

Canadian Broadcasting Corporation *Appellant*

v.

The Attorney General for New Brunswick, His Honour Douglas Rice and Gerald Carson *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. NEW BRUNSWICK (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 24305.

1996: March 29; 1996: October 31.

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 NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether s. 486(1) of Criminal Code infringes freedoms of expression and of the press — If so, whether s. 486(1) justifiable in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

Criminal law — Exclusion of public from court — Trial judge excluding public and media from courtroom during part of accused's sentencing proceedings — Whether trial judge exceeded his jurisdiction in making such order — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(1).

La Société Radio-Canada *Appelante*

c.

Le procureur général du Nouveau-Brunswick, le juge Douglas Rice et Gerald Carson *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. NOUVEAU-BRUNSWICK (PROCEUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 24305.

1996: 29 mars; 1996: 31 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — L'article 486(1) du Code criminel porte-t-il atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de la presse? — Dans l'affirmative, l'art. 486(1) est-il justifiable dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

Droit criminel — Exclusion du public de la salle d'audience — Le juge du procès a ordonné l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine de l'accusé — Le juge du procès a-t-il outrepassé sa compétence en rendant cette ordonnance? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(1).

The accused pleaded guilty to two charges of sexual assault and two charges of sexual interference involving young female persons. On a motion by the Crown, consented to by defence counsel, the trial judge ordered the exclusion of the public and the media from those parts of the sentencing proceedings dealing with the specific acts committed by the accused, pursuant to s. 486(1) of the *Criminal Code*. The order was sought on the basis of the nature of the evidence, which the court had not yet heard and which purportedly established that the offence was of a “very delicate” nature. The exclusion order remained in effect for approximately 20 minutes. Afterwards, following a request by the CBC, the trial judge gave reasons for making the exclusion order, stating that it had been rendered in the interests of the “proper administration of justice”; it would avoid “undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused”. The CBC challenged the constitutionality of s. 486(1) before the Court of Queen’s Bench. The court held that s. 486(1) constituted an infringement on the freedom of the press protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*. The court also held that the trial judge had not exceeded his jurisdiction in making the exclusion order. The Court of Appeal affirmed the judgment.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *Constitutional law issue*

The open court principle is one of the hallmarks of a democratic society, fostering public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice. This principle is inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts and the right of members of the public to obtain information about them are clearly within the ambit of s. 2(b). As well, s. 2(b) protects the freedom of the press to gather and disseminate this information. Members of the public in general rely and depend on the media to inform them and, as a vehicle through which information pertaining to courts is transmitted, the press must be guaranteed access to the courts in order to gather information. Measures that prevent the media from gathering that information, and from disseminating it to the public, restrict the freedom of the press guaranteed by s. 2(b). To the extent that such measures prohibit public access to the courts and to information about the courts, they may also be said to restrict freedom of expression in so far as it encompasses the

L’accusé a plaidé coupable à l’égard de deux chefs d’agression sexuelle et de deux chefs de contacts sexuels mettant en cause de jeunes personnes de sexe féminin. Sur requête présentée par le ministère public et à laquelle a consenti l’avocat de la défense, le juge du procès a ordonné, en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, que les médias et le public soient exclus de la partie des procédures de détermination de la peine portant sur les actes précis commis par l’accusé. L’ordonnance a été demandée en raison de la nature de la preuve, que la cour n’avait pas encore entendue et qui était censée établir que l’infraction était de nature «très délicate». Elle est restée en vigueur pendant environ 20 minutes. Par la suite, la SRC lui ayant demandé de motiver son ordonnance, le juge du procès a expliqué qu’il l’avait rendue dans l’intérêt de la «bonne administration de la justice», qu’elle éviterait un «préjudice indu considérable aux personnes concernées, tant les victimes que l’accusé». La SRC a contesté la constitutionnalité du par. 486(1) devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, qui a jugé que le par. 486(1) constitue une atteinte à la liberté de la presse protégée par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que cette atteinte était justifiable au sens de l’article premier de la *Charte*. La cour a en outre statué que le juge du procès n’avait pas outrepassé sa compétence en ordonnant l’exclusion du public. La Cour d’appel a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *Question de droit constitutionnel*

Le principe de la publicité des débats en justice est l’une des caractéristiques d’une société démocratique. Il favorise la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l’administration de la justice. Ce principe est inextricablement lié aux droits garantis à l’al. 2b) de la *Charte*. La liberté d’exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux, ainsi que le droit du public d’obtenir au préalable de l’information sur les tribunaux, relèvent clairement de la liberté garantie à l’al. 2b). De plus, l’al. 2b) protège la liberté de la presse de recueillir et de diffuser cette information. Les membres du public comptent en général sur les médias pour être informés et, en tant que véhicule par lequel l’information sur les tribunaux est communiquée, la presse doit se voir garantir l’accès aux tribunaux nécessaire pour qu’elle puisse recueillir cette information. Des mesures qui empêchent les médias de recueillir l’information et de la diffuser limitent la liberté de la presse garantie à l’al. 2b). Si de telles mesures empêchent le public d’avoir accès aux tribunaux et à l’information concernant ceux-ci, il est éga-

freedom of listeners to obtain information that fosters public criticism of the courts. The recognition of the importance of public access to the courts as a fundamental aspect of our democratic society should not be understood, however, as affirming a right to be physically present in the courtroom; there may be a shortage of space. Nor should it be seen as extending public access to all venues within which the criminal law is administered. By its facial purpose, s. 486(1) of the *Code* restricts expressive activity, in particular the free flow of ideas and information, in providing a discretionary bar on public and media access to the courts. This is sufficient to ground a violation of s. 2(b).

The exclusion of the public under s. 486(1) of the *Code* is a means by which the court may control the publicity of its proceedings with a view to protecting the innocent and safeguarding privacy interests and thereby afford a remedy to the underreporting of sexual offences. This provision constitutes a reasonable limit on the freedoms guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Section 486(1) is aimed at preserving the general principle of openness in criminal proceedings to the extent that openness is consistent with and advances the proper administration of justice. In situations where openness conflicts with the proper administration of justice, s. 486(1) purports to further the proper administration of justice by permitting covertness where necessary. This objective is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. Section 486(1) is also proportionate to the legislative objective. First, the means adopted — a discretionary power in the trial judge to exclude the public where it is in the interests of the proper administration of justice — is rationally connected to the objective. The trial judge must exercise his discretion in conformity with the *Charter* and the grant of this judicial discretion necessarily ensures that any order made under s. 486(1) will serve the objective of furthering the administration of justice. If it is not rationally connected to the objective, then the order will constitute an error of law. Second, s. 486(1) impairs the rights under s. 2(b) as little as reasonably possible in order to achieve the objective. The discretion conferred on trial judges by s. 486(1) is not overbroad. Section 486(1) provides an intelligible and workable standard — the proper administration of justice — according to which the judiciary can exercise the discretion conferred. It also arms the judiciary with a useful and flexi-

lement possible de dire qu'elles limitent la liberté d'expression, dans la mesure où celle-ci englobe la liberté des auditeurs d'obtenir de l'information qui favorise la critique publique des tribunaux. Toutefois, la reconnaissance de l'importance de l'accès du public aux tribunaux en tant qu'aspect fondamental de notre société démocratique ne doit pas être considérée comme la confirmation de l'existence d'un droit d'assister en personne aux séances des tribunaux; il est possible qu'il y ait manque d'espace. Elle ne saurait non plus être considérée comme ayant pour effet d'accorder au public l'accès à tous les lieux où la justice pénale est rendue. De par son objet manifeste, le par. 486(1) du *Code* limite les activités d'expression, en particulier la libre circulation des idées et de l'information, en créant un pouvoir discrétionnaire permettant d'interdire au public et aux médias l'accès aux tribunaux. Voilà qui suffit à établir une violation de l'al. 2b).

L'exclusion du public en vertu du par. 486(1) du *Code* est le moyen par lequel le tribunal peut contrôler la publicité de ses procédures en vue de protéger l'innocent et de sauvegarder la vie privée, et, partant, permet d'accroître le signalement des infractions sexuelles. Cette disposition constitue une restriction raisonnable des libertés garanties à l'al. 2b) de la *Charte*. Le paragraphe 486(1) vise à préserver le principe général de la publicité des procédures criminelles dans la mesure où cette publicité est compatible avec la bonne administration de la justice et la favorise. Dans les cas où la publicité va à l'encontre de la bonne administration de la justice, la disposition législative vise à favoriser la bonne administration de la justice en autorisant le huis clos lorsque la chose est nécessaire. Cet objectif présente une importance suffisante pour justifier la restriction d'une liberté protégée par la Constitution. En outre, le par. 486(1) est proportionné à l'objectif visé. Premièrement, le moyen choisi — en l'occurrence le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'exclure le public lorsque cela est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice — a un lien rationnel avec l'objectif. Le juge du procès doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*, et en conférant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire le par. 486(1) garantit nécessairement que toute ordonnance rendue sert l'objectif qui consiste à favoriser la bonne administration de la justice. Si elle n'a pas un lien rationnel avec l'objectif, l'ordonnance constituera alors une erreur de droit. Deuxièmement, le par. 486(1) restreint aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire les droits garantis à l'al. 2b) pour réaliser l'objectif. Le pouvoir discrétionnaire qui est conféré au juge du procès par le par. 486(1) n'a pas une portée excessive. Le paragraphe 486(1)

ble interpretative tool to accomplish its goal of preserving the openness principle, subject to what is required by the proper administration of justice. Again, since the discretion must be exercised in a manner that conforms with the *Charter*, the discretionary aspect of s. 486(1) guarantees that the impairment is minimal. An order that fails to impair the rights at stake as little as possible will constitute an error. Third, the salutary effects of s. 486(1) outweigh the deleterious effects. Parliament has attempted to balance the different interests affected by s. 486(1) by ensuring a degree of flexibility in the form of judicial discretion, and by making openness the general rule and permitting exclusion of the public only when public accessibility would not serve the proper administration of justice. The discretion necessarily requires that the trial judge weigh the importance of the interests the order seeks to protect against the importance of openness and specifically the particular expression that is limited. In this way, proportionality is guaranteed by the nature of the judicial discretion. In deciding whether to order exclusion of the public pursuant to s. 486(1), a trial judge should bear in mind whether the type of expression that may be impaired by the order infringes upon the core values sought to be protected.

(2) *Criminal law issue*

In applying s. 486(1) to order the exclusion of the public, the trial judge must exercise his discretion in conformity with the *Charter*. He must (a) consider available options and whether there are any other reasonable and effective alternatives available; (b) consider whether the order is limited as much as possible; and (c) weigh the importance of the objectives of the particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate. Additionally, the burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application. The applicant bears the burden of proving: that the particular order is necessary, in terms of relating to the proper administration of justice; that the order is as limited as possible; and that

énonce une norme intelligible et pratique — la bonne administration de la justice — suivant laquelle le pouvoir judiciaire peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. Le paragraphe 486(1) fournit également au pouvoir judiciaire un outil d'interprétation souple et utile pour réaliser son objectif de préservation du principe de la publicité des débats en justice, sous réserve des exigences de la bonne administration de la justice. Encore une fois, compte tenu du fait qu'il doit être exercé d'une manière conforme à la *Charte*, l'aspect discrétionnaire du par. 486(1) garantit que l'atteinte sera minimale. Une ordonnance qui ne restreindrait pas le moins possible les droits en cause constituerait une erreur. Troisièmement, les effets bénéfiques du par. 486(1) l'emportent sur ses effets préjudiciables. Le législateur fédéral a tenté d'établir l'équilibre entre les différents intérêts touchés par le par. 486(1) en assurant une certaine souplesse par l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire au tribunal, et en faisant de la publicité des débats en justice la règle générale, l'exclusion n'étant permise que dans les cas où l'accès du public ne servirait pas la bonne administration de la justice. Le pouvoir discrétionnaire oblige nécessairement le juge du procès à soulever, d'une part, l'importance des intérêts que l'ordonnance vise à protéger, et, d'autre part, l'importance de la publicité des débats en justice et, plus précisément, de l'activité d'expression particulière qui est restreinte. De cette façon, la proportionnalité est garantie par la nature du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Le juge du procès appelé à décider s'il y a lieu d'ordonner l'exclusion du public en vertu du par. 486(1) doit se demander si le type d'expression qui est susceptible d'être restreint par l'ordonnance porte atteinte aux valeurs fondamentales qu'on cherche à protéger.

(2) *Question de droit pénal*

Lorsqu'il applique le par. 486(1) pour ordonner l'exclusion du public, le juge du procès doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*. Il doit envisager a) les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces; b) se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et c) comparer l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables avec l'importance de la publicité des procédures et de l'activité d'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l'ordonnance soient proportionnels. De plus, c'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures. La partie qui sollicite l'ordonnance doit prouver les éléments suivants: l'ordonnance demandée

the salutary effects of the order are proportionate to its deleterious effects. In relation to the proportionality issue, if the order is sought to protect a constitutional right, this must be considered. There must also be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he may exercise his discretion judicially. In some cases in which the facts are not in dispute the statement of counsel will suffice. If there is insufficient evidence placed before the trial judge, or there is a dispute as to the relevant facts, the applicant should seek to have the evidence heard *in camera*.

Since the trial judge considering an application to exclude the public is usually in the best position to assess the demands in a given situation, where the record discloses facts that may support the trial judge's exercise of discretion, it should not lightly be interfered with. In this case, however, the trial judge erred in excluding the public from any part of the proceedings. There was insufficient evidence to support a concern for undue hardship to the complainants or to the accused. The order was unnecessary to further the proper administration of justice and its deleterious effects were not outweighed by its salutary effects. The mere fact that the victims are young females is not, in itself, sufficient to warrant exclusion. The victims' privacy was already protected by a publication ban and there was no evidence that their privacy interests required more protection. While the criminal justice system must be ever vigilant in protecting victims of sexual assault from further victimization, the record before the trial judge did not establish that undue hardship would befall the victims in the absence of a s. 486(1) order. Nor did the record reveal that there were any other reasons to justify an exception to the general rule of openness. Finally, barring exceptional cases, there is no issue of hardship to the accused arising from prejudicial publicity once the accused has pleaded guilty.

est nécessaire pour assurer la bonne administration de la justice; l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de l'ordonnance et ses effets préjudiciables. Pour ce qui est de la question de la proportionnalité, si l'ordonnance a pour but de protéger un droit constitutionnel, ce fait doit être pris en considération. Le juge du procès doit disposer d'une preuve suffisante pour être en mesure d'apprécier la demande et d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. Dans les cas où les faits ne sont pas contestés, la déclaration de l'avocat suffira. Si la preuve présentée au juge est insuffisante ou s'il y a divergence de vues sur les faits pertinents, le plaideur qui sollicite l'ordonnance devrait demander que la preuve soit entendue à huis clos.

Comme le juge du procès qui est saisi d'une demande d'exclusion du public est habituellement le mieux placé pour apprécier les exigences de la situation, si le dossier révèle des faits susceptibles d'étayer l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire, il ne faudrait pas intervenir à la légère. En l'espèce, toutefois, le juge du procès a fait erreur en excluant le public de quelque partie que ce soit des procédures. Il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la crainte que l'accusé ou les plaignantes subissent un préjudice indu. L'ordonnance n'était pas nécessaire pour favoriser la bonne administration de la justice, et les effets bénéfiques de l'ordonnance ne l'emportaient pas sur ses effets préjudiciables. Le simple fait que les victimes soient des jeunes filles n'est pas suffisant en soi pour justifier l'exclusion du public. La vie privée des victimes était déjà protégée par une ordonnance de non-publication, et il n'y avait aucune preuve établissant que leur vie privée exigeait une protection encore plus grande. Bien que le système de justice pénale doive toujours être attentif au besoin de protéger les victimes d'agression sexuelle contre toute victimisation supplémentaire, les éléments de preuve dont disposait le juge du procès n'établissaient pas qu'un préjudice indu aurait été causé aux victimes en l'absence de l'ordonnance prévue au par. 486(1). Le dossier ne révélait pas non plus l'existence d'autres motifs justifiant une exception à la règle générale de la publicité des débats en justice. Finalement, sauf dans des cas exceptionnels, une fois que l'accusé a plaidé coupable, ce dernier ne saurait prétendre à quelque préjudice indu résultant d'une publicité dommageable.

