je m'abstiendrai d'en commenter la justesse, mais je soulignerai que cette affaire soulevait des questions étrangères au contexte des interdictions de publication. Le besoin d'éviter que la discrimination raciale porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable reste exceptionnel et ne justifie pas d'écarter du revers de la main la tradition canadienne du recours restreint à la récusation de jurés, ni ne justifie-t-il les coûts potentiellement considérables de récusations plus nombreuses.

À l'étape de l'atteinte minimale, le juge du procès doit donc considérer les mesures autres que l'interdiction de publication, sans toutefois devoir conclure qu'elles seraient inadéquates. La volonté d'aider les jurés au moyen de mesures préventives dans les cas exceptionnels commande que les juges du procès ne se sentent pas contraints par un critère excessivement rigide qui imposerait des coûts que, dans le passé, nous n'avons pas été disposés à assumer. La flexibilité implicite dans cette affirmation signifie que les juges du procès auront un pouvoir discrétionnaire étendu pour sopeser les différents moyens susceptibles de protéger le droit à un procès équitable et que les faits de chaque affaire seront très importants dans la détermination des mesures appropriées.

On pourrait prétendre que mes références à la tradition de common law ne sont pas pertinentes à l'ère de la *Charte*. À mon avis, toutefois, la *Charte* n'oblige à s'écarter d'aucun aspect fondamental de cette tradition. Les juges Kerans et Thorson de la Cour d'appel dans *Keegstra* (No. 2) et *Global Communications*, respectivement, étaient certes de cet avis. Je ne suis pas d'accord avec ceux qui font valoir que la *Charte* nous force à imiter la société américaine et à rejeter l'équilibre particulier de

which existed in this country prior to 1982. The *Charter* provides a means to assure that the enumerated fundamental rights and freedoms are respected. It does not give primacy to any of those rights. The impact of the *Charter* will be minimal in areas where the common law is an expression of, rather than a derogation from, fundamental values. The common law pertaining to publication and broadcast bans is an example of one such area. As I have noted, the requirement that there be a real and substantial risk to the fairness of the trial process is a clear expression of this balance.

The final step in the *Oakes* test requires proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective. The Chief Justice would now add a further requirement of proportionality between the salutary and deleterious effects of a measure limiting rights or freedoms. In order to determine whether there is the requisite proportionality, a court should begin by carefully determining the nature of the infringement. The nature of any infringement and the effects will vary with the extent of the ban imposed.

The general purposes of docudramas would appear to support the suggestion that a temporary ban until the end of a trial may well be a minor restriction of the right to freedom of expression. One purpose of such productions may be to examine current issues of general public importance in an effort to spark discussion and assist in the process of seeking solutions. A related and less ambitious purpose may simply be to present a thorough account of events of public interest. Delaying the presentation of a docudrama until the end of a trial would not hinder either of these purposes. Unlike news, immediacy is not the essence of docudramas.

I also note that the temporary ban of a docudrama does not in any way affect the fundamental principle of open courts. Such a ban does not restrict access to the courts nor does it prevent publication in respect of court proceedings. Those

valeurs fondamentales qui avait été atteint au Canada avant 1982. La *Charte* prévoit un mécanisme permettant de faire respecter les libertés et droits fondamentaux qui y sont énoncés. Elle ne donne primauté à aucun de ces droits. La *Charte* aura peu d'incidence dans les domaines où la common law reflète les valeurs fondamentales plutôt que d'y déroger. La common law relative aux interdictions de publication ou de diffusion en est un exemple. Comme je l'ai mentionné précédemment, la condition portant qu'il doit exister un risque réel et important d'atteinte à l'équité du procès est le reflet indéniable de cet équilibre.

La dernière étape du critère formulé dans *Oakes* commande la proportionnalité entre les effets des mesures qui restreignent les droits ou les libertés en question et leur objectif. Le Juge en chef ajouterait aujourd'hui l'exigence de proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une mesure qui restreint les droits ou les libertés. Pour déterminer s'il y a proportionnalité, le tribunal serait d'abord tenu d'établir soigneusement la nature de la violation. Les effets de la violation, de même que sa nature, varieront selon l'étendue de l'interdiction imposée.

Les objectifs généraux des docudrames laissent penser que le report de leur diffusion à la fin d'un procès ne portera vraisemblablement atteinte à la liberté d'expression que dans une faible mesure. Ces œuvres peuvent avoir notamment pour objectif d'analyser des questions actuelles d'importance publique générale en vue de susciter la discussion et de faciliter le processus de recherche de solutions. Elles peuvent également avoir pour objectif secondaire et moins ambitieux de simplement présenter un récit fouillé d'événements d'intérêt public. Le report de la présentation d'un docudrame à la fin d'un procès ne fera obstacle à aucun de ces objectifs. Contrairement aux nouvelles courantes, le caractère immédiat ne leur est pas essentiel.

Je remarque également que l'interdiction temporaire de diffuser un docudrame n'atteint en aucune façon le principe fondamental de l'accessibilité des tribunaux. Elle ne restreint pas l'accès aux tribunaux, ni n'empêche la publication relativement aux

situations present formidable deleterious effects and their analysis should be carefully distinguished from bans pertaining to docudramas (for a recent British examination of this question, see *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.)).

On the salutary side of the equation, concerns have been expressed as to the efficacy of publication bans. It is said that the actual effect of bans on jury impartiality is increasingly negligible given technological advances which make bans difficult to enforce. With all due respect, it is wrong to simply throw up our hands in the face of such difficulties. These difficulties simply demonstrate that we live in a rapidly changing global community where regulation in the public interest has not always been able to keep pace with change. Current national and international regulation may be inadequate, but fundamental principles have not changed nor have the value and appropriateness of taking preventive measures in highly exceptional cases.

In the particular case of docudramas, the salutary effects of temporary bans derive from the potential influence of docudramas on prospective jurors. In part, the impact of docudramas derives from the power of omniscience afforded to the viewer. The viewer sees all and therefore knows all in a way that can only exist in fictional works. What the viewer actually sees, however, is the expression of the agendas of the writer, director and producer. What the viewer sees is also only partly fiction with little indication of the line between documentary and drama. Furthermore, the particular agendas of those involved may mean that fiction becomes worse than reality. As will be seen below, the mini-series now before the Court is a prime example of this possibility. Finally, the fact a docudrama is being shown on television, perhaps at prime time, accentuates its overall potential influence. Television is in many ways more powerful than print. Few would argue that vivid images are often more firmly etched in memory than even the best prose. All of these factors

procédures judiciaires. Ces situations présentent des effets préjudiciables considérables, et il importe de distinguer leur analyse de celle des interdictions relatives aux docudrames (pour une étude britannique récente de cette question, voir *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.)).

Sur le plan des effets bénéfiques, on a exprimé des doutes sur l'efficacité des interdictions de publication. On soutient que leur effet véritable sur l'impartialité du jury est de plus en plus négligeable du fait des progrès technologiques qui rendent difficile l'exécution des interdictions. Avec égard, on aurait tort de se contenter de baisser les bras devant de telles difficultés. Elles montrent simplement que nous vivons dans une collectivité globale qui évolue rapidement et où la réglementation d'intérêt public n'a pas toujours été en mesure de suivre la cadence. La réglementation actuelle à l'échelle nationale et internationale est peut-être inadéquate, mais les principes fondamentaux n'ont pas changé, ni d'ailleurs la valeur et la justesse de la décision d'opter pour des mesures préventives dans des cas très exceptionnels.

Dans le cas particulier des docudramas, leur interdiction temporaire est bénéfique puisqu'ils peuvent influencer sur les candidats jurés. Leur impact naît en partie du pouvoir d'omniscience qu'ils confèrent au public. Ce dernier voit tout, donc, sait tout, d'une manière qui ne peut exister que dans les œuvres de fiction. Ce que le public voit effectivement est toutefois le reflet des visées de l'auteur, du réalisateur et du producteur. Ce que le public voit relève également en partie de la fiction, et peu d'indications sont fournies quant à la ligne qui démarque le documentaire de la dramatique. En outre, inspirés par leurs visées personnelles, ceux qui participent à la création peuvent rendre la fiction pire que la réalité. Comme nous le verrons plus loin, la mini-série dont il est question en l'espèce est un exemple parfait de cette possibilité. Enfin, la diffusion d'un docudrame à la télévision, peut-être aux heures de grande écoute, en accroît l'influence potentielle sur le public en général. La télévision est à beaucoup d'égards plus influente que la presse. Rares sont ceux qui nieraient que les

serve to demonstrate that the potential of docudramas to influence prospective jurors may be significant. Much will depend, however, on the particular facts of each case.

Analysing publication and broadcast bans through the prism of s. 1 is a useful analytical exercise, but in doing so I do not wish to be taken as laying out a rigid process which lower courts must follow. The essence of the decision to issue a ban or not is a balancing of various factors to determine whether such a preventive measure is a necessary and reasonable response to the facts of any given case. Thus the trial judge must consider the nature of the threat to the fairness of the trial, including the susceptibility of juries to being influenced, the extent of the restriction on freedom of expression and the availability of alternative measures.

Though there is a tendency in *post facto* assessments to say trials were either fair or not, the determination of whether to take preventive measures is by its very nature neither black nor white. The balancing which underpins the decision to order or refuse a ban is necessarily an imprecise science. Judges approaching such decisions either at first instance or at a review stage should keep this reality in mind.

Appellate review of such findings must therefore respect the discretion accorded to trial judges. The findings as to whether there is a real and substantial risk to the fairness of the trial process is a question of mixed fact and law. If the trial judge uses the correct standard and applies it in a reasonable manner, then an appellate court should not overturn the decision. The crucial question is whether the finding was arbitrary or whether there is a basis for it in the evidence. If there is a basis in the evidence for the conclusion, then deference

images animées sont souvent plus solidement ancrées dans la mémoire des gens que la prose, fut-elle la meilleure. Tous ces facteurs permettent de penser que les docudramas risquent fort d'influencer les candidats jurés. Cela dépend toutefois beaucoup des faits de chaque cas.

Analyser une interdiction de publication et de diffusion par le prisme de l'article premier est un exercice utile, mais je ne souhaite pas pour autant que l'on croie que j'élabore de ce fait un processus rigide auquel les tribunaux d'instance inférieure doivent adhérer. La décision d'ordonner ou non une interdiction repose essentiellement sur la pondération de divers facteurs en vue de déterminer si le recours à cette mesure préventive est nécessaire et raisonnable compte tenu des faits d'une affaire donnée. Aussi, le juge du procès doit-il considérer la nature de la menace posée à l'équité du procès, dont la possibilité que les jurés soient influencés, l'ampleur de la restriction à la liberté d'expression et l'existence d'autres mesures.

Bien qu'on ait tendance, après-coup, à dire qu'un procès était soit équitable, soit inéquitable, la décision de prendre ou non des mesures préventives se situe, de par sa nature même, dans une zone grise. La pondération qui fonde la décision d'ordonner ou de refuser une interdiction est nécessairement une science inexacte. Les juges appelés à prendre ces décisions en première instance ou en appel devraient se rappeler cette réalité.

Le contrôle par voie d'appel des conclusions du juge du procès dans ce domaine doit par conséquent respecter son pouvoir discrétionnaire. La conclusion relative à la question de savoir s'il existe un risque réel et important d'atteinte à l'équité du procès est une question mixte de fait et de droit. Si le juge du procès utilise la norme pertinente et l'applique d'une manière raisonnable, alors le tribunal d'appel ne devrait pas annuler sa décision. Il s'agit fondamentalement de savoir si la conclusion est arbitraire ou si elle est motivée par

will be in order even though the appellate court might not have arrived at the same result.

The preceding discussion can be usefully summarized in the following general points. Publication and broadcast bans can be ordered to protect the fairness of a pending or current trial. These bans should be seen as possible complements to other measures available to guarantee the fairness of the trial process. The fact such bans restrict freedom of expression and freedom of the press means that they should be imposed only in exceptional cases. Trial judges should carefully consider the alternative measures available since they have the advantage of not restricting freedom of expression and freedom of the press. It is not necessary, however, for the trial judge to determine with certainty that the alternative measures would be insufficient to protect the fairness of the trial. What is required is that the trial judge be satisfied that the publication will create a real and substantial risk to the fairness of the trial, which available alternative measures will not prevent. The Anglo-Canadian tradition, as distinct from the American, allows greater scope for prophylactic measures. Consistent with this tradition and the distinct balance between the fundamental rights it implies, trial judges will possess an important discretion to issue publication and broadcast bans. In the special case of docudramas, the impairment of freedom of expression where a judge issues a temporary broadcast ban may well be minimal in comparison to the risk which such productions represent to the right to a fair trial. A judge may thus be fully justified in issuing a temporary ban where the surrounding circumstances and the nature of the publication create a real and substantial risk to the fairness of the trial. As the Chief Justice has noted, where circumstances permit it is desirable for the trial judge to review the proposed publication as part of the evidence before determining whether to issue a ban. Finally, the decision of a trial judge, made after weighing all the factors, should not be interfered with unless it is based on an error in principle or it cannot be reasonably supported on the evidence. Mere disagreement with her/his conclusion is not enough. With these general princi-

la preuve. Si elle est justifiée par la preuve, le tribunal d'appel doit faire montre de retenue en dépit du fait qu'il ne serait peut-être pas arrivé à la même conclusion.

a

On peut résumer l'analyse qui précède comme suit. L'interdiction de publication et de diffusion peut être ordonnée en vue de préserver le caractère équitable d'un procès à venir ou en cours. On doit l'envisager à titre de complément possible à d'autres mesures susceptibles de garantir l'équité d'un procès. Du fait qu'elle restreint la liberté d'expression et la liberté de presse, on ne doit y avoir recours que dans les cas exceptionnels. Le juge du procès doit considérer soigneusement les autres mesures disponibles puisque celles-ci offrent l'avantage de ne pas restreindre la liberté d'expression et la liberté de presse. Il n'est en revanche pas nécessaire que le juge du procès détermine avec certitude que les autres mesures ne suffiraient pas à garantir l'équité du procès. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que la publication engendrera un risque réel et important quant à l'équité du procès, risque que les autres mesures n'écartent pas. Contrairement à la tradition américaine, la tradition anglo-canadienne accorde une plus grande place aux mesures préventives. Conformément à cette tradition et à l'équilibre distinct que celle-ci suppose entre les droits fondamentaux, le juge du procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'interdiction de publication et de diffusion. Dans le cas particulier des docudramas, l'atteinte à la liberté d'expression causée par l'interdiction de diffusion temporaire prononcée par le juge peut très bien être minime comparativement au risque que ces productions représentent quant au droit de subir un procès équitable. Le juge peut donc être tout à fait justifié de prononcer une interdiction temporaire lorsque le contexte et la nature de la publication créent un risque réel et important quant à l'équité du procès. Comme le Juge en chef l'a fait remarquer, lorsque les circonstances le permettent, il est souhaitable que le juge du procès examine la publication prévue, à titre d'élément de preuve, avant de se prononcer sur l'interdiction. Enfin, la décision qu'un juge du procès rend après avoir pesé tous les facteurs ne devrait être modifiée que si elle est fondée sur une erreur de principe ou

ples in mind, I turn to the specific facts of this case.

2. Applying the General Principles to the Facts of this Case

Perhaps the best way to understand the facts of the case on appeal is through the affidavits which were before Gotlib J. The affidavit of Ronald F. Caza in support of the application for a broadcast ban provided the judge with an overview of the two-part mini-series. Mr. Caza viewed the film at a special screening organized by the National Film Board ("NFB"). At that time and when he gave affidavit evidence, Mr. Caza was retained by the Brothers of the Christian Schools of Ottawa. The following excerpts usefully summarize the content of the mini-series:

3. The film is divided into two parts. The first part covers a certain time period during which physical and sexual abuse is inflicted upon children residing in an orphanage run by a lay religion order of brothers. The second part takes place 15 years later, when a brother and a former brother undergo criminal trials and a public inquiry looks into allegations of a cover-up at the orphanage.

10. In the film, it seems that the majority of the brothers are abusing the children. In fact, there only seems to be one brother who is not abusing the children and he is seemingly intimidated by the other brothers. . . .

12. In the second part of the film, the audience witnesses the trials of the superintendent and another brother. The lawyers representing the brother and former brother are portrayed as being cruel and insensitive. They are also portrayed as treating the victims in a seemingly heartless and unnecessary manner.

15. Because the audience has witnessed all of the actual physical and sexual assaults, the contentions of the defence lawyers seem ridiculous and misleading. The

qu'elle ne puisse être raisonnablement étayée par la preuve. Un simple désaccord avec les conclusions du juge ne suffit pas. À la lumière de ces principes généraux, je me penche maintenant sur les faits particuliers de l'affaire.

2. Application des principes généraux aux faits de l'espèce

La meilleure façon de comprendre les faits de l'espèce est sans doute de se référer aux affidavits soumis au juge Gotlib. L'affidavit de Ronald F. Caza joint à la demande d'interdiction de diffusion a permis au juge d'avoir une vue d'ensemble de la mini-série en deux parties. Monsieur Caza a visionné le film lors d'une projection spéciale organisée par l'Office national du film («ONF»). À cette époque, et au moment où M. Caza a témoigné, ses services avaient été retenus par les Frères des écoles chrétiennes d'Ottawa. Les extraits suivants résument bien le contenu de la mini-série:

[TRADUCTION] 3. Le film se divise en deux parties. La première couvre la période au cours de laquelle des abus physiques et sexuels sont infligés à des enfants résidant dans un orphelinat dirigé par un ordre religieux de frères laïcs. La seconde se déroule 15 ans plus tard, au moment où un frère et un ancien frère subissent leur procès criminel et où une enquête publique étudie les allégations de camouflage dans l'orphelinat.

10. Dans le film, il semble que la majorité des frères agressait les enfants. En fait, un seul frère semble ne pas s'adonner à cette pratique, et il semble intimidé par les autres frères. . . .

12. Dans la seconde partie du film, le public est témoin des procès du directeur et d'un autre frère. Leurs avocats font figure d'être cruels et froids. On les présente également comme traitant les victimes d'une manière en apparence inutilement insensible.

15. Le public ayant été témoin de toutes les agressions physiques et sexuelles, les prétentions des avocats de la défense semblent ridicules et trompeuses. On donne au

audience is left with the feeling that the victims, no matter what problems there may be with their testimony, should be believed because all of their problems are due to the abuse inflicted upon them by the brothers.

Mr. Caza's general view of the mini-series was echoed in an article entitled "Film gives voice to abuse victims" published in the *Toronto Star* on 29 November 1992. A copy of this article was attached as an exhibit to the affidavit of Angelo S. Callegari in support of the application. The article demonstrates poignantly the relevance of the mini-series to the trials of the respondents (at p. H1):

Yes, it's the Mount Cashel saga, with echoes of other cases recently prosecuted in Ontario, in Canada's Western provinces, and in the United States. Direct references are thinly veiled, and Smith and his producers at the NFB and CBC are careful to include a disclaimer assuring viewers that this is not a re-enactment of any specific series of events, nor a portrayal of real people.