Cases Cited

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *Danson v. Ontario*

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés:** *Danson c.*

(Attorney General), [1990] 2 S.C.R. 1086; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 419; *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560; *R. v. Lefebvre* (1984), 17 C.C.C. (3d) 277, [1984] C.A. 370; *R. v. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152; *R. v. Vandavelde* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161; *R. v. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.)], s. 1, 271(1)(a), 486(1) [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 203], (3) [rep. & sub. c. 23 (4th Supp.)], s. 1].

Authors Cited

Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985.
 Mill, James. "Liberty of the Press". In *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations*. Reprints of Economic Classics. New York: Augustus M. Kelley, 1967.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1994), 148 N.B.R. (2d) 161, 378 A.P.R. 161, 116 D.L.R. (4th) 506, 91 C.C.C. (3d) 560, 32 C.R. (4th) 334, dismissing the appellant's appeal from a judgment of Landry J.

Ontario (Procureur général), [1990] 2 R.C.S. 1086; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 419; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560; *R. c. Lefebvre*, [1984] C.A. 370; *R. c. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152; *R. c. Vandavelde* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161; *R. c. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 271(1)a), 486(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203], (3) [abr. & rempl. ch. 23 (4^e suppl.), art. 1].

Doctrine citée

Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985.
 Mill, James. "Liberty of the Press". In *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations*. Reprints of Economic Classics. New York: Augustus M. Kelley, 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1994), 148 R.N.-B. (2^e) 161, 378 A.P.R. 161, 116 D.L.R. (4th) 506, 91 C.C.C. (3d) 560, 32 C.R. (4th) 334, qui a rejeté l'appel formé par l'appelante contre un jugement du juge

(1993), 143 N.B.R. (2d) 174, 366 A.P.R. 174, dismissing its application to quash an order of Rice Prov. Ct. J. excluding the public and media from part of the sentencing proceedings. Appeal allowed.

André G. Richard, Marie-Claude Bélanger-Richard and Jacques McLaren, for the appellant.

Graham J. Sleeth, Q.C., for the respondents.

Graham Garton, Q.C., and *Barbara Kothe*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky and James K. Stewart, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Galvin C. Deedman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J. — This appeal is brought by the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) from the judgment of the New Brunswick Court of Appeal dismissing an appeal from a decision of Landry J. who had refused to quash an order of Rice Prov. Ct. J. restricting public access to the courtroom. The order in question was made pursuant to s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which reads:

486. (1) Any proceedings against an accused shall be held in open court, but where the presiding judge, provincial court judge or justice, as the case may be, is of the opinion that it is in the interest of public morals, the maintenance of order or the proper administration of

Landry (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 174, 366 A.P.R. 174, qui avait rejeté sa demande d’annulation de l’ordonnance du juge Rice de la Cour provinciale ayant exclu le public et les médias de la salle d’audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine. Pourvoi accueilli.

André G. Richard, Marie-Claude Bélanger-Richard et Jacques McLaren, pour l’appelante.

Graham J. Sleeth, c.r., pour les intimés.

Graham Garton, c.r., et *Barbara Kothe*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky et James K. Stewart, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Deborah Carlson, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

Galvin C. Deedman, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — La Société Radio-Canada («SRC») a formé le présent pourvoi contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick ayant rejeté un appel interjeté d’une décision du juge Landry qui avait refusé d’annuler une ordonnance du juge Rice de la Cour provinciale restreignant l’accès du public à la salle d’audience. L’ordonnance en question avait été rendue en vertu du par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est ainsi rédigé:

486. (1) Les procédures dirigées contre un prévenu ont lieu en audience publique, mais lorsque le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix qui préside est d’avis qu’il est dans l’intérêt de la moralité publique, du maintien de l’ordre ou de la bonne administration de

justice to exclude all or any members of the public from the court room for all or part of the proceedings, he may so order.

The order mandated the exclusion of the public and the media from the courtroom during part of the sentencing proceedings of the respondent, Gerald Carson. A pre-existing non-identification order, made pursuant to s. 486(3) of the *Code*, was already in effect. The CBC now seeks a declaration that s. 486(1) is of no force or effect as infringing s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. In the alternative, if the provision is held to be constitutionally valid, the CBC seeks a declaration that Rice Prov. Ct. J. exceeded his jurisdiction in making the exclusion order. If such a declaration is made, it further seeks an order quashing the exclusion order and a mandatory order granting access to the media and the public to a transcript of the proceedings held *in camera*.

I. Facts

The facts are straightforward. The respondent, Gerald Carson, a prominent Moncton resident, pleaded guilty to two charges of sexual assault, contrary to s. 271(1)(a) of the *Code*, and two charges of sexual interference, contrary to s. 151 of the *Code*. On motion by Crown counsel, consented to by defence counsel, Rice Prov. Ct. J. ordered the exclusion of the public and the media, with the exception of the accused, the victims, their immediate families and a victim services coordinator, from those parts of the sentencing proceedings dealing with the specific acts committed by Carson. The exclusion order remained in effect for approximately 20 minutes. The order was sought on the basis of the nature of the evidence, which the court had not yet heard, and which purportedly established that the offence was of a "very delicate" nature. Crown counsel further pointed to the fact that the case involved young, female persons.

la justice, d'exclure de la salle d'audience l'ensemble ou l'un quelconque des membres du public, pour toute ou partie de l'audience, il peut en ordonner ainsi.

L'ordonnance requérait l'exclusion du public et des médias de la salle d'audience pour une partie des procédures de détermination de la peine de l'intimé, Gerald Carson. Une ordonnance de non-divulgaration d'identité, fondée sur le par. 486(3) du *Code*, était déjà en vigueur. Dans le présent pourvoi, la SRC sollicite un jugement déclaratoire portant que le par. 486(1) est inopérant parce qu'il viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne peut pas être justifié conformément à l'article premier de la *Charte*. Subsidiairement, si la disposition est jugée constitutionnelle, la SRC demande un jugement déclaratoire portant que le juge Rice de la Cour provinciale a outrepassé sa compétence en rendant l'ordonnance d'exclusion. Si un tel jugement déclaratoire est rendu, la SRC sollicite en outre une ordonnance annulant l'ordonnance d'exclusion, ainsi qu'une ordonnance intimant d'accorder aux médias et au public accès à la transcription des procédures tenues à huis clos.

I. Les faits

Les faits sont simples. Gerald Carson, intimé, réside en vue de Moncton, a plaidé coupable à l'égard de deux chefs d'agression sexuelle, infraction prévue à l'al. 271(1)a) du *Code* et de deux chefs de contacts sexuels, infraction prévue à l'art. 151 du *Code*. Sur requête présentée par l'avocat du ministère public et à laquelle a consenti l'avocat de la défense, le juge Rice de la Cour provinciale a ordonné que les médias et le public — mais non l'accusé, les victimes, leur famille immédiate et un coordonnateur des services d'aide aux victimes — soient exclus de la partie des procédures de détermination de la peine portant sur les actes précis commis par Carson. L'ordonnance d'exclusion est restée en vigueur pendant environ 20 minutes. Elle a été demandée en raison de la nature de la preuve, que la cour n'avait pas encore entendue et qui était censée établir que l'infraction était de nature [TRA-DUCTION] «très délicate». L'avocat du ministère public a de plus souligné que l'affaire concernait de jeunes personnes de sexe féminin.

3 André Veniot, a CBC reporter, was excluded from the court along with the other members of the media and the public. Shortly after the public had been invited to reattend the proceedings, a lawyer retained by Veniot was granted permission to address the court. She requested that Rice Prov. Ct. J. give reasons for making the exclusion order. In maintaining his order, Rice Prov. Ct. J. stated that it had been rendered in the interests of the proper administration of justice; it would avoid undue hardship to the victims and the accused.

II. Judicial History

Court of Queen's Bench (1993), 143 N.B.R. (2d) 174

4 A constitutional challenge to s. 486(1) of the *Code* was then made before the Court of Queen's Bench of New Brunswick on the basis of s. 2(b) of the *Charter*. Landry J., who heard the matter, held that since s. 486(1) limits or prohibits the right of the public and the press to gather and publish information in court proceedings in certain instances, it constitutes an infringement on the freedom of the press protected by s. 2(b).

5 Landry J. then considered whether the infringement could be saved by s. 1 of the *Charter* as being reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. He found that s. 486(1) addressed a pressing and substantial objective since it was a mechanism to ensure the "proper administration of justice" (p. 179). He also determined that the infringement is proportionate to that objective. He stated: "There exists a rational connection between the section and the objective, the section impairs the freedom as little as possible and there is some balance between the importance of the objective and the injurious effect of the section" (p. 179). He, therefore, concluded that s. 486(1) is saved by s. 1 of the *Charter*.

6 In deciding whether the trial judge had exceeded his jurisdiction in ordering the exclusion of the public, Landry J. noted that the test was not

André Veniot, reporter de la SRC, a été exclu de la salle d'audience en même temps que les autres membres des médias et le public. Peu après que le public a été invité à réintégrer la salle d'audience, une avocate mandatée par Veniot a obtenu la permission de présenter des observations à la cour. Elle a demandé au juge Rice de motiver l'ordonnance d'exclusion. Maintenant son ordonnance, le juge Rice a dit qu'il l'avait rendue dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, qu'elle éviterait un préjudice indu aux victimes et à l'accusé.

II. Les décisions des juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 174

La constitutionnalité du par. 486(1) du *Code* a été contestée devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Landry, qui a entendu l'affaire, a statué que comme le par. 486(1) a pour effet d'écarter ou de limiter, dans certaines circonstances le droit du public et de la presse de recueillir et de publier des informations relatives à des procédures judiciaires, il constitue une atteinte à la liberté de la presse protégée par l'al. 2b).

Le juge Landry s'est ensuite demandé si, aux termes de l'article premier de la *Charte*, l'atteinte était raisonnable et pouvait se justifier dans une société libre et démocratique. Il a conclu que le par. 486(1) visait un objectif urgent et réel, car il constituait un mécanisme destiné à garantir la «bonne administration de la justice» (p. 179). Il a également décidé que l'atteinte était proportionnée à cet objectif. Il a déclaré ceci: [TRADUCTION] «Il existe un lien rationnel entre le paragraphe et l'objectif en question. Le paragraphe est de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté en question et il y a un certain équilibre entre l'importance de l'objectif et l'effet préjudiciable du paragraphe» (p. 179). Il a donc conclu que le par. 486(1) était justifié au sens de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Landry a fait remarquer que la question qu'il devait se poser pour décider si le juge du procès avait outrepassé sa compétence en ordonnant

whether he would have excluded the public in the same circumstances. The proper administration of justice, which Rice Prov. Ct. J. relied on, was an appropriate reason for the exercise of his discretion in this case. Landry J. further noted that the public and the press were excluded for a short period of time only and as such he found no injustice had been done to the parties involved in the proceedings. Finally, he stated (at pp. 181-82):

It is important for the proper administration of justice to preserve the discretion provided by s. 486(1) and a Court of Appeal should not substitute its judgment for that of a judge who felt compelled to exercise a discretion as did the judge in the present case. Although this is a borderline case I find that the judge acted within his jurisdiction by excluding the public. It would, however, have been preferable if the judge had elaborated more on his reasons for excluding the public and the press.

Court of Appeal (1994), 148 N.B.R. (2d) 161

Hoyt C.J.N.B. (for the majority)

In the Court of Appeal, Hoyt C.J.N.B. (speaking for himself and Turnbull J.A.) expressed the view that freedom of expression, as protected by s. 2(b) of the *Charter*, includes the right of the media, as well as any member of the public, to attend criminal trials. He agreed with Landry J.'s finding that s. 486(1) limits freedom of expression and is, therefore, contrary to s. 2(b), but he also agreed that the provision could be saved by s. 1 of the *Charter*. The case, he found, illustrates why s. 486(1) can be justified; the failure to have made the order would likely have resulted in the further victimization of the complainants, by permitting details of the offences to be published and the possible identification of the complainants. And this was so notwithstanding that a non-publication order was already in effect.

l'exclusion du public n'était pas de savoir s'il aurait pris la même décision dans les mêmes circonstances. La bonne administration de la justice, motif invoqué par le juge Rice de la Cour provinciale, était une raison appropriée pour exercer son pouvoir discrétionnaire en l'espèce. Le juge Landry a aussi souligné que le public et la presse n'avaient été exclus que pendant une courte période et que, à son avis, aucune injustice n'en avait résulté pour les parties en cause. Enfin, il a dit ceci (aux pp. 181 et 182):

[TRADUCTION] Il est important pour la bonne administration de la justice de maintenir le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 486(1) et un tribunal d'appel ne devrait pas substituer sa décision à celle d'un juge qui s'est senti obligé d'exercer un pouvoir discrétionnaire comme ce fut le cas en l'espèce. Bien qu'il s'agisse ici d'un cas limite, je conclus que le juge a agi dans les limites de sa compétence en excluant le public. Il aurait toutefois été préférable que le juge précise davantage les motifs pour lesquels il a exclu le public et la presse.

La Cour d'appel (1994), 148 R.N.-B. (2^e) 161

Le juge en chef Hoyt du Nouveau-Brunswick
(pour la majorité)

En Cour d'appel, le juge en chef du Nouveau-Brunswick Hoyt (en son nom et au nom du juge Turnbull), a dit être d'avis que la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* inclut le droit des médias ainsi que celui de tout membre du public d'assister aux procès criminels. Il a souscrit à la conclusion du juge Landry selon lequel le par. 486(1) limite la liberté d'expression et contrevient donc ainsi à l'al. 2b), mais il a également affirmé être d'accord avec le juge Landry pour dire que la validité de la disposition était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Cette affaire, a-t-il conclu, illustre la raison pour laquelle le par. 486(1) peut être justifié; le fait de ne pas avoir rendu l'ordonnance aurait vraisemblablement exacerbé la victimisation des plaignantes, en permettant que soient publiés des détails concernant les infractions et peut-être même que les plaignantes puissent être identifiées. Tout cela en dépit du fait qu'une ordonnance de non-publication était déjà en vigueur.

8 As to the particular exercise of discretion by Rice Prov. Ct. J., he agreed with Landry J. that it was not for him to say whether he would have exercised the discretion in the same fashion. He found it was Rice Prov. Ct. J.'s belief that the young complainants in this case deserved protection. That being so, he concluded: "For this reason alone, I cannot say that he was wrong in making the order, even though, in my view, he may have taken an irrelevant factor into consideration, namely, the protection of the accused from undue hardship" (p. 169). He did not rule out the protection of the accused as a factor in other cases; however, he concluded that Rice Prov. Ct. J.'s other reasons were sufficient.

Angers J.A.

9 Angers J.A. concurred, but for different reasons. He first observed that most of the issues raised by the appellant were moot since the trial was over and the sentence had been imposed. He further noted that it would be wrong for a non-party to the proceedings to succeed in having an interlocutory order quashed or altered when the parties themselves could not appeal. He next discussed the right to a public trial as a means of protecting the accused. The right was prescribed in s. 486(1) of the *Code* and guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. He noted, however, that there was no express right in any legislation, including the *Charter*, giving the public access to trials; rather, in criminal law the right of the public to be present in court is merely a corollary of the right of the accused to a public trial. As such, it is a subordinate to, and cannot prevail over the principal right. In his view, s. 486(1) provides the necessary guidelines to permit the presiding judge to exercise his or her discretion in a judicial manner. Given the respondent Carson's consent to the order, he found that a possible infringement of the respondent's s. 11(d) right did not arise.