Each of those cases was so similar, however, even to the degree of government disinterest in legitimate complaints, that they are almost interchangeable. Given recent revelations, *The Boys of St. Vincent* takes on the semblance of a modern morality play; its plot points and characters are ubiquitous, almost part of contemporary folk lore.

The CBC did not seek to cross-examine in respect of these two affidavits nor did they request that Gotlib J. view the mini-series. The CBC relied on a single affidavit in opposing the application. The essence of the CBC's response to the application as reflected in the affidavit of Michael Hughes was that the mini-series was not about the respondents and that by setting the series in Newfoundland there was no risk of confusion. This assertion, however, stands in stark contrast to the disclaimer which appeared at the beginning of the film and which explained that though the series was not a reenactment of any actual event, it was "inspired by recent events in Newfoundland and elsewhere in Canada". Mr. Hughes went on to explain, referring to the briefing note from the NFB, that "THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention,

public l'impression que, peu importe les faiblesses de leur témoignage, les victimes devraient être crues parce que toutes leurs difficultés sont le fruit de l'abus qu'elles ont subi aux mains des frères.

^a L'opinion générale de M. Caza sur la mini-série a été reprise dans un article intitulé [TRADUCTION] «Un film donne la parole à des victimes d'abus», publié dans le *Toronto Star* du 29 novembre 1992.
^b Un exemplaire de cet article était joint à l'affidavit d'Angelo S. Callegari à l'appui de la demande. L'article illustre de façon bouleversante la pertinence de la mini-série relativement aux procès des intimés (à la p. H1):

^c [TRADUCTION] Oui, il s'agit de la saga de Mount Cashel et du rappel d'autres affaires qui ont récemment fait l'objet de poursuites en Ontario, dans l'Ouest canadien et aux États-Unis. Des références directes sont à peine voilées, et Smith et ses réalisateurs de l'ONF et de la SRC prennent soin d'avertir le téléspectateur qu'il ne s'agit pas d'une reconstitution d'événements particuliers, ni d'un portrait de personnes vivantes.

^e Ces affaires étaient si semblables cependant, même pour ce qui est du peu d'intérêt manifesté par les gouvernements à l'égard de plaintes légitimes, qu'elles sont pour ainsi dire interchangeables. Compte tenu des révélations récentes, *Les garçons de Saint-Vincent* prend l'allure d'une pièce de théâtre moderne sur la moralité; la trame et les personnages sont marqués d'ubiquité, et font presque partie du folklore contemporain.

^g La SRC n'a pas cherché à contre-interroger relativement à ces deux affidavits, ni n'a-t-elle demandé au juge Gotlib de visionner la mini-série. Elle n'a soumis qu'un seul affidavit à l'encontre de la demande. Essentiellement, comme en fait foi l'affidavit de Michael Hughes, la SRC a fait valoir que la mini-série ne portait pas sur les intimés et qu'en situant la mini-série à Terre-Neuve, il n'y avait aucun risque de confusion. Cette prétention tranche toutefois avec l'avertissement servi au commencement du film, qui explique que, bien que la série ne soit pas une reconstitution d'un événement véritable, elle a été «inspirée en partie d'événements qui se seraient produits à Terre-Neuve et ailleurs au Canada». Monsieur Hughes a ensuite expliqué, en se référant aux notes de production de l'ONF, que [TRADUCTION] «LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question

and is intended to help bring the public to better understand this very serious issue of sexual abuse". Finally, Mr. Hughes pointed to the losses which CBC would suffer if the broadcast ban was granted. These damages included approximately \$600,000 in lost advertising revenues and expenditures.

Gotlib J. noted that the four charges involved "a highly explosive and inflammatory issue to be decided by, in effect, four separate juries in four separate courts" and that there had "already been widespread publicity". She saw no reason "to add fuel to the fire", given the imminence of the three remaining trials and the fact that they would be finished by the fall of 1993, some eight months later. Gotlib J. rejected the alternative remedies proposed by the CBC stating that they begged the question. Finally, she concluded:

In all, I am satisfied that the harm that would be caused by the showing of this particular film before the jury trials of the three remaining accused persons would be such that the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised.

Gotlib J. thus believed she was faced with a situation in which the gathering of an impartial jury would have been seriously compromised given the substantial publicity. The "fire" was burning strong and thus the alternative measures were bound to be ineffective. She therefore believed she had little choice but to temporarily ban the mini-series in order to protect the fairness of the pending trials.

The affidavit evidence reviewed above clearly supports Gotlib J.'s findings. The mini-series was a work of fiction, but it was based on a number of similar, "almost interchangeable" cases. The appellants did not directly challenge this assertion and conceded before the Court of Appeal that there were parallels between the events depicted in the film and the charges which the respondents were facing at the time. These parallels take on great significance in light of the particular way in which

d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale, et qui est destinée à amener le public à mieux comprendre le phénomène très grave de l'abus sexuel». Enfin, M. Hughes a souligné les pertes que la SRC subirait si l'interdiction de diffusion était accordée. Ces pertes incluaient des revenus de publicité et des dépenses d'environ 600 000 \$.

b Le juge Gotlib a signalé que, dans le cadre des quatre accusations portées, [TRADUCTION] «quatre jurys distincts sont en fait appelés à trancher dans quatre cours distinctes une question fort explosive et incendiaire», et qu'il y avait [TRADUCTION] «déjà eu énormément de publicité». Elle ne voyait aucune raison [TRADUCTION] «de jeter de l'huile sur le feu», compte tenu de l'imminence des trois procès à venir et du fait qu'ils seraient terminés à l'automne 1993, quelque huit mois plus tard. Le juge Gotlib a rejeté les autres recours proposés par la SRC en disant qu'ils éludaient la question. Enfin, elle a conclu:

e [TRADUCTION] En définitive, je suis convaincue que la diffusion de ce film avant les procès par jury des trois autres accusés causerait un préjudice tel que la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise.

f Le juge Gotlib estimait donc que la sélection d'un jury impartial aurait été gravement compromise étant donné l'énorme publicité. Le «feu» faisait rage, si bien que les autres mesures ne pouvaient qu'être inefficaces. Elle a par conséquent estimé n'avoir d'autre choix que d'interdire temporairement la diffusion de la mini-série afin de préserver le caractère équitable des procès à venir.

h La preuve par affidavit examinée précédemment appuie certainement les conclusions du juge Gotlib. La mini-série était une œuvre de fiction, mais elle était fondée sur de nombreuses affaires semblables, [TRADUCTION] «pour ainsi dire interchangeables». Les appelants ne s'en sont pas pris directement à cette affirmation et ont reconnu en Cour d'appel qu'il y avait des parallèles entre les événements décrits dans le film et les accusations portées contre les intimés à l'époque. Ces parallèles

the events were portrayed. The two-part dramatization left no doubt as to the accused's guilt, impugned the tactics of the defence and alleged a cover-up. In my view, it was open for Gotlib J. to find on the basis of the evidence before her that even though the mini-series was not directly about any of the respondents, it would have seriously compromised the possibility of finding an impartial jury given the context of widespread prior publicity. Though this test differs on a formal level from the "real and substantial risk" test, I have little difficulty in concluding, as did the Court of Appeal of Ontario, that they are equivalent in substance.

On the basis of my examination of the record, I would add the following points in support of Gotlib J.'s position. The mini-series was to be shown in prime time and the CBC had spent \$97,000 on radio, billboard and print advertising. The direct audience was thus potentially huge. Furthermore, the risks were particularly great because of the nature of the media attention at the time. Michael Hughes, on behalf of the CBC, noted in his affidavit that "THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention. . .". The physical and sexual abuse which formed the subject matter of the mini-series therefore was not simply an issue of general public interest or in respect of which there was general public consciousness. Rather, public attention was being focused directly on the specific facts before the courts and the guilt or innocence of the persons who stood accused.

The information contained in the documents which appeared as exhibits to the affidavit of Michelle d'Auray, Director of Corporate Affairs for the NFB, and filed before the Court of Appeal buttress Gotlib J.'s concerns. In particular, the Production Notes prepared by the NFB illustrate my earlier point that in some cases docudramas will manipulate fiction so that it is worse than reality.

revêtent une importance considérable étant donné la façon dont les événements ont été présentés. L'adaptation en deux parties ne laissait aucun doute quant à la culpabilité des accusés, elle attaquait les stratégies de la défense et alléguait l'existence de tentatives visant à étouffer l'affaire. À mon sens, le juge Gotlib pouvait conclure, sur le fondement de la preuve qui lui a été soumise, que, même si la mini-série ne traitait directement d'aucun des intimés, elle aurait gravement compromis la sélection d'un jury impartial étant donné l'énorme publicité entourant déjà l'affaire. Bien que ce critère diffère sur le plan formel de celui du «risque réel et important», j'ai peu de difficulté à conclure, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, que, sur le fond, ils s'équivalent.

Sur le fondement de mon examen du dossier, j'ajouterais les éléments suivants à l'appui de la position du juge Gotlib. La mini-série devait être présentée aux heures de grande écoute et la SRC avait consacré 97 000 \$ à la publicité radiophonique, à l'affichage et à la publicité imprimée. L'auditoire direct était donc potentiellement énorme. En outre, les risques étaient particulièrement élevés en raison de l'ampleur de l'attention médiatique accordée à l'affaire à l'époque. Michael Hughes, pour le compte de la SRC, a affirmé dans son affidavit que «LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale. . .». L'abus physique et sexuel qui était l'objet de la mini-série n'était donc pas simplement une question d'intérêt public général ou qui éveille la conscience publique en général. L'attention du public était plutôt dirigée directement sur les faits particuliers qui se trouvaient devant les tribunaux et sur la culpabilité ou l'innocence des inculpés.