Quant à la façon dont le juge Rice de la Cour provinciale a exercé son pouvoir discrétionnaire, le juge Hoyt a été d'accord avec le juge Landry qu'il ne lui appartenait pas de dire s'il l'aurait exercé de la même manière. À son avis, le juge Rice croyait qu'en l'espèce les jeunes plaignantes devaient être protégées. Il a donc conclu ainsi: [TRADUCTION] «Pour ce motif seulement, je ne peux pas conclure qu'il avait tort de rendre l'ordonnance, même si, à mon avis, il a pu prendre en considération un facteur non pertinent, c'est-à-dire empêcher qu'un préjudice indu ne soit causé à l'accusé» (p. 169). Il n'a pas exclu la possibilité que la protection de l'accusé puisse constituer un facteur dans d'autres cas. Toutefois, il a conclu que les autres motifs du juge Rice étaient suffisants.

Le juge Angers

Le juge Angers a souscrit à la décision mais pour des motifs différents. Il a d'abord fait observer que la plupart des points soulevés par l'appelante étaient devenus théoriques puisque le procès était fini et que la peine avait été infligée. Il a en outre fait remarquer qu'il serait aberrant qu'une personne qui n'est pas partie à l'instance réussisse à faire annuler ou modifier une ordonnance interlocutoire alors que les parties elles-mêmes ne pourraient pas en appeler. Il a examiné ensuite la question du droit à un procès public comme moyen de protéger l'accusé. Ce droit est prévu au par. 486(1) du *Code* et garanti à l'al. 11(d) de la *Charte*. Il a toutefois souligné qu'aucun texte législatif, pas même la *Charte*, ne confère expressément au public le droit d'assister aux procès. En droit criminel, le droit du public d'être présent dans la salle d'audience est plutôt un simple corollaire du droit de l'accusé à un procès public. En tant que tel, il est subordonné au droit principal et ne peut l'emporter sur celui-ci. À son avis, le par. 486(1) donne au juge qui préside les directives nécessaires pour lui permettre d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une manière judiciaire. Étant donné que l'intimé Carson avait consenti à l'ordonnance, le juge Angers a estimé qu'il ne pouvait être question d'une violation du droit que lui garantit l'al. 11(d).

10 Angers J.A. stated that he could not accept that s. 2(b) of the *Charter* gives the media better access

Le juge Angers a dit qu'il ne pouvait pas admettre que l'al. 2b) de la *Charte* accorde aux médias

to court proceedings than members of the public. He added (at p. 174):

The principle of a public trial goes beyond a particular accused and must be approached while keeping in mind the reasons that led to the right: that no person be convicted of a criminal offence behind closed doors or on secret and unknown evidence. It is the duty of all those involved in the administration of the criminal justice system to see that the principle is upheld. While the public, through the Attorney General, is involved in the administration of criminal justice, the media per se is not. Its interests are different. Its duty is to inform, its temptation to entertain. It was given and it should have the constitutional freedom to perform its duty to inform, but the gathering of information involves different considerations such as individual privacy, defamation, due process of law, fair trial. . . .

Angers J.A. concluded that s. 486(1) involves a balancing between the constitutional rights of an accused to a public trial and the protection of a certain class of witnesses or potential witnesses. It had nothing to do with, and does not infringe on any freedom of the press to publish what is legally permissible. The argument of the media that freedom to publish necessarily includes freedom to gather information was, in his view, really "misleading and fallacious" (p. 175).

III. Issues

The CBC then sought and was granted leave to appeal to this Court. Two major issues arise in this appeal. The first relates to the constitutionality of s. 486(1) of the *Code* and is conveniently set forth in the constitutional questions stated by the Chief Justice on September 18, 1995:

1. Does s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the freedom of expression of the press in whole or in part as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the limit one that can be justified in accordance with s. 1 of the *Charter*?

un accès plus grand aux procédures judiciaires qu'aux membres du public. Il a ajouté ce qui suit (à la p. 174):

[TRADUCTION] Le principe d'un procès public va au-delà d'un accusé en particulier et doit être vu sous l'angle des motifs qui y ont donné lieu: nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction criminelle à huis clos ou sur la base d'éléments de preuve secrets et inconnus. Toutes les personnes engagées dans l'administration de la justice criminelle sont tenues de respecter ce principe. Alors que le public, par l'entremise du procureur général, est partie à l'administration de la justice criminelle, les médias en eux-mêmes ne le sont pas. Leurs intérêts sont différents. Ils ont la charge d'informer, ils sont tentés de divertir. La Constitution leur donne la liberté d'accomplir leur devoir, mais la cueillette de l'information met en cause d'autres considérations, notamment la vie privée de la personne, la diffamation, l'application régulière de la loi et la tenue d'un procès équitable.

Le juge Angers a conclu que l'application du par. 486(1) demande la mise en équilibre, d'une part, des droits constitutionnels de l'accusé à un procès public, et, d'autre part, de la protection d'une certaine catégorie de témoins ou de témoins éventuels. Il ne concerne pas la liberté de la presse de publier ce que la loi lui permet de publier, et il ne porte pas atteinte à cette liberté. L'argument des médias qui veut que la liberté de publier inclut nécessairement celle de recueillir l'information était, à son avis, vraiment [TRADUCTION] «trompeur et fallacieux» (p. 175).

III. Les questions en litige

La SRC a ensuite demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Deux questions principales se posent dans ce pourvoi. La première, qui concerne la constitutionnalité du par. 486(1) du *Code*, figure dans les questions constitutionnelles qui ont été formulées par le Juge en chef, le 18 septembre 1995:

1. Le paragraphe 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il, en tout ou en partie, la liberté d'expression et la liberté de la presse garanties à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, est-ce qu'il s'agit d'une limite qui peut être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*?

The second issue is whether Rice Prov. Ct. J. exceeded his jurisdiction in making the order excluding members of the media and the public from a part of the sentencing proceedings, thereby committing reversible error.

La seconde question en litige est de savoir si le juge Rice a outrepassé sa compétence en rendant l'ordonnance excluant les médias et le public de la salle d'audience pendant une partie des procédures de détermination de la peine, commettant ainsi une erreur susceptible de révision.

13 Before turning to these issues, I propose to address some preliminary matters raised by the interveners. The first of these matters, brought to our attention by the Attorney General for Ontario, relates to the sequence in which the Court should deal with the issues. He argued that the constitutionality of the provision should not be considered until it has been determined whether Rice Prov. Ct. J. properly exercised his discretion. If he did not, then he acted without jurisdiction, and the constitutional question need not, and should not, be considered. Such an approach may certainly be appropriate in some situations, but in the present case, I am disposed to deal with the constitutional question with a view to providing guidance to courts faced with the issue in the future.

Avant d'aborder les questions en litige, je me propose d'examiner quelques points préliminaires soulevés par les intervenants. Le premier de ces points, qui nous a été soumis par le procureur général de l'Ontario, concerne l'ordre dans lequel notre Cour devrait examiner ces questions. Il a soutenu que la constitutionnalité de la disposition ne devrait pas être examinée tant qu'il n'aura pas été décidé si le juge Rice a exercé adéquatement son pouvoir discrétionnaire. S'il ne l'a pas fait, il a alors agi sans compétence et la question constitutionnelle n'a pas besoin d'être examinée et ne devrait pas l'être. Pareille solution peut certes être indiqué dans certaines situations, mais, en l'espèce, je suis disposé à examiner la question constitutionnelle en vue de fournir des indications aux tribunaux qui seraient saisis de la question litigieuse dans le futur.

14 A second preliminary matter, raised by the Attorney General of Canada, concerns the appropriate scope of constitutional review to be undertaken in relation to s. 486(1). Rice Prov. Ct. J. granted the order of exclusion solely on the basis of the "proper administration of justice". The Attorney General of Canada contends that the Court should not go beyond the circumstances of this case and review the constitutionality on each of the three grounds for exclusion set forth in s. 486(1).

Une seconde question préliminaire, soulevée par le procureur général du Canada, concerne la portée exacte de l'examen du par. 486(1) au regard de la Constitution. Le juge Rice a rendu l'ordonnance d'exclusion uniquement sur le fondement de la «bonne administration de la justice». Le procureur général du Canada prétend que notre Cour devrait s'en tenir aux circonstances du présent cas et ne pas étudier la constitutionnalité du par. 486(1) eu égard à chacun des trois motifs d'exclusion qui y sont énoncés.

15 This Court has in the past exhibited a reluctance to consider the constitutionality of legislative provisions in the absence of a proper factual foundation; see *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086. To accede to the appellant's contention that the other grounds be constitutionally reviewed would require us to conduct such review in the absence of a factual framework, contrary to this Court's practice. Moreover, it would be dangerous to make a determination of the constitutionality of the other two grounds for exclu-

Dans le passé, notre Cour s'est montrée réticente à examiner la constitutionnalité de dispositions législatives en l'absence d'un contexte factuel adéquat; voir *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086. Accepter la prétention de l'appelante que la constitutionnalité des autres motifs doit être examinée nous obligerait à faire cet examen en l'absence d'un contexte factuel, ce qui va à l'encontre de la pratique de notre Cour. De plus, il serait dangereux de statuer sur la constitutionnalité des deux autres motifs d'exclusion pré-

sion under s. 486(1) by extrapolation from the constitutional review of the proper administration of justice ground; the values and interests invoked may differ depending upon the specific legislative context. It is best, then, to leave to another day the constitutionality of the other two statutory grounds for exclusion, and to focus solely on the ground relied upon by Rice Prov. Ct. J., i.e., the proper administration of justice.

I come then to an analysis of the major issues, beginning with the constitutional issue.

IV. The Constitutional Issue

A. *Section 2(b) of the Charter*

This appeal engages two essential issues in relation to s. 2(b). The first is integrally linked to the concept of representative democracy and the corresponding importance of public scrutiny of the criminal courts. It involves the scope of public entitlement to have access to these courts and to obtain information pertaining to court proceedings. Any such entitlement raises the further question: the extent to which protection is afforded to listeners in addition to speakers by freedom of expression. The second issue relates to the first, in so far as it recognizes that not all members of the public have the opportunity to attend court proceedings and will, therefore, rely on the media to inform them. Thus, the second issue is whether freedom of the press protects the gathering and dissemination of information about the courts by members of the media. In particular, it involves recognition of the integral role played by the media in the process of informing the public. Both of these issues invoke the democratic function of public criticism of the courts, which depends upon an informed public; in turn, both relate to the principle of openness of the criminal courts.

vus au par. 486(1) en extrapolant à partir de l'analyse de la validité constitutionnelle du motif de la bonne administration de la justice; les valeurs et les intérêts invoqués peuvent différer selon le contexte législatif de chaque cas. Par conséquent, il vaut mieux reporter à une autre occasion l'examen de la constitutionnalité des deux autres motifs d'exclusion et se concentrer uniquement sur le motif sur lequel s'est fondé le juge Rice, c'est-à-dire la bonne administration de la justice.

J'en arrive à l'analyse des principales questions en litige, en commençant par la question d'ordre constitutionnel.

IV. La question d'ordre constitutionnel

A. *L'alinéa 2b) de la Charte*

Le présent pourvoi soulève deux questions essentielles relativement à l'al. 2b). La première se rattache intégralement au concept de démocratie représentative et à l'importance correspondante de la publicité des débats en justice. Elle met en cause l'étendue du droit du public d'avoir accès aux tribunaux et d'obtenir de l'information sur les procédures qui s'y déroulent. Un tel droit soulève une question supplémentaire: la mesure dans laquelle la protection de la liberté d'expression bénéficie autant à ceux qui écoutent qu'à ceux qui s'expriment. La seconde question se rattache à la première en ce qu'elle reconnaît que ce ne sont pas tous les membres du public qui ont la possibilité d'assister aux procédures des tribunaux et, donc, que ceux qui n'en ont pas l'occasion comptent sur les médias pour être informés à cet égard. En conséquence, la seconde question est de savoir si la liberté de la presse protège la cueillette et la diffusion par les médias d'informations sur les tribunaux. De façon particulière, cette question implique la reconnaissance du rôle essentiel joué par les médias dans l'information du public. Ces deux questions mettent en jeu la fonction démocratique de la critique du système judiciaire par le public, critique qui n'est possible que si le public est informé; corollairement, toutes deux se rattachent au principe de la publicité des procédures criminelles.

16

17

18 The freedom of individuals to discuss information about the institutions of government, their policies and practices, is crucial to any notion of democratic rule. The liberty to criticize and express dissentient views has long been thought to be a safeguard against state tyranny and corruption. James Mill put it this way:

So true it is, however, that the discontent of the people is the only means of removing the defects of vicious governments, that the freedom of the press, the main instrument of creating discontent, is, in all civilized countries, among all but the advocates of misgovernment, regarded as an indispensable security, and the greatest safeguard of the interests of mankind.

(“Liberty of the Press”, in *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations* (1825 (reprint ed. 1967)), at p. 18.)

19 This Court has had occasion to discuss the freedom to criticize encompassed in freedom of expression and its relation to the democratic process in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, where Cory J. stated that it is difficult to think of a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. At page 1336, he declared:

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.

20 It cannot be disputed that the courts, and particularly the criminal courts, play a critical role in any democracy. It is in this forum that the rights of the powerful state are tested against those of the individual. As noted by Cory J. in *Edmonton Journal*, courts represent the forum for the resolution of disputes between the citizens and the state, and so must be open to public scrutiny and to public criticism of their operations.

La liberté des individus d’échanger de l’information sur les institutions de l’État, et sur les politiques et pratiques de ces institutions est un élément fondamental de tout régime démocratique. La liberté de critiquer et d’exprimer des vues divergentes est depuis longtemps considérée comme une garantie contre la tyrannie de l’État et la corruption. James Mill a exprimé cette idée en ces termes:

[TRADUCTION] Il est tellement vrai, toutefois, que le mécontentement du peuple est le seul moyen de corriger les défauts des gouvernements corrompus, que la liberté de la presse, principal instigateur du mécontentement, est considérée, dans tous les pays civilisés, par tous les individus qui ne sont pas les champions du mauvais gouvernement, comme une garantie indispensable et la meilleure sauvegarde des intérêts de l’humanité.

(«Liberty of the Press», dans *Essays on Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations* (1825 (réimpression 1967)), à la p. 18.)

Notre Cour a eu l’occasion d’étudier la liberté de critiquer qui est englobée dans la liberté d’expression ainsi que ses rapports avec le processus démocratique dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, où le juge Cory a déclaré qu’il est difficile d’imaginer une liberté garantie plus importante que la liberté d’expression dans une société démocratique. À la page 1336, il a dit ceci:

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.

Il est indéniable que les tribunaux, en particulier les tribunaux criminels, jouent un rôle essentiel dans toute démocratie. Ce sont eux qui arbitrent les conflits entre les droits du puissant État et ceux de l’individu. Comme l’a souligné le juge Cory dans *Edmonton Journal*, c’est là que sont résolus les litiges qui opposent les citoyens à l’État, de sorte qu’il faut que le public puisse faire l’examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement.

The concept of open courts is deeply embedded in the common law tradition. The principle was described in the early English case of *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 419 (H.L.). A passage from the reasons given by Lord Shaw of Dunfermline is worthy of reproduction for its precise articulation of what underlies the principle. He stated at p. 477:

It moves Bentham over and over again. "In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity there is no justice." "Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial." "The security of securities is publicity." But amongst historians the grave and enlightened verdict of Hallam, in which he ranks the publicity of judicial proceedings even higher than the rights of Parliament as a guarantee of public security, is not likely to be forgotten: "Civil liberty in this kingdom has two direct guarantees; the open administration of justice according to known laws truly interpreted, and fair constructions of evidence; and the right of Parliament, without let or interruption, to inquire into, and obtain redress of, public grievances. Of these, the first is by far the most indispensable; nor can the subjects of any State be reckoned to enjoy a real freedom, where this condition is not found both in its judicial institutions and in their constant exercise."

The importance of ensuring that justice be done openly has not only survived: it has now become "one of the hallmarks of a democratic society"; see *Re Southam Inc. and The Queen (No.1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 119. The open court principle, seen as "the very soul of justice" and the "security of securities", acts as a guarantee that justice is administered in a non-arbitrary manner, according to the rule of law. In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, openness was held to be the rule, covertness the exception, thereby fostering public confidence in

Le principe de la publicité des débats en justice est profondément enraciné dans la tradition de la common law. Il a été décrit dans le vieil arrêt anglais *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 419 (H.L.). Il convient de reproduire le passage suivant des motifs de lord Shaw of Dunfermline, dans lequel est formulé avec précision le fondement du principe, à la p. 477:

[TRADUCTION] Il ne cesse d'inspirer Bentham. «Dans l'obscurité du secret, de sinistres desseins de toutes sortes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire ne sont efficaces qu'en proportion de la publicité des débats. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice.» «La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort, et la meilleure des protections contre l'improbité. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même en jugement.» «La garantie des garanties est la publicité.» Mais parmi les historiens, il y a peu de chances qu'on oublie le verdict grave et éclairé de Hallam, dans lequel celui-ci affirme que la publicité des débats en justice est une garantie de la sécurité du public encore meilleure que les droits du Parlement: «La liberté civile dans notre royaume est assurée par deux garanties directes: l'administration publique de la justice, conformément à des lois connues et interprétées correctement et suivant une juste appréciation de la preuve; le droit du Parlement d'enquêter librement et sans entrave sur les torts subis par le public et d'obtenir une réparation. La première de ces garanties est de loin la plus indispensable; et l'on ne saurait considérer que les sujets de quelque État jouissent d'une liberté réelle si cette condition n'existe pas dans ses institutions judiciaires et n'y est pas constamment respectée.»

L'importance de garantir que la justice soit rendue en audience publique n'a pas seulement survécu, elle est devenue [TRADUCTION] «l'une des caractéristiques d'une société démocratique»; voir *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), à la p. 119. Le principe de la publicité des procédures judiciaires, considéré comme le «souffle même de la justice» et la «garantie des garanties», fait en sorte que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit. Dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, il a été jugé que la publicité est la règle et le secret l'exception, situation qui favorise la confiance du public dans la probité du

the integrity of the court system and understanding of the administration of justice.

système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice.

The principle of open courts is inextricably tied to the rights guaranteed by s. 2(b). Openness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings. While the freedom to express ideas and opinions about the operation of the courts is clearly within the ambit of the freedom guaranteed by s. 2(b), so too is the right of members of the public to obtain information about the courts in the first place. Cory J. in *Edmonton Journal* described the equally important aspect of freedom of expression that protects listeners as well as speakers and ensures that this right to information about the courts is real and not illusory. At pages 1339-40, he states:

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié aux droits garantis à l'al. 2b). Grâce à ce principe, le public a accès à l'information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s'y déroulent, et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. La liberté d'exprimer des idées et des opinions sur le fonctionnement des tribunaux relève clairement de la liberté garantie à l'al. 2b), mais en relève également le droit du public d'obtenir au préalable de l'information sur les tribunaux. Dans *Edmonton Journal*, le juge Cory a décrit l'autre aspect tout aussi important de la liberté d'expression qui protège à la fois ceux qui s'expriment et ceux qui les écoutent, et qui garantit que ce droit à l'information sur les tribunaux est réel et non illusoire. Aux pages 1339 et 1340, il a dit ceci:

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

C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'«auditeurs» ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias. [Je souligne.]

That the right of the public to information relating to court proceedings, and the corollary right to put

L'idée que le droit du public à l'information concernant les procédures judiciaires et le droit corres-

forward opinions pertaining to the courts, depend on the freedom of the press to transmit this information is fundamental to an understanding of the importance of that freedom. The full and fair discussion of public institutions, which is vital to any democracy, is the *raison d'être* of the s. 2(b) guarantees. Debate in the public domain is predicated on an informed public, which is in turn reliant upon a free and vigorous press. The public's entitlement to be informed imposes on the media the responsibility to inform fairly and accurately. This responsibility is especially grave given that the freedom of the press is, and must be, largely unfettered. The significance of the freedom and its attendant responsibility lead me to the second issue relating to s. 2(b).

Essential to the freedom of the press to provide information to the public is the ability of the press to have access to this information. In *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, I noted that freedom of the press not only encompassed the right to transmit news and other information, but also the right to gather this information. At pp. 429-30, I stated:

There can be no doubt, of course, that it comprises the right to disseminate news, information and beliefs. This was the manner in which the right was originally expressed, in the first draft of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* before its expansion to its present form. However, the freedom to disseminate information would be of little value if the freedom under s. 2(b) did not also encompass the right to gather news and other information without undue governmental interference. [Emphasis added.]

It is by ensuring the press access to the courts that it is enabled to comment on court proceedings and thus inform the public of what is transpiring in the courts. To this end, Cory J. stated in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475:

The media have a vitally important role to play in a democratic society. It is the media that, by gathering and disseminating news, enable members of our society to

pondant d'émettre des opinions sur les tribunaux sont tributaires de la liberté de la presse de communiquer cette information est fondamentale pour bien comprendre l'importance de cette liberté. La raison d'être des garanties de l'al. 2b) est de permettre des discussions complètes et impartiales sur les institutions publiques, condition vitale à toute démocratie. Le débat au sein du public suppose que ce dernier est informé, situation qui à son tour dépend de l'existence d'une presse libre et vigoureuse. Le droit du public d'être informé impose aux médias la responsabilité d'informer de façon exacte et impartiale. Cette responsabilité est particulièrement lourde, étant donné que la liberté de la presse s'exerce et doit s'exercer en grande partie sans entrave. L'importance de cette liberté et de la responsabilité qui s'y rattache m'amène à la seconde question touchant l'al. 2b).

Pour que la presse exerce sa liberté d'informer le public, il est essentiel qu'elle puisse avoir accès à l'information. Dans *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, j'ai souligné que la liberté de la presse englobait non seulement le droit de diffuser des nouvelles et d'autres informations, mais également le droit de recueillir ces informations. Aux pages 429 et 430, j'ai dit ceci:

Bien entendu, il ne fait pas de doute qu'elle comprend le droit de diffuser des nouvelles, des renseignements et des opinions. C'est ainsi que ce droit était formulé à l'origine dans la première ébauche de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, avant qu'il prenne sa forme actuelle. Toutefois, la liberté de diffuser des renseignements serait de peu de valeur si la liberté prévue à l'al. 2b) n'englobait pas également le droit de recueillir des nouvelles et d'autres renseignements sans l'intervention indue du gouvernement. [Je souligne.]

C'est en assurant à la presse accès aux tribunaux que celle-ci est à même de commenter les procédures judiciaires et, en conséquence, d'informer le public sur ce qui se passe devant les tribunaux. À cette fin, le juge Cory a dit ceci dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, à la p. 475:

Les médias ont un rôle primordial à jouer dans une société démocratique. Ce sont les médias qui, en réunissant et en diffusant les informations, permettent aux

make an informed assessment of the issues which may significantly affect their lives and well-being.

membres de notre société de se former une opinion éclairée sur les questions susceptibles d'avoir un effet important sur leur vie et leur bien-être.

26 From the foregoing, it is evident that s. 2(b) protects the freedom of the press to comment on the courts as an essential aspect of our democratic society. It thereby guarantees the further freedom of members of the public to develop and to put forward informed opinions about the courts. As a vehicle through which information pertaining to these courts is transmitted, the press must be guaranteed access to the courts in order to gather information. As noted by Lamer J., as he then was, 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." Similarly, it may be said that measures that prevent the media from gathering that information, and from disseminating it to the public, restrict the freedom of the press. To the extent that such measures prohibit public access to the courts and to information about the courts, they may also be said to restrict freedom of expression in so far as it encompasses the freedom of listeners to obtain information that fosters public criticism of the courts.

À la lumière de ce qui précède, il est évident que l'al. 2b) protège la liberté de la presse de commenter les activités des tribunaux en tant qu'aspect essentiel de notre société démocratique. Cette disposition garantit ainsi la liberté des membres du public de former et d'émettre des opinions éclairées sur les tribunaux. En tant que véhicule par lequel l'information sur les tribunaux est communiquée, la presse doit se voir garantir l'accès aux tribunaux nécessaire pour qu'elle puisse recueillir cette information. Comme l'a fait observer le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *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.» De même, il est possible d'affirmer que des mesures qui empêchent les médias de recueillir l'information et de la diffuser limitent la liberté de la presse. Si de telles mesures empêchent le public d'avoir accès aux tribunaux et à l'information concernant ceux-ci, il est également possible de dire qu'elles limitent la liberté d'expression, dans la mesure où celle-ci englobe la liberté des auditeurs d'obtenir de l'information qui favorise la critique publique des tribunaux.

27 At this point, however, I should like to make a number of caveats to the recognition of the importance of public access to the courts as a fundamental aspect of our democratic society. First of all, this recognition is not to be confused with, nor do I wish to be understood as affirming a right to be physically present in the courtroom. Circumstances may produce a shortage of physical space, such that individual members of the media and the public may be denied physical access to the courts. In such circumstances, those excluded may have to

Toutefois à ce stade-ci, je tiens à formuler un certain nombre de réserves en ce qui concerne la reconnaissance de l'importance de l'accès du public aux tribunaux en tant qu'aspect fondamental de notre société démocratique. Premièrement, cette reconnaissance ne doit pas être considérée comme la confirmation de l'existence d'un droit d'assister en personne aux séances des tribunaux; je ne veux pas non plus que mes propos soient interprétés de la sorte. Il est possible que, dû à certaines circonstances, il y ait manque d'espace et que des membres des médias et du public se voient refuser l'accès à la salle d'audience. Dans de tels cas, ceux qui sont exclus pourraient devoir compter sur ceux

rely on those present to relay information about the proceedings.

To this I would add a further caveat. I do not accept that the necessary consequence of recognizing the importance of public access to the courts is the recognition of public access to all facets of public institutions. The intervener, Attorney General for Saskatchewan argues that if an open court system is to be protected under s. 2(b) of the *Charter* on the basis that the public has an entitlement to information about proceedings in the criminal courts, then all venues within which the criminal law is administered will have to be accessible to the public, including jury rooms, a trial judge's chambers and the conference rooms of appellate courts. The fallacy with this argument is that it ignores the fundamental distinction between the criminal courts, the subject of this appeal, and the other venues mentioned by the intervener. Courts are and have, since time immemorial, been public arenas. The same cannot be said of these other venues. Thus, to argue that constitutional protection should be extended to public access to these private places, on the basis that public access to the courts is constitutionally protected, is untenable.

Furthermore, this Court has noted on previous occasions that public access to certain judicial processes would render the administration of justice unworkable; see *MacIntyre, supra*. The importance of ensuring that the administration of justice is not rendered unworkable provides a palpable reason for prohibiting public access to many of the other types of processes of which the intervener makes mention. Indeed, as we have seen in this case, the open court principle itself must yield to circumstances that would render the proper administration of justice unworkable.

B. *Does Section 486(1) of the Criminal Code Infringe Section 2(b)?*

qui étaient présents aux procédures pour leur transmettre l'information sur ce qui s'y est passé.

Je ferais une autre réserve. Je n'accepte pas que le fait de reconnaître l'importance de l'accès du public aux tribunaux ait pour conséquence nécessaire la reconnaissance de l'accès du public à tous les lieux où des institutions publiques tiennent des audiences. Le procureur général de la Saskatchewan intervenant soutient que, si la publicité des débats en justice est protégée par l'al. 2b) de la *Charte* pour le motif que le public a le droit d'être informé sur les procès criminels, alors tous les lieux où la justice pénale est rendue devront être accessibles au public, y compris la salle de délibération des jurés, le cabinet du juge du procès et les salles de conférence des cours d'appel. Cet argument est spécieux en ce qu'il fait abstraction de la distinction fondamentale entre les salles d'audience des cours criminelles, objet du présent pourvoi, et les autres lieux d'audience mentionnés par l'intervenant. Les salles d'audience des tribunaux sont, de temps immémorial, des lieux publics. On ne peut en dire autant des autres endroits mentionnés. En conséquence, il est impossible de soutenir que la protection de la Constitution doit être étendue à l'accès du public à ces lieux privés sur le fondement que l'accès du public aux salles d'audience des tribunaux bénéficie de cette protection.

De plus, notre Cour a souligné, à d'autres occasions, que l'accès du public à certaines procédures judiciaires rendrait l'administration de la justice impossible; voir *MacIntyre*, précité. Le fait qu'il soit important de faire en sorte que l'administration de la justice ne soit pas rendue impossible constitue une raison concrète d'interdire l'accès du public à bon nombre des autres types de procédures mentionnées par l'intervenant. De fait, comme nous pouvons le constater dans la présente espèce, le principe de la publicité des débats en justice lui-même doit céder le pas devant des circonstances qui rendraient impossible la bonne administration de la justice.

B. *Le paragraphe 486(1) du Code criminel porte-t-il atteinte à l'al. 2b)?*

30

At common law, the rule of public access to the courts was subject to certain exceptions, primarily where it was deemed necessary for the administration of justice. In *Scott, supra*, Earl Loreburn, at pp. 445-46, described the basis for exclusion of the public from the courts in these terms:

Again, the Court may be closed or cleared if such a precaution is necessary for the administration of justice. Tumult or disorder, or the just apprehension of it, would certainly justify the exclusion of all from whom such interruption is expected, and, if discrimination is impracticable, the exclusion of the public in general. Or witnesses may be ordered to withdraw, lest they trim their evidence by hearing the evidence of others.

31

The common law is effectively reflected in the current Canadian statutory form of the rule, s. 486(1) of the *Code*, which begins with “[a]ny proceedings against an accused shall be held in open court”, thereby preserving and giving statutory effect to the general rule of openness. It then vests in a trial judge the discretion to make an exclusionary order for, among other reasons, the furtherance of the proper administration of justice.

32

The appellant submits that s. 486(1) infringes s. 2(b) of the *Charter*. Having said that s. 2(b) protects the freedom of the press to gather and disseminate information relating to court proceedings, and protects the freedom of the public to comment upon our criminal courts as an essential attribute of our democratic society, a provision that excludes the public and the media from the courtroom must infringe s. 2(b).

33

By its facial purpose, s. 486(1) restricts expressive activity, in particular the free flow of ideas and information, in providing a discretionary bar on public and media access to the courts. This is sufficient to ground a violation; any provision that has as its purpose the restriction of expression will necessarily violate s. 2(b); see *Irwin Toy Ltd. v.*

En common law, la règle de l'accès du public aux tribunaux était assortie de quelques exceptions, principalement dans les cas où l'exclusion était jugée nécessaire à l'administration de la justice. Dans *Scott*, précité, Earl Loreburn a décrit en ces termes le fondement de l'exclusion du public de la salle d'audience, aux pp. 445 et 446:

[TRADUCTION] Par ailleurs, le tribunal peut tenir l'audience à huis clos ou ordonner l'exclusion du public si cette précaution est nécessaire à l'administration de la justice. Le tumulte ou le désordre, ou la crainte fondée d'une telle situation justifiaient certainement l'exclusion de tous ceux qui sont ainsi susceptibles d'interrompre les débats, et, s'il est impossible de les distinguer, l'exclusion du public en général. Le tribunal peut également ordonner à des témoins de se retirer, de crainte qu'ils n'adaptent leur témoignage à d'autres témoignages qu'ils auront entendus.