Les renseignements contenus dans les documents joints à l'affidavit de Michelle d'Auray, directrice des Affaires générales de l'ONF, et déposés en Cour d'appel, étayaient les conclusions du juge Gotlib. En particulier, les notes de production rédigées par l'ONF illustrent mes remarques antérieures que, dans certains cas, les docudrames manipulent la fiction de manière à la rendre pire

Being provocative and exaggerating reality is one way of making a strong impact on viewers and encouraging discussion. As noted above, the purpose of the production was stated by the NFB in the following terms:

THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention, and is intended to help bring the public to better understand this very serious issue of sexual abuse. It is our conviction that the public exploration of important and sensitive issues is an integral part of a process of seeking solutions.

The Production Notes explain some of the techniques used to achieve the desired impact on the viewing public. The voice of Pierre Letarte, the Director of Photography for the mini-series, was used in the Production Notes to describe some of the subtleties of the production design:

We put a lot of thought into the visual impact of the mini-series. Paintings from these centuries [the 18th and 19th] were very useful as inspiration, because the imagery was so dark and heavy, almost 'medieval'. That's a quality which you see reflected in the interior design of the orphanage, the priests' robes, even in the heavy crucifixes they carry.

All of these elements taken together leave no doubt in my mind that there was a sufficient basis upon which Gotlib J. could legitimately be concerned by the potential influence of the mini-series on the fairness of the trial process.

In issuing the ban, there is no question that Gotlib J. temporarily denied the appellants their freedom of expression. In many ways, however, this impairment was of a very minor nature. As I noted above, the mini-series is a work of fiction and not a news event. It therefore could be presented at a later date with minimal inconvenience. At the motion hearing, one of the primary inconveniences pointed to by the CBC was the potential financial loss a ban would cause. Lost advertising revenues or any other sort of commercial loss, however, cannot justify risking an accused's right to a fair trial. The opinion of Kerans J.A. in *Keegstra*

que la réalité. La provocation, de même que l'exagération de la réalité, sont une façon de créer un impact puissant sur le public et de susciter la discussion. Comme je l'ai signalé précédemment, l'objectif de la production a été énoncé par l'ONF dans les termes suivants:

[TRADUCTION] LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale, et qui est destinée à amener le public à mieux comprendre le phénomène très grave de l'abus sexuel. Nous sommes convaincus que l'examen sur la place publique de questions importantes et délicates fait partie intégrale du processus de recherche de solutions.

Les notes de production expliquent certaines techniques utilisées pour produire l'impact souhaité sur le public. Les propos de Pierre Letarte, directeur de la photographie pour la mini-série, sont repris dans les notes de production pour décrire certaines subtilités de la conception de la production:

[TRADUCTION] Nous avons mis beaucoup d'efforts dans l'impact visuel de la mini-série. Des peintures de ces siècles [le XVIII^e et le XIX^e] ont été des sources d'inspiration, car les images étaient tellement sombres et lourdes, presque «médiévales». C'est là une qualité que vous pouvez constater dans la décoration intérieure de l'orphelinat, dans les soutanes des prêtres, et même dans les lourds crucifix qu'ils portent.

Tous ces éléments considérés ensemble ne laissent aucun doute dans mon esprit qu'il y avait des raisons suffisantes pour que le juge Gotlib soit légitimement préoccupée par l'effet potentiel de la mini-série sur l'équité du procès.

En ordonnant l'interdiction, le juge Gotlib a sans aucun doute temporairement nié aux appellants leur liberté d'expression. À maints égards, toutefois, cette atteinte était très mineure. Je le répète, la mini-série est une œuvre de fiction et non de l'information. Elle pouvait donc être présentée ultérieurement sans trop d'inconvénients. À l'audition de la requête, la SRC a principalement fait valoir, au nombre des inconvénients, qu'elle risquait de subir une perte financière du fait de l'interdiction. Les recettes de publicité perdues ou toute autre perte commerciale ne peuvent cependant justifier que l'on compromette le droit d'un

(No. 2), *supra*, at p. 236, could have been invoked to reject the damages alleged by the CBC:

We emphasize that no reason is offered why immediate production is essential to the fair exercise of the right of free speech in the circumstances of this case. We accept that a commercial loss looms. And we accept, for the purpose of argument, that deliberate exploitation was not intended. Nevertheless, it seems to us that a person who mounts a production about a case pending before the courts is playing a dangerous game. We would not decide this case on the basis of sympathy for that commercial loss.

Furthermore, one would expect that a portion of these revenues would have been recouped when the mini-series was eventually broadcast.

Anytime a ban is issued, the spectre of chilling future endeavours must be a concern. Such a threat was raised in the affidavit of Michelle d'Auray. Ms. d'Auray, as Director of Corporate Affairs for the NFB, explained the mandate of the NFB and the potential consequences of a broadcast ban in respect of the mini-series in the following terms:

The NFB produces a significant number of dramatic productions that focus on stories derived from current societal circumstances, issues and problems. It is part of the NFB mandate. The consequences for the NFB if it is unable to air such productions if there is an imminent trial on a related subject-matter anywhere in Canada are immense.

With great respect for the opinion to the contrary, I cannot accept the suggestion that the consequences for producers of docudramas are immense. The purpose of the mini-series identified by the NFB and cited above reflects the relative "timelessness" of the production. Furthermore, the ban in this case was only a temporary restriction on the appellants' freedom of expression. Citing *CBC v. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719, Gotlib J. correctly limited the temporal scope of the ban to the conclusion of the respondents' trials. In this case, that time frame was some eight months with the three pending tri-

accusé à un procès équitable. L'opinion du juge Kerans dans *Keegstra* (No. 2), précité, à la p. 236, aurait pu être invoquée pour rejeter l'argument relatif aux dommages avancé par la SRC:

[TRADUCTION] Nous soulignons que l'on ne fait valoir aucune raison pour laquelle la présentation immédiate est essentielle à l'exercice légitime du droit à la liberté de parole dans les circonstances de l'espèce. Nous convenons que le risque d'une perte commerciale existe. Et nous reconnaissons, aux fins de la discussion, qu'on ne visait pas l'exploitation délibérée. Néanmoins, il nous semble que quiconque monte une production relativement à une affaire en instance devant les tribunaux joue un jeu dangereux. Nous ne trancherions pas cette affaire sur le fondement de la sympathie inspirée par cette perte commerciale.

Par ailleurs, on peut penser qu'une partie de ces recettes aurait été récupérée lors de la diffusion subséquente de la mini-série.

Chaque fois qu'une interdiction est ordonnée, il faut tenir compte du risque de décourager toute entreprise future. Une telle menace a été soulevée dans l'affidavit de Michelle d'Auray. Madame d'Auray, à titre de directrice des Affaires générales de l'ONF, a expliqué dans les termes suivants le mandat de l'ONF et les conséquences possibles d'une interdiction de diffusion de la mini-série:

[TRADUCTION] L'ONF produit un grand nombre d'œuvres dramatiques, dont la trame découle de situations, de questions et de difficultés avec lesquelles la société est aux prises. Cela fait partie du mandat de l'ONF. Si ce dernier n'est pas en mesure de diffuser ces productions parce qu'un procès sur un sujet relié est sur le point de commencer quelque part au Canada, il en subira des conséquences considérables.

En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne puis accepter la proposition suivant laquelle les conséquences pour les producteurs de docudrames sont considérables. L'objectif de la mini-série, énoncé par l'ONF et cité précédemment, reflète l'«intemporalité» relative de la production. En outre, l'interdiction en l'espèce n'était qu'une restriction temporaire de la liberté d'expression des appelants. Citant l'arrêt *CBC c. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719, le juge Gotlib a légitimement limité la durée de l'interdiction à la fin des procès des intimés. En l'espèce, ce délai était de quelque huit

als scheduled to start in February, April and sometime between May and July. There is little doubt that public exploration of the issues of child physical and sexual abuse through the misuse of authority would have remained topical at the end of the eight-month period. I see no basis for concluding that the NFB's stated purpose of provoking public exploration as an integral part of a process of seeking solutions was frustrated by the ban.

Though in general the ban did not represent an unreasonable restriction on freedom of expression, its geographic scope was clearly overbroad, as found by the Ontario Court of Appeal. Gotlib J.'s stated reason for extending the ban to all of Canada was her opinion that "the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised". Regardless of the soundness of this opinion, there was no legal possibility that the trials could be moved outside the province of Ontario and therefore Gotlib J. clearly went well beyond what was necessary to deal with the application of the respondents. For that reason, I would have limited the ban to any broadcast in the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

My review of the evidence, the reasons supporting the ban and the effect on the appellants' freedom of expression rights lead to the conclusion that, taken as a whole, the order of Gotlib J. reflected correct principle applied in a reasonable manner. Regardless of whether I would have issued a ban in this case, there was clearly a basis for Gotlib J.'s conclusions. Her decision to order a ban was a preventive measure which should be upheld as a legitimate exercise of the crucial discretion of the courts to protect the integrity of the trial process. In upholding Gotlib J.'s decision I think it is appropriate to repeat the words of Kerans J.A. in *Keegstra* (No. 2). A person who mounts a production about a case pending before the courts is playing a dangerous game. In general, it is prudent to wait until an ongoing or imminent trial is completed before broadcasting or mounting a docudrama.

mois, les trois procès devant s'ouvrir en février, en avril et quelque part entre mai et juillet. Il n'y a pas de doute que l'analyse, sur la place publique, du phénomène de l'abus physique et sexuel d'enfants résultant d'un abus de pouvoir aurait toujours été d'actualité à la fin de la période de huit mois. Je ne vois aucune raison de conclure que l'objectif énoncé par l'ONF de provoquer la discussion publique dans le cadre d'un processus de recherche de solutions ait été frustré par l'interdiction.