Les principes de la common law se retrouvent effectivement dans la version législative canadienne actuelle de la règle, le par. 486(1) du *Code*, qui commence par les mots «[l]es procédures dirigées contre un prévenu ont lieu en audience publique», préservant ainsi la règle générale de la publicité des débats et lui donnant effet dans la loi. Cette disposition investit ensuite le juge du procès du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance d'exclusion, notamment pour favoriser la bonne administration de la justice.

L'appelante soutient que le par. 486(1) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*. Comme l'al. 2b) protège la liberté de la presse de recueillir et de diffuser de l'information concernant les procédures judiciaires, ainsi que la liberté du public de commenter les travaux de nos cours de juridiction criminelle, en tant qu'attribut essentiel de notre société démocratique, force est de conclure qu'une disposition qui exclut le public et les médias de la salle d'audience viole l'al. 2b).

De par son objet manifeste, le par. 486(1) limite les activités d'expression, en particulier la libre circulation des idées et de l'information, en créant un pouvoir discrétionnaire permettant d'interdire au public et aux médias l'accès aux tribunaux. Voilà qui suffit à établir une violation; toute disposition qui a pour objet de restreindre l'expression viole

Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 974.

Admittedly, s. 486(1) only permits such restriction on freedom of expression and freedom of the press where values of superordinate importance so require. To this end, the respondents argue that s. 486(1) supports, as opposed to violates, the values of the *Charter*, in that it permits the courts to maintain control over their own processes, as well as advancing core values including the protection of victims and witnesses, privacy interests and inherent limitations on freedom of expression such as public order and decency. In answer to the respondents' submissions, however, it is to be noted that this Court has repeatedly favoured a balancing of competing interests at the s. 1 stage of analysis. Specifically, Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, that "s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing" and found that freedom of expression jurisprudence supported that view. He continued, at p. 734:

It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

This approach was again adopted in the recent case of *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, where the broad, purposive interpretation to be favoured in relation to s. 2(b) is discussed. At para. 75, it is stated that "[t]he important thing is that the competing values of a free and democratic society have to be adequately weighed in the appropriate context." Thus, I conclude that s. 486(1) of the *Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* and leave to s. 1 an assessment of the competing interests and factors

nécessairement l'al. 2b); voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 974.

Il faut reconnaître que le par. 486(1) ne permet une telle restriction de la liberté d'expression et de la liberté de la presse que dans les cas où des valeurs d'importance primordiale l'exigent. En ce sens, les intimés affirment que le par. 486(1) ne viole pas les valeurs de la *Charte* mais au contraire les appuie, puisqu'il permet aux tribunaux de contrôler leur propre procédure et de promouvoir des valeurs fondamentales, dont la protection des victimes et des témoins, le respect de la vie privée et les limites inhérentes à la liberté d'expression, tels l'ordre public et la décence. Pour répondre aux arguments des intimés, cependant, il convient de souligner que notre Cour a, à maintes reprises, favorisé la mise en équilibre des intérêts opposés à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Plus précisément, le juge en chef Dickson a dit, dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, que «l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs», et il a conclu que la jurisprudence concernant la liberté d'expression étaye cette opinion. Il a pour suivi ainsi à la p. 734:

Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

Ce point de vue a été adopté de nouveau dans l'arrêt récent *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, où il est question de l'interprétation large et fondée sur l'objet qui doit être favorisée à l'égard de l'al. 2b). Au paragraphe 75, il est dit que «[c]e qui importe, c'est que les valeurs opposées d'une société libre et démocratique soient bien soupesées dans le contexte approprié.» Par conséquent, je conclus que le par. 486(1) du *Code* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et je vais évaluer, sous le régime de l'article premier, les intérêts opposés et

tending to justify restrictions on the guaranteed freedom.

C. Section 1 Analysis

36

I turn now to an examination of whether s. 486(1) is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter* following the analytical framework developed by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. But in undertaking this task, it must be remembered, a formalistic approach must be avoided. Regard must be had to all circumstances. The Court thus described the proper approach to be taken in *Ross*, *supra*, at para. 78:

... the *Oakes* test should be applied flexibly, so as to achieve a proper balance between individual rights and community needs. In undertaking this task, courts must take into account both the nature of the infringed right and the specific values the state relies on to justify the infringement. This involves a close attention to context. McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, reiterated her statement in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47, that conflicting values must be placed in their factual and social context when undertaking a s. 1 analysis. [Emphasis added.]

Having affirmed the flexible and contextual approach to be taken, it is apposite to examine the context within which this appeal arises in light of the specific values engaged.

37

The first such value is the power vested in courts of criminal jurisdiction to control their own process in furtherance of the rule of law. This was recognized in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, where McLachlin J. noted that “[t]he rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect” (p. 931). Similarly, in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court referred to the English deci-

les facteurs tendant à justifier les restrictions à la liberté garantie.

C. L'analyse fondée sur l'article premier

Je passe maintenant à l'examen de la question de savoir si, au sens de l'article premier de la *Charte* et conformément au cadre analytique établi par notre Cour dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le par. 486(1) est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans cette tâche, il ne faut pas oublier qu'il convient d'éviter une approche formaliste. Il faut tenir compte de toutes les circonstances. Dans l'arrêt *Ross*, précité, au par. 78, notre Cour a décrit dans les termes suivants la méthode appropriée:

Le critère de l'arrêt *Oakes* devrait [. . .] s'appliquer avec souplesse, de manière à établir un juste équilibre entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Dans cette tâche, les tribunaux doivent tenir compte à la fois de la nature du droit violé et des valeurs spécifiques que le ministère public invoque pour justifier la violation. Cela exige qu'on examine de près le contexte. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin a réitéré l'énoncé qu'elle avait fait dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247, selon lequel il faut situer les valeurs opposées dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à une analyse fondée sur l'article premier. [Je souligne.]

Après avoir affirmé qu'une analyse souple et contextuelle doit être faite, je me dois d'étudier le contexte du présent pourvoi à la lumière des valeurs particulières en jeu.

La première de ces valeurs est le pouvoir des tribunaux de juridiction pénale de contrôler leur propre procédure, pouvoir que la loi leur confère afin d'assurer la primauté du droit. Cette valeur a été reconnue dans *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, où le juge McLachlin a souligné que «[l]a primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû» (p. 931). De même, dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour s'est référée à l'arrêt anglais

sion of *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), where, at p. 1081, it was said:

The course of justice must not be deflected or interfered with. Those who strike at it strike at the very foundations of our society. To maintain law and order, the judges have, and must have, power at once to deal with those who offend against it.

In *B.C.G.E.U.*, *supra*, Dickson C.J. affirmed the power of courts to act in furtherance of the proper administration of justice. While said in the context of discussing contempt of court, the principle of permitting a court to control its own process may be said to extend to situations, such as the one at bar, where the court is granted a discretion to act in the interests of the proper administration of justice to exclude the public from criminal proceedings.

Related to a court's power to control its own process is the power to regulate the publicity associated with its proceedings. As such, it has been held that a legislative provision mandating a publication ban upon request by the complainant or prosecutor in sexual assault cases is constitutional; see *Canadian Newspapers*, *supra*. This Court has also recognized a common law discretion on the part of courts to order a publication ban; see *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

The court's power to regulate the publicity of its proceedings serves, among other things, to protect privacy interests, especially those of witnesses and victims. In *MacIntyre*, *supra*, Dickson J., as he then was, noted that "[m]any times it has been urged that the 'privacy' of litigants requires that the public be excluded from court proceedings" (p. 185) and in the course of weighing this interest against the interest of public access to court proceedings held that the protection of the innocent from unnecessary harm "is a valid and important policy consideration" (p. 187). Stating that the "curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance"

Morris c. Crown Office, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), où on a dit ceci, à la p. 1081:

[TRADUCTION] Le cours de la justice ne doit pas subir de déviation ni d'ingérence. Qui l'attaque, attaque le fondement même de notre société. Pour faire respecter la loi et l'ordre, les juges ont, et doivent avoir, le pouvoir de s'occuper immédiatement de ceux qui s'y attaquent.

Dans l'arrêt *B.C.G.E.U.*, précité, le juge en chef Dickson a confirmé le pouvoir des tribunaux d'agir pour assurer la bonne administration de la justice. Bien qu'il ait été énoncé dans le contexte d'une affaire d'outrage au tribunal, il est possible de dire que le principe selon lequel un tribunal peut contrôler sa propre procédure s'applique également aux situations où, comme en l'espèce, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public de procédures pénales dans l'intérêt de la bonne administration de la justice.

Le pouvoir de régir la publicité des débats en justice est un pouvoir connexe du pouvoir dont dispose le tribunal de contrôler sa propre procédure. À cet égard, il a été jugé qu'une disposition législative obligeant le tribunal à rendre une ordonnance de non-publication à la demande du plaignant ou du poursuivant dans les affaires d'agression sexuelle est constitutionnelle; voir *Canadian Newspapers*, précité. Notre Cour a aussi reconnu l'existence, en common law, du pouvoir discrétionnaire des tribunaux de rendre des ordonnances de non-publication: voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Le pouvoir des tribunaux de régir la publicité des débats en justice sert notamment à protéger la vie privée, surtout celle des témoins et des victimes. Dans l'arrêt *MacIntyre*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), a fait observer qu'«[o]n a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos» (p. 185), et, après avoir soupesé cet intérêt et l'intérêt du public en matière d'accès aux tribunaux, il a conclu que la protection de l'innocent contre un préjudice inutile «est une considération de principe valable et importante» (p. 187). Après avoir dit que «restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance»

(pp. 186-87), he identified the protection of the innocent as among these values.

(p. 186), il a précisé que la protection de l'innocent était l'une de ces valeurs.

40

While the social interest in protecting privacy is long standing, its importance has only recently been recognized by Canadian courts. Privacy does not appear to have been a significant factor in the earlier cases which established the strong presumption in favour of open courts. That approach has generally continued to this day, and this appears inherent to the nature of a criminal trial. It must be remembered that a criminal trial often involves the production of highly offensive evidence, whether salacious, violent or grotesque. Its aim is to uncover the truth, not to provide a sanitized account of facts that will be palatable to even the most sensitive of human spirits. The criminal court is an innately tough arena.

Bien que l'intérêt de la société à protéger la vie privée soit reconnu depuis longtemps, ce n'est que récemment que son importance a été reconnue par nos tribunaux. La vie privée ne semble pas avoir été un facteur important dans la jurisprudence plus ancienne, qui a établi une forte présomption en faveur de la tenue de procédures publiques. Ce point de vue, qui s'est de façon générale perpétué jusqu'à nos jours, semble inhérent à la nature des procès criminels. Il faut se rappeler qu'un tel procès entraîne souvent la présentation d'éléments de preuve très choquants, savoir licencieux, brutaux ou grotesques. Le but des procès est de découvrir la vérité et non de fournir un compte rendu aseptisé des faits qui sera acceptable pour les esprits les plus sensibles. Les cours criminelles sont de par leur nature des endroits durs.

41

Bearing this in mind, mere offence or embarrassment will not likely suffice for the exclusion of the public from the courtroom. As noted by M. D. Lepofsky in *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985), at p. 35: "Proceedings cannot be closed only because the subject of the charges relates to purportedly morality-tinged topics such as sex." In the course of the balancing exercise under s. 1, the exigencies and realities of criminal proceedings must be weighed in the analysis.

En conséquence, le seul fait qu'une situation soit choquante ou embarrassante ne sera pas suffisant pour justifier l'exclusion du public de la salle d'audience. Comme l'a souligné M. D. Lepofsky dans *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985), à la p. 35: [TRADUCTION] «Le huis clos ne peut pas être imposé seulement parce que l'objet des accusations concerne des questions qui se rapporteraient à la moralité tel le sexe.» Les exigences et les réalités des procédures pénales doivent être soupesées dans la mise en équilibre des valeurs opposées sous le régime de l'article premier.

42

Nonetheless, the right to privacy is beginning to be seen as more significant. Thus Cory J. in *Edmonton Journal*, *supra*, considered that the protection accorded the privacy of individuals in a legislative enactment related to a pressing and substantial concern and underlined its importance in Canadian law. In this area of the law, however, privacy interests are more likely to be protected where it affects some other social interest or where failure to protect it will cause significant harm to the victim or to witnesses. This is particularly so of sexual assault cases. As L'Heureux-Dubé J. recently put it in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, a case involving the production of complain-

Néanmoins, le droit au respect de la vie privée commence à se voir reconnaître une importance plus grande. Ainsi, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, le juge Cory a considéré que la protection de la vie privée des individus prévue par une disposition législative visait une préoccupation urgente et réelle, et il a souligné son importance en droit canadien. Toutefois, dans ce domaine du droit, il y a plus de chances que les intérêts relatifs à la vie privée soient protégés s'ils ont une incidence sur d'autres intérêts de la société ou si l'omission de les protéger causera un préjudice important à la victime ou aux témoins. C'est particulièrement le cas dans les affaires d'agression

ants' medical records in relation to charges of sexual offences (at para. 158):

This Court has already recognized that society has a legitimate interest in encouraging the reporting of sexual assault and that this social interest is furthered by protecting the privacy of complainants: [*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577], at pp. 605-6. Parliament, too, has recognized this important interest in s. 276(3)(b) of the *Criminal Code*.

Similar views had earlier been expressed by Lamer J., in *Canadian Newspapers*, *supra*; see also L'Heureux-Dubé J. in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 441-42.

So far as s. 486(1) of the *Code* is concerned, then, exclusion of the public is a means by which the court may control the publicity of its proceedings with a view to protecting the innocent and safeguarding privacy interests and thereby afford a remedy to the underreporting of sexual offences.

Having set forth the relevant context, the s. 1 analysis developed in *Oakes*, *supra*, may now be undertaken. This approach requires two things to be established: the impugned state action must have an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society; and there must be proportionality between the objective and the impugned measure.

(1) Legislative Objective

To constitute a justifiable limit on a right or freedom, *Oakes* tells us, the objective of the impugned legislation must advance concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. The appellant CBC maintains that the legislative objective of s. 486(1) is "to allow the exclusion of the public in criminal proceedings if it is in the interests of: (1) the safeguard of public morals; (2) the maintenance of order; or (3) the proper administration of justice". I have already indicated my intention to confine this appeal to

sexuelle. Comme l'a dit récemment le juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, arrêt qui concernait la production des dossiers médicaux des plaignantes relativement à des accusations d'infraction sexuelle (au par. 158):

Notre Cour a déjà reconnu que la société a un intérêt légitime à encourager le dépôt de plaintes d'agressions sexuelles et que cet intérêt est favorisé par la protection de la vie privée des plaignantes: [*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577], aux pp. 605 et 606. Le législateur fédéral a, lui aussi, reconnu cet important intérêt à l'al. 276(3)(b) du *Code criminel*.

Des points de vue analogues avaient déjà été exprimés par le juge Lamer dans l'arrêt *Canadian Newspapers*, précité; voir également les propos du juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, aux pp. 441 et 442.

En ce qui a trait au par. 486(1) du *Code*, l'exclusion du public est donc le moyen par lequel le tribunal peut contrôler la publicité de ses procédures en vue de protéger l'innocent et de sauvegarder la vie privée, et, partant, permet d'accroître le signalement des infractions sexuelles.

Maintenant que le contexte pertinent a été exposé, l'analyse fondée sur l'article premier élaborée dans *Oakes*, précité, peut commencer. Conformément à cette analyse, deux choses doivent être établies: la mesure gouvernementale contestée doit viser un objectif urgent et réel dans une société libre et démocratique; il doit y avoir proportionnalité entre l'objectif et la mesure contestée.

(1) L'objectif législatif

Selon l'arrêt *Oakes*, pour constituer une limite justifiable d'un droit ou d'une liberté, l'objectif de la loi contestée doit viser des préoccupations qui sont urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. L'appelante SRC affirme que l'objectif du par. 486(1) est de [TRADUCTION] «permettre l'exclusion du public dans les procédures criminelles s'il y va de l'intérêt: (1) de la protection de la moralité publique; (2) du maintien de l'ordre; ou (3) de la bonne administration de la justice». J'ai déjà indiqué que j'entendais m'en tenir dans le

43

44

45

consideration of the third branch for exclusion, the “proper administration of justice”. As to this branch, the CBC concedes its pressing and substantial nature, but notes its imprecision.

présent pourvoi à l’examen du troisième motif d’exclusion, la «bonne administration de la justice». Quant à ce motif, la SRC concède qu’il a un caractère urgent et réel, mais souligne qu’il est imprécis.

46

I would characterize the objective somewhat differently. Section 486(1) aims at preserving the general principle of openness in criminal proceedings to the extent that openness is consistent with and advances the proper administration of justice. There are situations where openness conflicts with the proper administration of justice. The provision purports to further the proper administration of justice by permitting covertness where necessary. This recharacterization of the objective leaves intact that which the appellant conceded was of a pressing and substantial nature: the exclusion of the public from criminal proceedings in three specific cases. In light of the appellant’s concession, I do not intend to say more than that this objective clearly passes the first step of the s. 1 analysis.

Je caractériserais cet objectif un peu différemment. Le paragraphe 486(1) vise à préserver le principe général de la publicité des procédures criminelles dans la mesure où cette publicité est compatible avec la bonne administration de la justice et la favorise. Il y a des cas où la publicité va à l’encontre de la bonne administration de la justice. La disposition législative vise à favoriser la bonne administration de la justice en autorisant le huis clos lorsque la chose est nécessaire. Cette reformulation de la caractérisation laisse intact l’aspect de l’objectif qui, de concéder l’appelante, a un caractère urgent et réel: l’exclusion du public des procédures criminelles dans trois cas précis. Vu la concession de l’appelante, je n’ajouterai rien, si ce n’est que cet objectif satisfait clairement au premier volet de l’analyse fondée sur l’article premier.

47

The second step, or the proportionality inquiry, is broken down into three further requirements that must be established, namely: the legislative measure must be rationally connected to the objective; it must impair the guaranteed right or freedom as little as possible; and there must be proportionality between the deleterious effects of the measures and their salutary effects; see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 60.

Le deuxième volet, soit l’examen de la proportionnalité, comporte trois autres exigences qui doivent être satisfaites, savoir: la mesure législative doit avoir un lien rationnel avec l’objectif; elle doit porter atteinte le moins possible au droit ou à la liberté; il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques; voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au par. 60.

(2) Proportionality

(2) La proportionnalité

(a) *Rational Connection*

a) *Le lien rationnel*

48

In an attempt to discern whether the legislative means are rationally connected to the legislative objective, McLachlin J., in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, noted that in some cases, the relationship between the infringement of the rights and the benefit sought to be achieved may not be “scientifically measurable”. In such cases, she continued, “this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, with-

Cherchant à déterminer si les mesures législatives avaient un lien rationnel avec l’objectif législatif, le juge McLachlin, dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 154, a fait remarquer que, dans certains cas, le lien entre l’atteinte aux droits et l’avantage recherché peut bien ne pas être «mesurable du point de vue scientifique». Dans ces cas, a-t-elle ajouté, «notre Cour s’est montrée disposée à reconnaître l’existence d’un lien causal entre la violation et l’avantage recherché sur le

out insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective". It was also my view in *RJR-MacDonald*, *supra*, that a common-sense analysis was sufficient to satisfy the rational connection branch. In the present case, where the benefit sought to be realized by the operation of s. 486(1) is the furtherance of the administration of justice, the benefit is not scientifically measurable; nor is the relationship between the benefit and the infringement. As such, it is appropriate to proceed under the rational connection inquiry on the basis of logic and reason.

Whether s. 486(1) is rationally connected to the legislative objective requires a determination of whether the particular legislative means adopted — a discretionary power in the trial judge to exclude the public where it is in the interests of the proper administration of justice — serves the legislative objective.

The discretionary element of s. 486(1) is crucial to the analysis. In this respect, the Court has held discretion to be an essential feature of the criminal justice system. As was noted in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410, a "system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid". In some cases, the *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion, and yet, as was stated in *Beare*, *supra*, "[t]he day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion" (p. 411).

In *Dagenais*, *supra*, Lamer C.J. discussed the common law discretion to order a publication ban and held that a discretionary power cannot confer the power to infringe the *Charter*. The discretion must be exercised within boundaries set by the *Charter*; an exercise of discretion exceeding these boundaries would result in reversible error. The Chief Justice further held that a publication ban should only be ordered when two things are established: (1) that the ban is necessary to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial,

fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif». Dans *RJR-MacDonald*, précité, j'ai exprimé l'avis qu'une analyse fondée sur le bon sens était suffisante pour satisfaire au critère du lien rationnel. Dans le présent cas, où l'avantage recherché par l'application du par. 486(1) est de favoriser l'administration de la justice, l'avantage n'est pas mesurable du point de vue scientifique, pas plus que ne l'est le lien entre l'avantage et l'atteinte. Il est donc approprié de faire l'analyse du lien rationnel sur le fondement de la raison et de la logique.

Pour déterminer si le par. 486(1) a un lien rationnel avec l'objectif législatif, il faut décider si le moyen législatif choisi — en l'occurrence le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'exclure le public lorsque cela est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice — sert l'objectif législatif.

L'élément discrétionnaire du par. 486(1) est décisif dans l'analyse. À cet égard, notre Cour a décidé que le pouvoir discrétionnaire constitue une caractéristique essentielle du système de justice pénale. Comme il a été souligné dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 410, un «système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner». Dans certains cas, le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, mais, comme il a également été dit dans *Beare*, précité, «[l']application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire» (p. 411).

Dans *Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer, après avoir étudié le pouvoir discrétionnaire, fondé sur la common law, de rendre une ordonnance de non-publication, a conclu qu'un pouvoir discrétionnaire ne peut pas donner le pouvoir d'enfreindre la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans les limites prescrites par la *Charte*; le fait d'outrepasser ces limites entraînerait une erreur susceptible de révision. Le Juge en chef a en outre statué qu'une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si les deux conditions sui-

49

50

51

because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (2) that the salutary effects of the ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by it. This standard, he noted, “clearly reflects the substance of the *Oakes* test applicable when assessing legislation under s. 1 of the *Charter*” (p. 878). Accordingly when a judge orders a ban that contravenes this standard, the judge commits an error of law, and the order is reviewable on that basis.

vantes sont réunies: (1) l’ordonnance 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; (2) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la liberté d’expression de ceux qui sont touchés par l’ordonnance. Cette norme, a souligné le Juge en chef, «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*» (p. 878). En conséquence, quand un juge rend une ordonnance de non-publication contraire à cette norme, il commet une erreur de droit susceptible de révision.

52

In applying s. 486(1), then, a court must exercise its discretion in conformity with the *Charter*. In this way, the judicial discretion guarantees that any order made pursuant to s. 486(1) will be rationally connected to the legislative objective of furthering the proper administration of justice. Once we accept the importance of discretion as an integral aspect of our criminal justice system, then the case for discretion in the hands of the courts is perhaps the strongest. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, Gonthier J. discussed the need for limitations on law enforcement discretion. This need is met where the discretion is vested in the courts, because the exercise of discretion is reviewable.

Par conséquent, en appliquant le par. 486(1), le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*. Le fait d’exercer ainsi le pouvoir discrétionnaire garantit que toute ordonnance rendue en application du par. 486(1) aura un lien rationnel avec l’objectif législatif qui consiste à favoriser la bonne administration de la justice. C’est peut-être lorsque nous acceptons l’importance du pouvoir discrétionnaire en tant qu’élément essentiel de notre système de justice pénale, que ressort le plus clairement l’opportunité de confier ce pouvoir aux tribunaux. Dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, le juge Gonthier a examiné le besoin de limiter le pouvoir discrétionnaire en matière d’application de la loi. Ce besoin est satisfait lorsque ce pouvoir discrétionnaire est confié aux tribunaux, car son exercice est alors susceptible de révision.

53

Thus, the grant of judicial discretion in s. 486(1) necessarily ensures that any order made will be rationally connected to the legislative objective. If it is not, then the order will constitute an error of law; the proper course in such a case is to review the particular exercise of discretion and provide an appropriate remedy. Section 486(1) sets up a means, logically connected to the legislative objective of furthering the proper administration of justice, which permits a court to order the exclusion

Ainsi, en conférant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, le par. 486(1) garantit nécessairement que les ordonnances qui seront rendues auront un lien rationnel avec l’objectif législatif. Si ce n’est pas le cas, l’ordonnance constituera alors une erreur de droit. Dans de tels cas, la marche à suivre est de contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire et d’accorder la réparation convenable. Le paragraphe 486(1) crée un moyen qui a un lien logique avec l’objectif législatif consistant à favoriser la bonne administration de la justice, et qui habilite les tribunaux à ordonner l’exclusion du

of the public where an open court would impede this objective.

The appellant contends that vesting in inferior courts the discretion to make a s. 486(1) order on the ground of the proper administration of justice is to provide insufficient guidance to courts in the exercise of their discretion. This contention is essentially an allegation that the legislation is vague or overbroad. I find it more appropriate to deal with the vagueness argument under the minimum impairment branch of the analysis. It is to this that I now turn.

(b) *Minimal Impairment*

In examining whether s. 486(1) impairs the rights under s. 2(b) as little as reasonably possible in order to achieve its objective, I begin by referring to McLachlin J.'s articulation of this requirement in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160: "The impairment must be 'minimal', that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary." However, she qualified this somewhat by noting that the tailoring process will rarely admit of perfection and thus, if the law "falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement".

I have noted the appellant's submission that the discretion conferred on trial judges by s. 486(1), to exclude the public from the courts in the interests of the proper administration of justice, is vague. In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, Sopinka J. discussed the concept of vagueness and the ways in which it could arise (at pp. 94-95):

public lorsque la publicité des débats ferait obstacle à cet objectif.

L'appelante soutient que le fait de conférer aux tribunaux inférieurs le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance prévue au par. 486(1) pour le motif touchant la bonne administration de la justice, c'est leur donner des directives insuffisantes pour exercer leur pouvoir discrétionnaire. Cet argument revient essentiellement à plaider que la loi est imprécise ou qu'elle a une portée excessive. J'estime qu'il est plus approprié d'examiner l'argument relatif à l'imprécision à l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale, ce à quoi je vais maintenant passer.

b) *L'atteinte minimale*

Afin de déterminer si le par. 486(1) restreint aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire les droits garantis à l'al. 2b) pour réaliser l'objectif législatif, je vais d'abord me référer aux observations faites par le juge McLachlin relativement à cette exigence dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160: «La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire.» Toutefois, elle a apporté une réserve à cette affirmation en soulignant que le processus d'adaptation est rarement parfait, et que si la loi «se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation».

J'ai fait mention de l'argument de l'appelant que le pouvoir discrétionnaire d'exclure le public de la salle d'audience dans l'intérêt de la bonne administration de la justice qui est conféré au juge du procès par le par. 486(1) est imprécis. Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, le juge Sopinka a examiné la notion d'imprécision et les manières dont elle peut se manifester (aux pp. 94 et 95):

54

55

56

Vagueness can have constitutional significance in at least two ways in a s. 1 analysis. A law may be so uncertain as to be incapable of being interpreted so as to constitute any restraint on governmental power. The uncertainty may arise either from the generality of the discretion conferred on the donee of the power or from the use of language that is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools. In these circumstances, there is no "limit prescribed by law" and no s. 1 analysis is necessary as the threshold requirement for its application is not met. The second way in which vagueness can play a constitutional role is in the analysis of s. 1. A law which passes the threshold test may, nevertheless, by reason of its imprecision, not qualify as a reasonable limit. Generality and imprecision of language may fail to confine the invasion of a Charter right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth. [Emphasis added.]

57

Allegations of overbreadth, of which allegations of vagueness are said to be an aspect, are more appropriately dealt with in relation to minimal impairment; see *Osborne, supra*, at p. 95. In the present case, the appellant's submission as to vagueness relates more to imprecision and generality, than to an allegation that s. 486(1) is incapable of interpretation with any degree of precision and thus not a limit prescribed by law. (I note that Gonthier J. writing in *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, preferred to reserve the term "vagueness" for the most serious degree of vagueness where the law could not be said to constitute a "limit prescribed by law" and to use overbreadth for the other aspect of vagueness. My use of "vagueness" in this case should be construed as meaning "overbreadth".)

58

In *Osborne*, Sopinka J. discussed vagueness in relation to the granting of wide discretionary powers and held that "[m]uch of the activity of govern-

Or, il existe aux moins deux façons dont l'imprécision peut prendre une importance constitutionnelle dans une analyse fondée sur l'article premier. Tout d'abord, une loi peut présenter une telle indétermination qu'il est impossible de l'interpréter comme limitant de quelque manière le pouvoir du gouvernement. Cette indétermination peut procéder soit du caractère général du pouvoir discrétionnaire accordé au détenteur de ce pouvoir, soit de l'emploi d'un langage si obscur que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement. Dans de telles circonstances, il n'existe pas de restriction prescrite par une règle de droit et point n'est alors besoin de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, car la condition préliminaire de son application n'est pas remplie. La seconde façon dont l'imprécision peut jouer un rôle constitutionnel est dans l'analyse de l'article premier. Une loi qui satisfait au critère préliminaire peut néanmoins, pour cause d'imprécision, ne pas constituer une restriction raisonnable. Il se peut en effet que la généralité d'une disposition ainsi que l'imprécision de ses termes fassent que l'atteinte portée à un droit garanti par la Charte ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive. [Je souligne.]

Il est préférable d'analyser les arguments fondés sur la portée excessive, dont l'imprécision serait un élément, à la lumière du critère relatif à l'atteinte minimale; voir l'arrêt *Osborne*, précité, à la p. 95. En l'espèce, l'argument de l'appelante en ce qui concerne l'imprécision de la disposition porte davantage sur l'imprécision des termes et leur généralité, que sur le fait qu'il est impossible d'interpréter le par. 486(1) avec un quelconque degré de précision, et que celui-ci ne constitue donc pas une restriction prescrite par une règle de droit. (Je souligne que, dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, le juge Gonthier a préféré réserver l'emploi du mot «imprécision» au degré le plus grave d'imprécision, savoir les cas où la loi est imprécise au point de ne pas constituer une restriction prescrite par une «règle de droit», et qu'il a employé plutôt le terme «portée excessive» pour désigner l'autre aspect de la notion d'imprécision. Dans le présent pourvoi, j'utilise le terme «imprécision» au sens de «portée excessive».)

Dans l'arrêt *Osborne*, le juge Sopinka a étudié la notion d'imprécision relativement à l'attribution de larges pouvoirs discrétionnaires, et il a statué

ment is carried on under the aegis of laws which of necessity leave a broad discretion to government officials" (p. 95). He then cited a passage from *Irwin Toy*, *supra*, at p. 983, in which this Court held that the law is rarely an exercise in absolute precision and that the question is whether there is an intelligible standard to guide the judiciary in doing its work.

Section 486(1) provides an intelligible standard — the proper administration of justice — according to which the judiciary can exercise the discretion conferred. The phrase "administration of justice" appears throughout legislation in Canada, including the *Charter*. Thus, "proper administration of justice", which of necessity has been the subject of judicial interpretation, provides the judiciary with a workable standard.