Bien qu'en général, l'interdiction n'ait pas déraisonnablement restreint la liberté d'expression, sa portée géographique était nettement excessive, ainsi que l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Gotlib a étendu l'interdiction à tout le Canada pour le motif que «la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise». Peu importe la sagesse de son opinion, il était en droit impossible que les procès se déroulent à l'extérieur de l'Ontario et, par conséquent, le juge Gotlib est nettement allée au-delà de ce qui était nécessaire pour traiter la demande des intimés. Pour ce motif, j'aurais limité l'interdiction à toute diffusion en Ontario et par CBMT-TV à Montréal.

Mon examen de la preuve, les motifs justifiant l'interdiction et l'effet sur la liberté d'expression des appelants me font conclure que, dans l'ensemble, le juge Gotlib a appliqué de façon raisonnable les principes pertinents. Peu importe que j'eusse ou non prononcé l'interdiction en l'espèce, les conclusions du juge Gotlib étaient manifestement fondées. Sa décision d'ordonner l'interdiction était une mesure préventive qui devrait être confirmée comme étant l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire essentiel des tribunaux de préserver l'intégrité du déroulement du procès. En confirmant la décision du juge Gotlib, il convient, à mon avis, de reprendre les propos du juge Kerans dans l'arrêt *Keegstra* (No. 2). Quiconque monte une production sur une affaire en instance devant les tribunaux joue un jeu dangereux. En général, il est prudent d'attendre qu'un procès en cours ou imminent soit terminé pour diffuser ou monter un docudrame.

For the foregoing reasons, I would allow the appeal in respect of the broadcast ban but only to the extent of limiting its scope to the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal. I am in agreement with the Chief Justice on the jurisdictional issue.

3. Disposition

In the exercise of this Court's jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act*, I would allow the appeal from the judgment of the Court of Appeal and set it aside for lack of jurisdiction. Likewise, in the cases of Dagenais and Monette, I would allow the appeal and set aside the orders of Gotlib J. for lack of jurisdiction. In the cases of Dugas and Radford, being in agreement with the conclusions of the Court of Appeal on the merits, I would dispose as it did of the appeal and uphold the order of Gotlib J. banning the broadcast of the mini-series, *The Boys of St. Vincent*, but limit its scope to the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — The respondents Dagenais, Monette, Dugas and Radford, members or former members of a religious order known as the Christian Brothers, were charged with physical and sexual abuse against boys in their care at training schools in Ontario. The Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") proposed to air a four-hour fictional drama called *The Boys of St. Vincent* during or prior to their trial. *The Boys of St. Vincent* depicted physical and sexual abuse of boys in a Catholic training school in Newfoundland. The respondents, alleging that the broadcast would prejudice the jurors and deny them fair trials, obtained a publication ban on the broadcast until the completion of their trials. The order was upheld with modifications in the Court of Appeal. The CBC asks this Court to set aside the ban on the ground that it violates the guarantee of freedom

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi relativement à l'interdiction de diffusion, mais seulement pour limiter sa portée à la province d'Ontario et à CBMT-TV à Montréal. Je suis d'accord avec le Juge en chef sur la question de compétence.

3. Dispositif

En vertu de la compétence conférée à notre Cour par l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé contre le jugement de la Cour d'appel et d'infirmer ce jugement pour absence de compétence. De même, dans les cas de Dagenais et de Monette, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer les ordonnances du juge Gotlib pour absence de compétence. Puisque, dans les cas de Dugas et de Radford, je souscris aux conclusions de la Cour d'appel sur le fond, je suis d'avis de me rallier à son dispositif de l'appel et de confirmer l'ordonnance du juge Gotlib interdisant la diffusion de la mini-série *Les garçons de Saint-Vincent*, tout en restreignant sa portée à l'Ontario et à CBMT-TV à Montréal.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Les intimés Dagenais, Monette, Dugas et Radford, membres ou anciens membres de l'ordre religieux des Frères des écoles chrétiennes, ont été accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins dans des centres d'éducation surveillée de l'Ontario. La Société Radio-Canada («SRC») se proposait de diffuser un drame fictif de quatre heures intitulé *The Boys of St. Vincent* (*Les garçons de Saint-Vincent*) pendant ou avant leur procès. *Les garçons de Saint-Vincent* décrivait les abus physiques et sexuels infligés à des garçons d'un centre catholique d'éducation surveillée de Terre-Neuve. Faisant valoir que la diffusion prèdisposerait les jurés et porterait atteinte à leur droit à un procès équitable, les intimés ont obtenu une interdiction de publication à l'égard de la diffusion jusqu'à la fin de leurs procès. La Cour d'appel a maintenu l'ordonnance en y apportant certaines modifications. La SRC demande à notre Cour d'annuler l'interdiction pour le motif qu'elle viole

of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appeal presents three issues, all of importance. The first is whether the *Charter*, which applies to “governmental action”, applies to a court-ordered publication ban. The second concerns the procedures by which such bans may be challenged. The third issue is the substantive one of whether the publication ban violated the guarantee of free speech found in s. 2(b) of the *Charter*. I would answer the first and third questions affirmatively. On the second, I would endorse the procedures proposed by the Chief Justice.

The Chief Justice does not deal with the first issue directly. He concludes that it can be avoided by focusing on the *Charter*'s application to the common law. A judge exercising judicial discretion to grant a publication ban would commit a reviewable error of law if the ban were not in accordance with the *Charter*. But this constitutes an implicit acceptance of the fact that judges in applying the law are bound by the *Charter*. While the question of whether a judicial act is government action is avoided, the practical result is the same as if one had answered that question in the affirmative; in either case, judicial acts must conform to the *Charter*. Indeed, the practical effect of the Chief Justice's approach may be even broader; it may mean that all court orders would be subject to *Charter* scrutiny. Even purely private litigation would be subject to review on *Charter* grounds. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, for example, the union would arguably have been able to raise a *Charter* challenge of the court's injunction, on the basis that if it infringed the *Charter*, it would not have been authorized by the common law rule which gave the judge the discretion to order it. The judge would have thereby committed a reviewable error of law, and the result in the case would have been different on the issue

la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi soulève trois questions, toutes importantes. La première consiste à savoir si la *Charte*, qui s'applique à toute «action gouvernementale», est applicable à une interdiction de publication ordonnée par un tribunal. La deuxième concerne les procédures de contestation de l'interdiction. La troisième, de fond celle-là, est de savoir si l'interdiction de publication a porté atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La première et la troisième questions doivent à mon avis recevoir une réponse affirmative. Quant à la deuxième, je fais miennes les procédures proposées par le Juge en chef.

d

Ce dernier ne répond pas directement à la première question. Il conclut que l'on peut la contourner en mettant l'accent sur l'application de la *Charte* à la common law. Le juge qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, rend une ordonnance de non-publication incompatible avec la *Charte*, commet une erreur donnant lieu à révision. Toutefois, on admet alors implicitement que, dans l'application du droit, les juges sont liés par la *Charte*. Bien que l'on contourne la question de savoir si un acte judiciaire est une action gouvernementale, en pratique le résultat est le même que si l'on avait répondu à cette question dans l'affirmative; dans l'un et l'autre cas, les actes judiciaires doivent être conformes à la *Charte*. En fait, la solution du Juge en chef peut avoir des incidences pratiques même plus vastes; elle peut signifier que toutes les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen dans le cadre de la *Charte*. Même un litige exclusivement privé serait assujéti à un contrôle dans le cadre de la *Charte*. Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par exemple, le syndicat aurait pu, en se fondant sur la *Charte*, contester l'injonction du tribunal pour le motif que, si elle portait atteinte à la *Charte*, elle ne pouvait être autorisée par la règle de common law qui conférerait au juge le pouvoir discrétionnaire de l'ordonner. Le juge aurait ainsi commis une erreur de droit donnant lieu à révision, et la ques-

of jurisdiction. It seems to me better in these circumstances to confront the first issue directly.

1. Does the *Charter* Apply to a Court-Ordered Publication Ban?

Constitutional guarantees of rights may apply in two ways. They may apply “vertically” to relations between the individual and the state. They may also apply “horizontally”, governing relations between private individuals and corporations. The Canadian *Charter* falls into the former category. Section 32 of the *Constitution Act, 1982* states that the *Charter* applies “to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament” and “to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province”. The publication ban here in issue was not made by Parliament or a legislature. So the question is whether it can be considered an act of “government” in relation to a matter within the authority of Parliament or the legislatures.

The respondents argue that the ban is not subject to the *Charter* because it is an order of the court and the courts are not “government” within the meaning of s. 32 of the *Charter*. They rely on the statement of McIntyre J., writing for the majority of this Court in *Dolphin Delivery*, at p. 600, that “[w]hile in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial”, for the purposes of *Charter* application he could not equate “the order of a court with an element of governmental action”.

While this statement seems broad, it must be read in the context of the case. At issue in *Dolphin Delivery* was a court order resolving a dispute between private parties. The argument was that because the court had made the order, the *Charter*

tion de compétence soulevée dans l’affaire aurait été tranchée différemment. Dans les circonstances de l’espèce, il me semble préférable d’attaquer la première question directement.