Section 486(1) arms the judiciary with a useful and flexible interpretative tool to accomplish its goal of preserving the openness principle, subject to what is required by the proper administration of justice, and the discretionary aspect of s. 486(1) guarantees that the impairment is minimal. Again relying upon the fact that the discretion must be exercised in a manner that conforms with the *Charter*, the discretion bestowed upon the court by s. 486(1) ensures that a particular exclusionary order accomplishes just what is necessary to advance the interests of the proper administration of justice and no more. An order may be made to exclude certain members of the public, from part or all of the proceedings, and for specific periods of time. As such, an order that fails to impair the rights at stake as little as possible will constitute an error. This is exemplified by *R. v. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560 (Alta. S.C., App. Div.), where a new trial was ordered when it was found that a trial judge had ordered the entire trial to be held *in camera* when the facts established that the proper administration of justice only required the complainant's evidence to be taken *in camera*. The case illustrates that the public should only be

qu'«[u]ne bonne partie des activités gouvernementales s'exercent sous le régime de lois qui, nécessairement, accordent un large pouvoir discrétionnaire aux fonctionnaires» (p. 95). Il a ensuite cité un extrait de l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 983, dans lequel notre Cour a fait observer qu'en droit la précision absolue est rare et que la question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions.

Le paragraphe 486(1) énonce une norme intelligible — la bonne administration de la justice — suivant laquelle le pouvoir judiciaire peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré. L'expression l'«administration de la justice» figure dans un grand nombre de lois canadiennes, y compris la *Charte*. En conséquence, la notion de «bonne administration de la justice», qui a nécessairement fait l'objet d'interprétations par les tribunaux, constitue une norme pratique pour le pouvoir judiciaire.

Le paragraphe 486(1) fournit au pouvoir judiciaire un outil d'interprétation souple et utile pour réaliser son objectif de préservation du principe de la publicité des débats en justice, sous réserve des exigences de la bonne administration de la justice, et l'aspect discrétionnaire du par. 486(1) garantit que l'atteinte sera minimale. Qui plus est, compte tenu du fait qu'il doit être exercé d'une manière conforme à la *Charte*, le pouvoir discrétionnaire attribué au tribunal par le par. 486(1) fait en sorte que l'ordonnance d'exclusion rendue n'accomplira que ce qui est nécessaire dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Une ordonnance peut exclure certains membres du public de tout ou partie de l'audience, et ce pour une durée déterminée. En conséquence, une ordonnance qui ne restreindrait pas le moins possible les droits en cause constituerait une erreur. On en trouve un exemple dans l'affaire *R. c. Brint* (1979), 45 C.C.C. (2d) 560 (C.S. Alb., Div. app.), où la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée parce qu'il a été décidé que le juge du procès avait ordonné le huis clos pour toute la durée du procès, alors que les faits établissaient que la bonne administration de la justice n'exigeait que le huis clos pour l'audition du

excluded from the part of the proceedings where public access would offend against the proper administration of justice.

61

The order should be limited as much as possible. In *Dagenais, supra*, Lamer C.J. stated that a publication ban should only be ordered where it is necessary, and where reasonably available alternatives would not accomplish the same result. The same is true of the discretion accorded by s. 486(1) of the *Code*.

(c) *Proportional Effects*

62

The “proportional effects” stage of the analysis requires a consideration of whether the deleterious effects of s. 486(1) outweigh the salutary effects of excluding the public from the courts where it is required by the proper administration of justice. Parliament has attempted to balance the different interests affected by s. 486(1) by ensuring a degree of flexibility in the form of judicial discretion, and by making openness the general rule and permitting exclusion of the public only when public accessibility would not serve the proper administration of justice. The discretion necessarily requires that the trial judge weigh the importance of the interests the order seeks to protect against the importance of openness and specifically the particular expression that is limited. In this way, proportionality is guaranteed by the nature of the judicial discretion.

63

It is important to stress that the particular expression that is limited in a given case may impact upon the s. 1 balancing. In *RJR-MacDonald, supra*, I noted that the evidentiary requirements of a s. 1 analysis will vary substantially with the nature of the right infringed. In the case of freedom of expression, this Court has consistently held that the level of constitutional

témoignage de la plaignante. Cette affaire démontre que le public ne doit être exclu que pour la partie de l’audience à l’égard de laquelle sa présence nuirait à la bonne administration de la justice.

L’ordonnance doit être aussi limitée que possible. Dans *Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer a déclaré qu’une ordonnance de non-publication ne devait être rendue que dans le cas où une telle ordonnance est nécessaire et où il n’y a pas d’autres mesures raisonnablement disponibles et permettant d’accomplir le même résultat. Il en va de même du pouvoir discrétionnaire accordé par le par. 486(1) du *Code*.

c) *Les effets proportionnels*

À l’étape de l’analyse des «effets proportionnels», il faut se demander si les effets préjudiciables du par. 486(1) l’emportent sur les effets bénéfiques de l’exclusion du public de la salle d’audience lorsque la bonne administration de la justice exige la prise d’une telle mesure. Le législateur fédéral a tenté d’établir l’équilibre entre les différents intérêts touchés par le par. 486(1) en assurant une certaine souplesse par l’attribution d’un pouvoir discrétionnaire au tribunal, et en faisant de la publicité des débats en justice la règle générale, l’exclusion n’étant permise que dans les cas où l’accès du public ne servirait pas la bonne administration de la justice. Le pouvoir discrétionnaire oblige nécessairement le juge du procès à soupeser, d’une part, l’importance des intérêts que l’ordonnance vise à protéger et, d’autre part, l’importance de la publicité des débats en justice et, plus précisément, de l’activité d’expression particulière qui est restreinte. De cette façon, la proportionnalité est garantie par la nature du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

Il importe de souligner que l’activité d’expression particulière qui est restreinte dans un cas donné peut influencer sur la mise en équilibre des intérêts faite sous le régime de l’article premier. Dans *RJR-MacDonald*, précité, j’ai souligné que les exigences en matière de preuve dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier varient considérablement en fonction de la nature du droit

protection to which expression will be entitled varies with the nature of the expression. More specifically, the protection afforded freedom of expression is related to the relationship between the expression and the fundamental values this Court has identified as being the “core” values underlying s. 2(b). I put the matter this way in *RJR-MacDonald*, at para. 72:

Although freedom of expression is undoubtedly a fundamental value, there are other fundamental values that are also deserving of protection and consideration by the courts. When these values come into conflict, as they often do, it is necessary for the courts to make choices based not upon an abstract, platonic analysis, but upon a concrete weighing of the relative significance of each of the relevant values in our community in the specific context. This the Court has done by weighing freedom of expression claims in light of their relative connection to a set of even more fundamental values. In *Keegstra*, *supra*, at pp. 762-63, Dickson C.J. identified these fundamental or “core” values as including the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process. [Emphasis added.]

This Court has subjected state action that jeopardizes these “core” values to a “searching degree of scrutiny”. Where, on the other hand, the expression in question lies far from the “centre core of the spirit” of s. 2(b), state action restricting such expression is less difficult to justify.

In the case of s. 486(1), the type of expression impaired will vary from case to case. This makes it difficult to consider the extent to which the expression restricted by s. 486(1) relates to the “core” values under a s. 1 analysis, in light of the fact that the expression will not always be of the same type. For example, some expression that is restricted by s. 486(1) may be connected to the “core” values. The expression may relate to the ability of the pub-

en cause. Dans le cas de la liberté d’expression, notre Cour a constamment affirmé que le degré de protection constitutionnelle dont bénéficie une activité d’expression varie selon la nature de cette activité. Plus précisément, la protection accordée à la liberté d’expression dépend du lien entre l’expression et les valeurs fondamentales que notre Cour a identifiées comme étant les valeurs sous-jacentes au «cœur» de l’al. 2b). Voici en quels termes j’ai formulé cette idée dans *RJR-MacDonald*, au par. 72:

Bien que la liberté d’expression constitue indubitablement une valeur fondamentale, il existe d’autres valeurs fondamentales qui méritent aussi d’être protégées et examinées par les tribunaux. En cas de conflit entre ces valeurs, comme cela se produit souvent, les tribunaux sont appelés à faire des choix fondés non pas sur une analyse abstraite, platonicienne, mais sur une appréciation concrète de l’importance relative de chacune des valeurs pertinentes dans notre collectivité dans le contexte en question. C’est ce que notre Cour a fait en examinant les demandes touchant le droit à la liberté d’expression en fonction du lien relatif qu’elles ont avec des valeurs encore plus fondamentales. Dans l’arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 762 et 763, le juge en chef Dickson a identifié ces valeurs fondamentales ou se trouvant au «cœur» d’une garantie comme incluant la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l’autonomie et de l’enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique. [Je souligne.]

Notre Cour a fait «un examen rigoureux» des mesures étatiques qui menacent ces valeurs «fondamentales». En revanche, lorsque l’activité d’expression en question s’écarte beaucoup de l’«esprit même» de l’al. 2b), les mesures étatiques restreignant cette expression sont moins difficiles à justifier.

Dans le cas du par. 486(1), le type d’activité d’expression qui est restreint varie d’une affaire à l’autre. Il est donc difficile d’apprécier dans quelle mesure l’expression restreinte par le par. 486(1) se rapporte aux valeurs qui sont au «cœur» de l’al. 2b) pour l’analyse fondée sur l’article premier, étant donné que l’expression n’est pas toujours du même type. Par exemple, une activité d’expression restreinte par le par. 486(1) peut être liée aux

lic to participate in and contribute to the democratic system. By restricting public access to the expressive content of court proceedings, s. 486(1) inhibits informed public criticism of the court system, thereby directly impeding public participation in our democratic institutions, one of the "core" values protected by s. 2(b) of the *Charter*. However, in other cases, s. 486(1) may be used to exclude the public from proceedings where the presence of the public would impede a witness's ability to testify, thereby impairing the attainment of truth, another "core" value; see *R. v. Lefebvre* (1984), 17 C.C.C. (3d) 277, [1984] C.A. 370; *R. v. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152 (Ont. H.C.). On the other hand, exclusion may be ordered from that part of the proceedings where the most lurid or violent details of the offence are recounted, such that the restricted expression would lie far from the core of s. 2(b). In the end, the important point is that in deciding whether to order exclusion of the public pursuant to s. 486(1), a trial judge should bear in mind whether the type of expression that may be impaired by the order infringes upon the core values sought to be protected.

valeurs qui sont au «cœur» de l'al. 2b). L'activité d'expression peut se rattacher à la capacité du public de participer et de contribuer au système démocratique. En restreignant l'accès qu'a le public au contenu des procédures judiciaires, le par. 486(1) entrave la critique du système judiciaire par un public éclairé et fait ainsi directement obstacle à la participation du public à nos institutions démocratiques, l'une des valeurs fondamentales protégées par l'al. 2b) de la *Charte*. Toutefois, dans d'autres cas, le par. 486(1) peut être invoqué pour exclure le public de procédures où sa présence nuirait à la capacité d'un témoin de témoigner, gênant ainsi la découverte de la vérité, une autre valeur «fondamentale»; voir *R. c. Lefebvre*, [1984] C.A. 370; *R. c. McArthur* (1984), 13 C.C.C. (3d) 152 (H.C. Ont.). En revanche, l'exclusion peut être ordonnée à l'égard de la partie des procédures où les détails les plus atroces ou violents du crime sont relatés, de telle sorte que l'expression restreinte est loin des valeurs fondamentales visées à l'al. 2b). En dernière analyse, ce qui importe c'est que le juge du procès appelé à décider s'il y a lieu d'ordonner l'exclusion du public en vertu du par. 486(1) se demande si le type d'expression qui est susceptible d'être restreint par l'ordonnance porte atteinte aux valeurs fondamentales qu'on cherche à protéger.

⁶⁵ In sum, it is my view that the means enacted pursuant to s. 486(1) are proportionate to the legislative objective. It must be recalled that the appropriate means of remedying a particular exclusionary order having deleterious effects outweighing its salutary effects is through judicial review of the given order.

Bref, je suis d'avis que les moyens prévus au par. 486(1) sont proportionnés à l'objectif visé par la disposition législative. Il faut se rappeler que, lorsque les effets préjudiciables d'une ordonnance d'exclusion excèdent ses effets bénéfiques, le moyen approprié d'obtenir réparation est le contrôle judiciaire de l'ordonnance en question.

⁶⁶ From the foregoing analysis, I conclude that s. 486(1) constitutes a justifiable limit on the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* and is thereby saved by s. 1.

Je conclus de l'analyse qui précède que le par. 486(1) constitue une limite justifiable de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et que sa validité est en conséquence sauvegardée par l'article premier.

V. The Discretion

A. *Manner of Exercise*

⁶⁷ Much of my s. 1 analysis has turned on the fact that s. 486(1) vests a discretion in the trial judge.

V. Le pouvoir discrétionnaire

A. *Les modalités d'exercice*

Mon analyse fondée sur l'article premier a reposé en grande partie sur le pouvoir discrétion-

In view of the reliance I have placed on discretion in assessing constitutional validity, I think the manner in which this discretion is to be exercised warrants some discussion beyond the simple assertion that it must comply with the *Charter*. In doing so, I will restrict my comments to exclusion in the interest of the "proper administration of justice".

In *Dagenais, supra*, this Court reviewed the constitutionality of a publication ban ordered pursuant to the common law rule. As I have already mentioned, Lamer C.J. stated that the common law rule governing the issuance of publication bans must comply with the principles of the *Charter*. As he put it: "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" (p. 865). Holding that the exercise of discretion must be consistent with the *Charter*, Lamer C.J. set out a list of general guidelines for future cases. These guidelines essentially impose on the trial judge the requirements of a s. 1 balancing at the stage of determining whether or not to order a ban. These include three directives which echo the three steps of the proportionality analysis of the *Oakes* test.

The same directives are equally useful in assisting the trial judge in exercising his or her discretion within the boundaries of the *Charter* when exercising the judicial discretion to order exclusion of the public under s. 486(1). Stated in the context of such an order, the trial judge should, therefore, be guided by the following:

(a) the judge must consider the available options and consider whether there are any other reasonable and effective alternatives available;

naire que le par. 486(1) confère au juge du procès. Vu l'importance que j'ai accordée à cet élément dans l'appréciation de la constitutionnalité de la disposition, je crois que la manière dont ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé commande un examen qui ne se borne pas au simple fait d'affirmer que son application doit respecter la *Charte*. Ce faisant, je vais limiter mes observations à l'exclusion ordonnée dans l'intérêt de la «bonne administration de la justice».

Dans *Dagenais*, précité, notre Cour s'est penchée sur la constitutionnalité d'une ordonnance de non-publication rendue en vertu de la règle de common law. Comme je l'ai dit plus tôt, le juge en chef Lamer a déclaré que la règle de common law régissant les ordonnances de non-publication doit être compatible avec les principes qui sous-tendent la *Charte*. Il s'est exprimé en ces termes: «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» (p. 865). Statuant que l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être compatible avec la *Charte*, le juge en chef Lamer a énoncé des lignes directrices générales pour les affaires ultérieures. Essentiellement, ces lignes directrices imposent au juge du procès qui est appelé à décider s'il y a lieu de rendre une ordonnance de non-publication l'obligation d'appliquer les exigences de la mise en équilibre des intérêts en vertu de l'article premier. Ces lignes directrices comportent trois directives reprenant les trois étapes de l'analyse de la proportionnalité prévue par le critère de l'arrêt *Oakes*.

Ces directives aident également le juge du procès à exercer son pouvoir discrétionnaire de manière compatible avec la *Charte* lorsqu'il est saisi d'une demande d'exclusion du public en vertu du par. 486(1). Dans le contexte d'une telle ordonnance, le juge du procès doit donc suivre les directives suivantes:

a) le juge doit envisager les solutions disponibles et se demander s'il existe d'autres mesures de rechange raisonnables et efficaces;

(b) the judge must consider whether the order is limited as much as possible; and

(c) the judge must weigh the importance of the objectives of the particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate.

b) il doit se demander si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et

c) il doit comparer l'importance des objectifs de l'ordonnance et de ses effets probables avec l'importance de la publicité des procédures et l'activité d'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l'ordonnance soient proportionnels.