1. La *Charte* s’applique-t-elle à l’interdiction de publication ordonnée par un tribunal?

Les garanties constitutionnelles applicables aux droits peuvent prendre deux formes. Elles peuvent s’appliquer «verticalement» aux relations entre les particuliers et l’État, ou «horizontalement», dans les relations entre les particuliers et les personnes morales. La *Charte* canadienne relève de la première catégorie. Aux termes de l’art. 32 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte* s’applique «au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement» et «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». L’interdiction de publication contestée en l’espèce n’a pas été prononcée par le Parlement, ni par une législature. La question est donc de savoir si elle peut être considérée comme un acte du «gouvernement» relativement à un domaine qui relève du Parlement ou des législatures.

Les intimés soutiennent que l’interdiction n’est pas assujettie à la *Charte* pour le motif qu’elle a été ordonnée par un tribunal, et que les tribunaux ne sont pas un «gouvernement» au sens de l’art. 32 de la *Charte*. Ils invoquent les propos du juge McIntyre qui, à la p. 600 de l’arrêt *Dolphin Delivery*, précité, a écrit, au nom de notre Cour à la majorité, que «[m]ême si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l’un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire», pour les fins de l’application de la *Charte*, on ne peut assimiler «l’ordonnance d’un tribunal à un élément d’action gouvernementale».

Ces propos semblent généraux, mais ils doivent être lus dans le contexte de l’affaire. Dans *Dolphin Delivery*, on contestait une ordonnance judiciaire résolvant un litige entre des particuliers. On y a fait valoir que, puisque le tribunal avait rendu l’ordon-

should apply. To accept this argument would have been to take the *Charter* into the realm of relations between individuals, which s. 32 clearly never contemplated. As Professor Hogg puts it, “the reason for the decision is that a contrary decision would have the effect of applying the Charter to the relationships of private parties that s. 32 intends to exclude from Charter coverage, and that ought in principle to be excluded”: *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 34-16. The *ratio decidendi* of *Dolphin Delivery*, as Professor Hogg asserts, must be that “a court order, when issued as a resolution of a dispute between private parties, and when based on the common law, is not governmental action to which the Charter applies” (p. 34-16).

In two subsequent cases, this Court has accepted that the *Charter* could apply to court orders in some circumstances. In *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, the Court concluded that a trial judge’s conduct in ordering 19 adjournments in alleged violation of the accused’s rights to a trial within a reasonable time must conform to the *Charter*. La Forest J. stated that it seemed obvious that “the courts, as custodians of the principles enshrined in the *Charter*, must themselves be subject to *Charter* scrutiny in the administration of their duties” (p. 633). In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court held that a court order directed to maintaining access to the courts attracted *Charter* scrutiny, reasoning that if *Charter* rights are to have practical effect, then there must be access to a fair court process which itself complies with the *Charter*. Dickson C.J., for the majority of the Court, distinguished *Dolphin Delivery* on the basis that the injunction in that case was issued to resolve “a purely private dispute” (p. 243). Observing that the motivation for the court’s action was “entirely ‘public’ in nature”, Dickson C.J. continued (at p. 244):

nance, la *Charte* devait s’appliquer. Souscrire à cet argument aurait eu pour effet d’entraîner la *Charte* dans le domaine des relations entre particuliers, ce que l’art. 32 n’a manifestement jamais envisagé. Comme le professeur Hogg le dit, [TRADUCTION] «il en a été décidé ainsi parce qu’une décision contraire aurait pour effet d’appliquer la *Charte* aux relations entre particuliers, alors que l’art. 32 vise à exclure de la portée de la *Charte* cet élément qui, en principe, devrait être exclu»: *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 34-16. Dans *Dolphin Delivery*, comme le soutient le professeur Hogg, la *ratio decidendi* doit être que [TRADUCTION] «lorsqu’elle vise à résoudre un conflit entre particuliers et qu’elle est fondée sur la common law, l’ordonnance judiciaire n’est pas une action gouvernementale à laquelle la *Charte* s’applique» (p. 34-16).

Dans deux affaires ultérieures, notre Cour a admis que la *Charte* puisse s’appliquer aux ordonnances judiciaires dans certaines circonstances. Dans l’arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, la Cour a conclu que le comportement du juge du procès qui ordonne 19 ajournements, présumément en violation du droit de l’accusé à un procès dans un délai raisonnable, doit être conforme à la *Charte*. Selon le juge La Forest, il semblait évident que «les tribunaux, à titre de gardiens des principes enchâssés dans la *Charte*, doivent eux-mêmes être assujettis à l’examen que prévoit la *Charte* dans l’exécution de leurs fonctions» (p. 633). Dans l’arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a conclu que l’ordonnance d’un tribunal visant à faciliter l’accès aux tribunaux entraînait un examen fondé sur la *Charte* puisque, si les droits garantis par la *Charte* doivent avoir un effet pratique, on doit pouvoir avoir accès à un processus judiciaire équitable qui soit lui-même compatible avec la *Charte*. S’exprimant au nom de notre Cour à la majorité, le juge en chef Dickson a établi une distinction d’avec *Dolphin Delivery* car l’injonction dans cette affaire visait à résoudre «un différend purement privé» (p. 243). Remarquant que la cour avait agi pour des motifs de «caractère entièrement «public»», le juge en chef Dickson a ajouté, à la p. 244:

The criminal law is being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*. At the same time, however, this branch of the criminal law, like any other, must comply with the fundamental standards established by the *Charter*.

These cases suggest that court orders in the criminal sphere which affect the accused's *Charter* rights or procedures by which those rights may be vindicated must themselves conform to the *Charter*. This is consistent with the fact that many *Charter* rights clearly contemplate review of judicial acts or omissions. As Professor Hogg points out (at p. 34-15), nearly all of the rights guaranteed to criminal defendants by s. 11 of the *Charter* entail some sort of action on the part of courts. Many of the other legal rights included in the *Charter*, such as ss. 12, 13 and 14, also contemplate judicial action.

L'Heureux-Dubé J. suggests that the *Charter* is applicable only to certain judicial activity, rather than court orders *per se*. With respect, I do not see this as a tenable distinction. The judge's order is the effective distillation of judicial activity; consequently it is upon the order that one must focus.

The question of what court orders attract the *Charter* is a large question, the answer to which is best determined on a case-to-case basis. For present purposes, it is sufficient to observe that *Rahey* and *B.C.G.E.U.* delineate one area in which orders of a court will be subject to *Charter* scrutiny. Court orders in the criminal sphere which affect *Charter* rights or the ability to enforce them are themselves subject to the *Charter*. This much, at a minimum, is required if *Charter* rights are to be meaningful.

Il s'agit de l'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. En même temps, toutefois, on doit dans cette branche du droit criminel, comme dans n'importe quelle autre, se conformer aux normes fondamentales établies par la *Charte*.

Ces affaires donnent à entendre que les ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un accusé ou aux procédures par lesquelles ces droits peuvent être défendus, doivent elles-mêmes se conformer à la *Charte*. De nombreux droits garantis par la *Charte* prévoient d'ailleurs manifestement le contrôle d'actes ou omissions judiciaires. Comme le professeur Hogg le souligne (à la p. 34-15), pour ainsi dire tous les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* aux défendeurs dans les procès criminels entraînent quelque action des tribunaux. Plusieurs des autres garanties juridiques prévues dans la *Charte*, comme aux art. 12, 13 et 14, envisagent également l'action judiciaire.

Selon le juge L'Heureux-Dubé, la *Charte* s'applique seulement à une certaine activité judiciaire, plutôt qu'aux ordonnances judiciaires comme telles. En toute déférence, je ne vois pas là une distinction défendable. En rendant une ordonnance, le juge se trouve effectivement à exercer une activité judiciaire; c'est donc sur l'ordonnance que l'on doit porter notre attention.

La question de savoir quelles ordonnances judiciaires entraînent l'application de la *Charte* est générale, et est mieux résolue au cas par cas. Pour les fins de l'espèce, il suffit de dire que les arrêts *Rahey* et *B.C.G.E.U.*, précités, circonscrivent une sphère à l'intérieur de laquelle les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen fondé sur la *Charte*. Les ordonnances judiciaires en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte* ou à la capacité de les faire exécuter sont elles-mêmes assujetties à l'application de la *Charte*. C'est là le minimum requis si l'on souhaite que les droits garantis par la *Charte* aient un sens.

The case at bar falls into this category. The publication ban was related to the protection of the accused's constitutional right to a fair trial, just as in *Rahey* the order related to the accused's right to a timely trial. In both cases the *Charter* must apply. From the perspective of *B.C.G.E.U.*, the ban may be viewed as a case of the "criminal law . . . being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*" (p. 244). It follows that the *Charter* applies to the order under appeal.

2. Procedural Matters

If the *Charter* applies to publication bans, the question arises of the procedure to be followed by a person who wishes to challenge a ban on the ground that it violates the *Charter*. The parties to the litigation may use the existing procedures. The problem is that these procedures, premised on a simple contest between the Crown and the accused, or between litigating parties, do not contemplate motions and appeals brought by third parties, such as the media. Those parties now may assert *Charter* rights and guarantees. How are they to assert those rights?

The cardinal principle underlying these procedural issues is that the courts must be able to provide a full and effective remedy for any *Charter* infringement. I am of the view that a full and effective remedy requires more than the opportunity to address the trial court prior to the issuance of the ban. It must include recourse to an appellate tribunal. The scope of *Charter* rights is often unclear. A person who alleges that his or her *Charter* rights have been infringed must be permitted to challenge a narrow interpretation and seek resolution of their ambit on appeal. The appellate procedures which the Chief Justice has outlined satisfy this minimal requirement. While they involve some extension of the common law remedy of *certiorari*, I believe this extension is warranted in the case of appeals from press bans and hence justified under s. 24(1) of the *Charter*. The extension is warranted because there is no other way that over-

La présente affaire entre dans cette catégorie. L'interdiction de publication visait à protéger le droit constitutionnel des accusés à un procès équitable tout comme, dans l'affaire *Rahey*, l'ordonnance portait sur le droit de l'accusé à un procès dans un délai raisonnable. Dans les deux cas, la *Charte* doit s'appliquer. Dans l'optique de l'arrêt *B.C.G.E.U.*, précité, l'interdiction peut être considérée comme une affaire d'«application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*» (p. 244). Il s'ensuit que la *Charte* s'applique à l'ordonnance faisant l'objet de l'appel.

2. Questions procédurales

Si la *Charte* s'applique aux interdictions de publication, il s'agit de savoir comment doit s'y prendre la personne qui souhaite contester l'interdiction pour le motif qu'elle viole la *Charte*. Les parties au litige peuvent utiliser les procédures existantes. Toutefois, ces procédures, fondées sur un simple débat entre le ministère public et l'accusé, ou entre des parties opposées, ne prévoient pas les requêtes et les appels interjetés par des tiers, comme les médias. Ces derniers peuvent maintenant faire valoir des droits et des garanties prévus dans la *Charte*. Comment doivent-ils s'y prendre?

Ces questions de procédure reposent sur le principe capital selon lequel les tribunaux doivent pouvoir accorder une réparation pleine et efficace relativement à toute violation de la *Charte*. Je suis d'avis qu'une réparation pleine et efficace signifie davantage que la possibilité de se présenter devant le tribunal de première instance avant la délivrance de l'interdiction. Elle doit comprendre un recours à un tribunal d'appel. L'étendue des droits garantis par la *Charte* est souvent confuse. La personne qui allègue que les droits que lui garantit la *Charte* ont été violés doit avoir la possibilité de contester toute interprétation restrictive et de demander que la portée de ses droits soit délimitée en appel. Les procédures d'appel que le Juge en chef a exposées répondent à cette exigence minimale. Bien que ces procédures demandent un certain élargissement de la réparation de common law qu'est le *certiorari*, je suis d'avis que cet élargissement est justifié dans

broad publication bans can effectively be limited on appeal. Appeals from verdict prescribed by the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, do not cover orders for press bans. Absent an expanded common law appeal remedy such as that proposed by the Chief Justice, parties alleging an infringement of their freedom of expression by reason of the press ban would have no means of resolving the ambit of their rights on appeal. Given the approach to the first issue which I have proposed, a press ban might be challenged on the basis of error of law in that it constitutes a direct violation of the *Charter*.

Applied to press bans, the appeal routes proposed by the Chief Justice do not pose the problem of interrupting and delaying the criminal trial, a consequence against which this Court firmly set its face in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The appeals from a press ban are collateral to the trial, and may proceed at any time without affecting the trial process. If the trial is concluded before the matter is resolved on appeal, that must be accepted as the price of protecting the accused's and the public's interest in prompt and expeditious resolution of criminal trials. The party contesting the ban may be denied an immediate right to report on the proceedings in question. But the appeal may still serve the overarching purpose required by the *Charter* of allowing the *Charter* rights at issue to be defined for a future day.

This leaves the problem of what would happen in a case of a third party appeal on an issue central to a trial. For example, a witness might decline to testify on certain matters on grounds of privilege. The trial judge might find no privilege and order the witness to testify. Could the witness then follow the same appeal procedures outlined by the

le cas d'appels d'interdictions de publication et, par conséquent, justifié sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Il est rendu légitime par l'absence de tout autre moyen de restreindre efficacement en appel les interdictions de publication excessivement larges. Les appels que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit contre les verdicts ne visent pas les ordonnances de non-publication. À défaut d'un droit d'appel élargi en common law, comme celui que propose le Juge en chef, les parties qui allèguent que l'interdiction de publication porte atteinte à leur liberté d'expression n'auraient donc aucun moyen de faire préciser la portée de leurs droits en appel. Étant donné la manière dont j'ai proposé de traiter la première question, l'interdiction de publication pourrait être contestée sur le fondement de l'erreur de droit parce qu'elle va directement à l'encontre de la *Charte*.

Appliqués aux interdictions de publication, les moyens d'appel proposés par le Juge en chef n'engendrent aucune interruption ni retard du procès criminel, conséquence contre laquelle notre Cour s'est élevée catégoriquement dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. L'appel de l'interdiction de publication est accessoire au procès et peut se dérouler n'importe quand, sans entraver le procès. Il se peut que celui-ci prenne fin avant que l'affaire soit tranchée en appel, mais c'est là le prix qu'il faut être disposé à payer pour protéger le droit de l'accusé et du public à ce que les procès criminels soient résolus avec diligence et rapidité. La partie qui conteste l'interdiction peut se voir refuser le droit immédiat de faire état des procédures en question. Mais l'appel peut tout de même servir l'objectif général prescrit par la *Charte*, qui consiste à permettre que les droits en question, garantis par la *Charte*, soient délimités pour l'avenir.

Reste la question de savoir ce qu'il adviendrait de l'appel interjeté par un tiers sur une question essentielle au procès. Par exemple, un témoin pourrait refuser de témoigner sur certains points en invoquant un privilège. Le juge du procès pourrait conclure à l'encontre du privilège et ordonner au témoin de témoigner. Le témoin pourrait-il alors

Chief Justice? If so might the trial be interrupted? Such concerns lead L'Heureux-Dubé J. to reject any appeal rights in third parties.

I agree with L'Heureux-Dubé J. that the interruption of criminal trials by interlocutory and third party appeals must be eschewed. However, I am not convinced that the procedure proposed by the Chief Justice leads to this result. First, matters integral to the trial like whether a witness must divulge material claimed to be privileged, will often fall within the class of matters which may be appealed on an appeal from the verdict under the *Criminal Code*, arguably undercutting the need for expansion of common law appeal remedies. But more important, even if the third party were found to enjoy an immediate right of appeal, it does not follow that the trial would stop, pending the exercise of that right. Given the primacy of the principle that criminal trials are not to be interrupted by interlocutory appeals, the reviewing judge, whether proceeding by *certiorari* or on appeal, might properly defer decision until the termination of the criminal trial. Having said this, I must affirm that these are issues which are better left to a case where they squarely arise. My point is the modest one that adopting the procedures proposed by the Chief Justice should not be understood to derogate from the principle that criminal trials should not be interrupted and delayed for the purpose of pursuing interlocutory appeals.

I offer a final comment on this aspect of the case. While the procedures outlined by the Chief Justice meet the minimal requirements of the *Charter*, they are, as he acknowledges, far from perfect. I endorse his call for legislative action to provide clear and consistent *Charter* remedies, and strike the appropriate balance between the rights of those who allege their *Charter* rights are infringed, on the one hand, and the private and public interest

recourir aux procédures d'appel exposées par le Juge en chef? Dans l'affirmative, le procès serait-il interrompu? Ces questions ont amené le juge L'Heureux-Dubé à refuser tout droit d'appel aux tiers.

Je conviens avec elle qu'il faut éviter que les procès criminels soient interrompus par des appels interlocutoires et des appels interjetés par des tiers. Je ne suis toutefois pas convaincue que c'est l'effet que produirait la procédure proposée par le Juge en chef. D'une part, les questions qui font partie intégrante du procès, comme celle de savoir si un témoin doit divulguer des éléments qu'on allègue être privilégiés, entreront fréquemment dans la catégorie de questions dont il peut être interjeté appel dans le cadre d'un appel du verdict en vertu du *Code criminel*, ce qui atténue, pourrait-on soutenir, le besoin d'élargir les droits d'appel en common law. Qui plus est, même si on jugeait que le tiers jouit d'un droit d'appel immédiat, le procès ne serait pas interrompu en attendant que ce droit soit exercé. Compte tenu de la primauté du principe portant que les procès criminels ne doivent pas être interrompus par des appels interlocutoires, le juge siégeant en révision pourrait légitimement, à la suite d'un recours en *certiorari* ou d'un appel, repousser sa décision jusqu'à la fin du procès criminel. Cela étant dit, je dois affirmer que ce sont là des questions qu'il vaudrait mieux ne résoudre que lorsqu'elles se posent directement. Je me contente modestement de dire que les procédures établies par le Juge en chef ne devraient pas être considérées comme une dérogation au principe suivant lequel les procès criminels ne doivent pas être interrompus ni retardés à l'avantage des appels interlocutoires.

J'aimerais apporter un dernier commentaire sur cet aspect de l'affaire. Si les procédures proposées par le Juge en chef satisfont aux exigences minimales de la *Charte*, elles sont toutefois, comme il le reconnaît lui-même, loin d'être parfaites. Comme lui, je fais appel au législateur pour qu'il prévoie des réparations claires et compatibles fondées sur la *Charte* et établisse un juste équilibre entre, d'une part, les droits de ceux qui allèguent

that criminal trials proceed expeditiously and without interruption, on the other.

3. Did the Publication Ban Violate the *Charter*?

Freedom of expression is a right fundamental to democratic society. Accordingly, this Court has taken the view that the ambit of the right must be generously interpreted, going so far as to hold that even hate propaganda falls within the guarantee. Limitations on the guarantee may not be assumed; as a general rule, they must be justified, under s. 1 of the *Charter*.

The expression at issue on this appeal — the right to broadcast a fictional cinematic work — falls squarely within the ambit of s. 2(b) as defined by previous cases. The ban interfered with the right of the actors, directors and producers of the film to express themselves. There can be no doubt that the ban limited the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

The more difficult question is whether the ban can be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on freedom of expression, judged by the standards of a free and democratic society. Accepting the ban is a “limit” on s. 2(b) rights “prescribed by law”, one must weigh the gravity of the infringement of s. 2(b) against the objective to which the ban was directed.

Applying the criteria developed by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, one looks first to the objective of the ban. It is clear. It was to preserve the respondents’ rights to a fair trial — in particular to avoid the risk that an impartial jury could not be sworn, or if sworn, could not render a true verdict because of the poisonous effects of the publication.

que les droits que leur garantit la *Charte* ont été violés et, d’autre part, le droit du particulier et du public à ce que les procès criminels se déroulent rapidement et sans interruption.

3. L’interdiction de publication a-t-elle violé la *Charte*?

Dans une société démocratique, la liberté d’expression est un droit fondamental. Par conséquent, notre Cour a déclaré que la portée du droit doit recevoir une interprétation généreuse, allant même jusqu’à conclure que la propagande haineuse est protégée par cette garantie. Les restrictions à la garantie ne peuvent être présumées; en règle générale, elles doivent être justifiées aux termes de l’article premier de la *Charte*.

L’expression en cause dans le présent pourvoi — le droit de diffuser un ouvrage cinématographique fictif — relève clairement de la portée de l’al. 2b), circonscrite dans des affaires précédentes. L’interdiction entravait le droit des acteurs, des réalisateurs et des producteurs du film de s’exprimer. Il ne saurait faire de doute que l’interdiction restreignait leur liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*.

Plus complexe est la question de savoir si l’interdiction peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable à la liberté d’expression, en fonction des normes d’une société libre et démocratique. En tenant pour acquis que l’interdiction est une «limite» aux droits garantis par l’al. 2b), prescrite par «une règle de droit», il faut évaluer la gravité de la violation de l’al. 2b) par rapport à l’objectif visé par l’interdiction.

Suivant les critères que notre Cour a énoncés dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, on considère d’abord l’objectif de l’interdiction. Il est manifeste. Il visait à protéger le droit des intimés à un procès équitable — en particulier, à éviter le risque qu’un jury impartial ne puisse être assermenté, ou s’il l’était, qu’il ne puisse rendre un verdict honnête en raison des incidences néfastes de la publication.

The next step is whether the infringement is proportionate to, or justified by, this goal. Proportionality in this sort of case is not a question of deciding where the balance should be struck between a fair trial and freedom of expression. The right to a fair trial is fundamental and cannot be sacrificed. I agree with the Chief Justice that in general, the conflict model is largely inappropriate. Fair trials and open discussion tend to go hand in hand. Nevertheless, in some instances, such as that in the current case, unlimited free expression may interfere with the accused's right to a fair trial. As Dickson C.J. said for the Court in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 467-68:

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. . . . We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

There thus may be cases where special circumstances are presented which indicate a serious risk (as opposed to a speculative possibility) that a fair jury could not be sworn or, where jurors have already been sworn, that publicity might somehow find its way to them and prejudice them. In these cases, a ban may be justified, provided that it goes no further than required to avoid the demonstrated risk of an unfair trial.

The common law test for whether a ban should be ordered is that there is a real and substantial risk that a fair trial would be impossible if publication were not restrained. Properly applied, that test meets the requirements of justification of an infringing measure under s. 1 — that the infringement be rationally connected to the goal, that it be minimally intrusive, and that it be proportionate to

L'étape suivante consiste à déterminer si la violation est proportionnelle à son objectif, ou justifiée par celui-ci. Dans une affaire comme celle en l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer où se situe l'équilibre entre un procès équitable et la liberté d'expression. Le droit à un procès équitable est fondamental et ne peut être sacrifié. Je conviens avec le Juge en chef qu'en général, le principe du conflit est tout à fait inadéquat. Les procès équitables et la discussion ouverte tendent à aller de pair. Néanmoins, il se peut que, dans certains cas, comme celui en l'espèce, une liberté d'expression illimitée fasse entrave au droit de l'accusé à un procès équitable. Comme le juge en chef Dickson l'a affirmé pour notre Cour dans *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 467 et 468:

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. [. . .] Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Il peut donc y avoir des cas où des circonstances particulières indiquent qu'il y a un risque élevé (par opposition à une possibilité conjecturale) qu'aucun jury impartial ne puisse être assermenté ou, si les jurés ont déjà été assermentés, que la publicité puisse de quelque façon se rendre à eux et les prédisposer. Dans ce cas, l'interdiction peut être justifiée, pour autant qu'elle se limite à ce qui est nécessaire pour éliminer le risque établi que le procès soit inéquitable.

En common law, le critère qui sert à déterminer si une interdiction doit être ordonnée est de se demander s'il existe un risque réel et important qu'il soit impossible d'avoir un procès équitable, si l'on n'ordonne pas la non-publication. Appliqué correctement, ce critère satisfait aux exigences de justification, aux termes de l'article premier, d'une mesure qui viole un droit — la violation a un lien

the benefit achieved. What is required is that the risk of an unfair trial be evaluated after taking full account of the general importance of the free dissemination of ideas and after considering measures which might offset or avoid the feared prejudice. What must be guarded against is the facile assumption that if there is any risk of prejudice to a fair trial, however speculative, the ban should be ordered. The courts are the guardians not only of the right to a fair trial but of freedom of expression. Both must be given the most serious consideration.

Rational connection between a broadcast ban and the requirements of a fair and impartial trial require demonstration of the following. First, it would seem necessary to show that many people eligible to sit as jurors would see the broadcast; conversely, if a substantial number would not see it, there should be no problem selecting a jury from among them. Second, it must be shown that publication might confuse or predispose potential jurors. In the case of a fictional work, it should be shown that jurors will not be able to separate broadcast fiction from reality. Third, it must be shown that any confusion may not be dispelled by proper direction or by other measures, such as judicial directions, change of the venue of the trial, or more exacting jury selection processes. If after considering all such matters, the judge is still left with a real concern that there is a substantial risk the trial may be rendered unfair, a rational connection between the infringement of freedom of expression and the ban will have been established.

Once the rational connection has been established, the judge must go on to ensure that the ban is minimally intrusive, i.e., that it impinges on freedom of expression no further than is actually required to avoid the risk of an unfair trial. It must be confined to the minimum geographical area required. It must not extend to more forms of

rational avec l'objectif, elle porte le moins possible atteinte au droit, et elle est proportionnelle au bénéfice atteint. Il est donc nécessaire d'évaluer le risque qu'un procès soit inéquitable après avoir bien tenu compte de l'importance générale de la libre transmission des idées et avoir considéré des mesures susceptibles d'éliminer ou d'éviter le préjudice redouté. Il faut se garder de présumer systématiquement que, s'il y a un risque de préjudice à un procès équitable, aussi conjectural soit-il, l'interdiction devrait être ordonnée. Les tribunaux sont les gardiens non seulement du droit à un procès équitable, mais aussi de la liberté d'expression. Les deux garanties doivent être traitées avec la plus grande déférence.

En ce qui concerne le lien rationnel entre l'interdiction de diffuser et les exigences relatives à un procès juste et équitable, il faut établir ce qui suit. D'une part, il semblerait nécessaire de démontrer qu'un grand nombre de personnes ayant qualité pour agir comme juré verraient la diffusion; inversement, si un nombre important de personnes ne la voyait pas, la sélection du jury parmi elles ne devrait poser aucune difficulté. D'autre part, on doit démontrer que la publication risque de semer la confusion chez les jurés éventuels ou de les prédisposer. Dans le cas d'une œuvre fictive, il faudrait démontrer l'incapacité pour les jurés de distinguer la fiction de la réalité. Enfin, il faut établir que toute confusion ne peut être dissipée par des directives appropriées ou par d'autres mesures, comme les instructions d'un juge, le changement de lieu du procès, ou un processus de sélection du jury plus exigeant. Si, après avoir considéré tous ces éléments, le juge croit toujours fermement qu'il y a un risque considérable que le procès soit rendu inéquitable, on aura établi un lien rationnel entre la violation de la liberté d'expression et l'interdiction.

Une fois le lien rationnel démontré, le juge doit faire en sorte que l'interdiction porte le moins possible atteinte au droit en question, c'est-à-dire qu'elle ne porte atteinte à la liberté d'expression que dans la mesure où elle élimine le risque d'un procès inéquitable. Elle ne doit pas outrepasser la région géographique nécessaire, ni s'étendre à plus

expression or media of dissemination than necessary. And it must cease at the earliest possible time consistent with removing the risk of an unfair trial.

In the case at bar, the judge ordering the ban failed to direct herself sufficiently to the sort of considerations which go to establishing rational connection and minimal impairment. It follows that the ban cannot be supported.

4. Disposition

I would allow the appeal and set aside the ban.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents: Fedorsen, Shoniker, Toronto.

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

Solicitors for the intervener John Newton Smith: Grey Casgrain, Montreal.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Journalists: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

de formes d'expression ou de moyens de diffusion que nécessaire. Enfin, elle doit expirer le plus tôt possible, suivant ce qui est requis pour éliminer le risque que le procès soit inéquitable.

^a

En l'espèce, le juge qui a ordonné l'interdiction ne s'est pas suffisamment penché sur les facteurs dont il faut tenir compte pour établir le lien rationnel et l'atteinte minimale. Il s'ensuit que l'interdiction ne peut être maintenue.

^b

4. Dispositif

^c Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'interdiction.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

^d

Procureurs des appelants: McCarthy Tétrault, Toronto.

^e

Procureurs des intimés: Fedorsen, Shoniker, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

^f

Procureurs de l'intervenant John Newton Smith: Grey Casgrain, Montréal.

^g

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des journalistes: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.