70 Additionally, I provide the following for guidance on the procedure to be undertaken upon an application for a s. 486(1) order.

En outre, je tiens à donner les indications suivantes relativement à la procédure à suivre en cas de demande d'ordonnance fondée sur le par. 486(1).

71 The burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application. As in *Dagenais, supra*, the applicant bears the burden of proving: that the particular order is necessary, in terms of relating to the proper administration of justice; that the order is as limited as possible; and, that the salutary effects of the order are proportionate to its deleterious effects. In relation to the proportionality issue, if the order is sought to protect a constitutional right, this must be considered.

C'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures. Comme dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la partie qui sollicite l'ordonnance doit prouver les éléments suivants: l'ordonnance demandée est nécessaire pour assurer la bonne administration de la justice; l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de l'ordonnance et ses effets préjudiciables. Pour ce qui est de la question de la proportionnalité, si l'ordonnance a pour but de protéger un droit constitutionnel, ce fait doit être pris en considération.

72 There must be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he or she may exercise his or her discretion judicially. In some cases in which the facts are not in dispute the statement of counsel will suffice. If there is insufficient evidence placed before the trial judge, or there is a dispute as to the relevant facts, the applicant should seek to have the evidence heard *in camera*. This may be done by way of a *voir dire*, from which the public is excluded. For example, in the present case, a *voir dire* could have been held to permit the Crown to disclose the facts not known to Rice Prov. Ct. J. in an effort to provide him with a more complete record from which to make his decision. The decision to hold a *voir dire* will be a function of what is necessary in a given case to ensure that the trial judge has a sufficient evidentiary basis upon which to act judicially.

Le juge du procès doit disposer d'une preuve suffisante pour être en mesure d'apprécier la demande et d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. Dans les cas où les faits ne sont pas contestés, la déclaration de l'avocat suffira. Si la preuve présentée au juge est insuffisante ou s'il y a divergence de vues sur les faits pertinents, le plaideur qui sollicite l'ordonnance devrait demander que la preuve soit entendue à huis clos. Cela peut se faire au moyen d'un voir-dire, procédure au cours de laquelle le public est exclu. En l'espèce, par exemple, un voir-dire aurait pu être tenu afin de permettre au ministère public de communiquer au juge Rice de la Cour provinciale les fait qu'il ne connaissait pas, afin qu'il dispose d'un dossier plus complet pour rendre sa décision. La décision de tenir un voir-dire dépend de ce qui est nécessaire, dans un cas donné, pour que le juge du procès dispose de suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour agir de manière judiciaire.

A sufficient evidentiary basis permits a reviewing court to determine whether the evidence is capable of supporting the decision. In this regard, in *R. v. Vandavelde* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161 (Sask. C.A.), Vancise J.A., at p. 171, referred to the concurring reasons of Kaufman J.A. in *Lefebvre*, *supra*, at pp. 282-83 C.C.C., who stated:

... public trials are the order . . . and any exceptions (as provided for in s. 442) [now s. 486(1)] must be substantiated on a *case by case* basis. In my respectful view, it is not good enough to say "the nature of this case is sexual", and an *in camera* hearing should, therefore, be imposed. Nor, with respect, is it sufficient for a judge to say that he or she would follow the "current practice".

Discretion is an important element of our law. But, it can only be exercised judiciously when all the facts are known . . . [Emphasis added by Kaufman J.A.]

Similarly, in the Alberta Court of Appeal's decision in *Brint*, *supra*, McGillivray C.J.A., noting that a trial in open court is "fundamental to the administration of justice in this country", stated that exclusion could only be ordered where "there are real and weighty reasons". A sufficient evidentiary basis allows the judge to determine whether such reasons exist; see *R. v. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270 (Ont. C.A.), where the court found there was insufficient information before the trial judge to enable him to order any part of the Crown's case held *in camera*; see also *Vandavelde*, *supra*, where the court held that the party seeking the order must place sufficient evidence before the trial judge to permit a judicious exercise of discretion.

The information available to the trial judge must also allow a determination as to whether the order is necessary in light of reasonable and effective alternatives, whether the order has been limited as much as possible and whether the positive and negative effects of the order are proportionate.

Quand la preuve disponible est suffisante, le tribunal qui contrôle la décision est alors à même de déterminer si celle-ci est étayée par la preuve. À cet égard, le juge Vancise, dans *R. c. Vandavelde* (1994), 89 C.C.C. (3d) 161 (C.A. Sask.), à la p. 171, s'est référé aux motifs concordants du juge Kaufman dans *Lefebvre*, précité, à la p. 373, où ce dernier a dit ceci:

[TRADUCTION] . . . les procès publics sont la règle [. . .] et toute exception (prévue à l'art. 442) [maintenant le par. 486(1)] doit être justifiée *au cas par cas*. À mon humble avis, il ne suffit pas de dire: «il s'agit d'une affaire à caractère sexuel» et, en conséquence, le huis clos s'impose. En toute déférence il ne suffit pas non plus que le juge dise qu'il suit la «pratique courante».

Le pouvoir discrétionnaire est un élément important de notre droit. Toutefois, il ne peut être exercé judicieusement que si tous les faits sont connus . . . [Les italiques sont du juge Kaufman.]

De même, le juge en chef McGillivray de la Cour d'appel de l'Alberta a dit, dans l'arrêt *Brint*, précité, qu'un procès public est [TRADUCTION] «un élément fondamental de l'administration de la justice dans notre pays» et qu'en conséquence, le huis clos ne peut être ordonné que si [TRADUCTION] «des raisons véritables et probantes le commandent». Quand la preuve au dossier est suffisante, le juge est à même de déterminer si ces raisons existent; voir l'arrêt *R. c. Quesnel and Quesnel* (1979), 51 C.C.C. (2d) 270 (C.A. Ont.), où la cour a conclu que le juge du procès ne disposait pas de renseignements suffisants pour lui permettre d'ordonner qu'une partie de la preuve du ministère public soit entendue à huis clos; voir aussi l'arrêt *Vandavelde*, précité, où la cour a statué que la partie qui sollicite l'ordonnance doit présenter au juge du procès suffisamment d'éléments de preuve pour lui permettre d'exercer judicieusement son pouvoir discrétionnaire.

L'information dont dispose le juge du procès doit également permettre de déterminer si l'ordonnance est nécessaire en regard de solutions de rechange raisonnables et efficaces, si l'ordonnance a une portée aussi limitée que possible et s'il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques de l'ordonnance et ses effets préjudiciables.

76

Finally, I must address the exercise of judicial discretion in this case and, specifically, the order made by Rice Prov. Ct. J. In doing this, it is only fair to say that Rice Prov. Ct. J. made his order prior to this Court's decision in *Dagenais, supra*. He did not, therefore, have the benefit of the three-part inquiry that I have discussed above and adapted to the particular s. 486(1) context.

B. *Review of Judicial Discretion*

77

In reviewing the trial judge's decision to exclude the public from part of the proceedings, it must be remembered that the trial judge is usually in the best position to assess the demands of the given situation. In *Lefebvre, supra*, the Quebec Court of Appeal found that the trial judge had acted judicially in excluding the public where a witness might have suffered stress from the circumstances of the case rendering her incapable of testifying. It continued (at p. 280 C.C.C.):

[TRANSLATION] [The trial judge] saw the witness and he could appreciate the stress which she was affected by. Sitting in appeal, and not having had the benefit of seeing and hearing the witness, I am of the opinion that it is not appropriate for this court to question the decision of the trial judge.

The court stated that where a victim of sexual assault does not want to give evidence because of the stress created by the presence of too many people, this could adversely affect the proper administration of justice. It concluded that the trial judge was in the best position to consider the victim's nervousness and was aware of the facts that would be revealed by that witness.

78

Where the record discloses facts that may support the trial judge's exercise of discretion, it should not lightly be interfered with. The trial judge is in a better position to draw conclusions from the facts he or she sees and hears, and upon which he or she may exercise the judicial discretion. This, however, presupposes that the trial judge has a sufficient evidentiary or factual basis

Enfin, je dois examiner la façon dont le pouvoir discrétionnaire a été exercé en l'espèce et, plus précisément, l'ordonnance rendue par le juge Rice de la Cour provinciale. À cet égard, pour être juste envers le juge Rice, il convient de signaler qu'il a rendu son ordonnance avant l'arrêt *Dagenais*, précité, de notre Cour. Il ne disposait donc pas de l'analyse en trois étapes que j'ai exposée précédemment et adaptée au contexte du par. 486(1).

B. *Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire*

Dans le cadre du contrôle de la décision du juge du procès d'exclure le public d'une partie des procédures, il faut se rappeler que celui-ci est habituellement le mieux placé pour apprécier les exigences du cas. Dans l'arrêt *Lefebvre*, précité, la Cour d'appel du Québec a conclu que le juge du procès avait agi de manière judiciaire en excluant le public dans un cas où un témoin aurait pu, vu les circonstances de l'affaire, subir un stress le rendant incapable de témoigner. La Cour d'appel a poursuivi ainsi (à la p. 372):

Le juge de première instance [...] a vu le témoin et il a pu constater l'état de stress qui l'affectait. Siégeant en appel, n'ayant pas eu l'avantage de voir et d'entendre le témoin, je suis d'opinion qu'il n'y a pas lieu pour cette Cour de mettre en doute la décision du premier juge.

La cour a affirmé que, lorsqu'une victime d'agression sexuelle ne veut pas témoigner en raison du stress créé par la présence d'un trop grand nombre de personnes, cela risque de nuire à la bonne administration de la justice. Elle a conclu que le juge du procès était le mieux placé pour évaluer la nervosité de la victime et qu'il connaissait les faits qu'allait révéler ce témoin.

Quand le dossier révèle des faits susceptibles d'étayer l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire, il ne faudrait pas intervenir à la légère. Celui-ci est le mieux placé pour tirer, à partir des faits qu'il voit et entend, des conclusions sur lesquelles il peut se fonder pour exercer son pouvoir discrétionnaire. Cependant, cela presuppose que le juge du procès dispose d'élé-

to support the exercise of discretion and that the evidence is not misconstrued or overlooked.

In the present case, Rice Prov. Ct. J. had this to say in support of his decision to exclude the public from part of the sentencing proceedings:

The application made under 486(1) and the ban — I granted the order on the third ground that is for the proper administration of justice. The reason for that is that I am privy, due to documentation which I have before me, and did have before me prior to the application being made before — by request — I had it delivered to me prior to today's hearing which is normal. On the opinion that the proper administration of justice — in order for the court to have at least on the court record the exact nature of the events including some of the details with regard to those events — in order for justice to properly be done, it was necessary to do these, to — sorry, to have these facts presented to me in the manner in which they subsequently were and that was the basis of the order. I quite often make orders in this regard. This is the first time that I have been challenged, but that's alright, you are entitled to challenge it. . . . But, however, if these facts were to be presented for the exposure to the public, it would cause I think a great undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused, although no representations were made on behalf of the accused other than Mr. Letcher's consent to Mr. Wood's application for the exclusion, and that is the reason. I think that the important thing is that the court know what the facts — they were presented to me in the manner in which I think would have embarrassed unnecessarily other people but I think that it was important for me to know. Thus, I think that the ground was, for the proper administration of justice, I say some of the facts I knew beforehand or some I had some idea, I didn't know exactly what the facts were thus the Order.

The appellant focuses upon the judge's finding that public access would have embarrassed some people, and submits that this is not a sufficient ground upon which to exclude the public, citing *Quesnel, supra*, in support of this submission. In *Quesnel*, the Ontario Court of Appeal held that the embarrassment of witnesses "alone is not reason to

ments de preuve ou d'un fondement factuel suffisants pour appuyer l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, et que la preuve n'est pas mal interprétée ou laissée de côté.

Dans le présent cas, le juge Rice de la Cour provinciale a dit ceci au soutien de sa décision d'exclure le public d'une partie des procédures de détermination de la peine:

[TRADUCTION] La demande présentée en vertu du par. 486(1) et l'exclusion — j'ai rendu l'ordonnance pour le troisième motif, savoir la bonne administration de la justice. La raison en est que je suis au courant de faits, à la lumière de documents dont je dispose, et dont je disposais avant d'être saisi de la demande — à ma demande — j'avais demandé qu'on me les communique avant l'audience d'aujourd'hui, ce qui est normal. Estimant que la bonne administration de la justice — afin que la cour puisse au moins faire porter au dossier de la cour la nature exacte des faits y compris certains des détails s'y rapportant — afin que justice soit rendue, il était nécessaire de prendre les mesures — excusez-moi, de me faire présenter les faits de la manière dont ils l'ont été par la suite; voilà quel était le fondement de l'ordonnance. Je rends assez souvent de telles ordonnances. C'est la première fois que ma décision est contestée, mais ça va, vous avez le droit de la contester. [. . .] Mais, toutefois, si ces faits étaient dévoilés en public, ils auraient, à mon sens, causé un préjudice indu considérable aux personnes concernées, tant les victimes que l'accusé, bien qu'aucune observation n'ait été faite au nom de l'accusé, à l'exception du consentement donné par M^e Letcher à l'égard de la demande d'exclusion présentée par M^e Wood, et c'est là la raison. J'estime ce qui importe c'est que la cour connaisse les faits — ils m'ont été communiqués d'une manière qui, à mon sens, aurait embarrassé inutilement d'autres personnes, mais je crois qu'il était important que je sois mis au courant. En conséquence, j'estime que le motif était l'intérêt de la bonne administration de la justice, je dis que je connaissais déjà certains faits ou que j'en avais une idée, je ne connaissais pas exactement la nature des faits, d'où l'ordonnance.

L'appelante met l'accent sur la conclusion du juge du procès que l'accès du public aurait embarrassé certaines personnes et soutient que ce motif n'était pas suffisant pour ordonner l'exclusion du public, citant l'arrêt *Quesnel*, précité, à l'appui de son argument. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'embarras susceptible d'être

suppose that truth is more difficult or unlikely or that the witness will be so frightened as to be unable to testify” (p. 275). While it is true that this would not suffice if it were the only ground for exclusion, the decision to exclude was not solely based upon a finding that a public presence would embarrass the witnesses. Rice Prov. Ct. J. also mentioned “great undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused” among his reasons for making the order.

causé aux témoins [TRADUCTION] «n’est pas à lui seul une raison suffisante pour supposer qu’il sera plus difficile de découvrir la vérité ou encore que le témoin sera effrayé au point de ne pas pouvoir témoigner» (p. 275). Même s’il est vrai que cela serait insuffisant si c’était le seul motif d’exclusion, la décision d’imposer l’exclusion ne reposait pas seulement sur la conclusion que la présence du public aurait embarrassé les témoins. Parmi les raisons qu’il a données pour justifier son ordonnance, le juge Rice a aussi fait état du «préjudice indu considérable [qui serait causé] aux personnes concernées, tant les victimes que l’accusé».

81 With respect to concerns relating to undue hardship, it is my view that where the circumstances and evidence support such concerns, “undue hardship on the persons involved” may, in the interests of the proper administration of justice, amount to a legitimate reason to order exclusion. The question is whether this reason is valid in the circumstances here. My conclusion with respect to this question is that the validity of these concerns is fatally impaired both in relation to the victims and to the accused.

Relativement à la crainte de préjudice indu, je suis d’avis que, si les circonstances et la preuve justifient une telle crainte, le «préjudice indu aux personnes en cause» peut, dans l’intérêt de la bonne administration de la justice, constituer un motif légitime d’ordonner l’exclusion. Il s’agit maintenant de décider si ce motif est valide dans les présentes circonstances. Sur cette question, j’en arrive à la conclusion que cette crainte n’est pas du tout fondée, tant en ce qui concerne les victimes que l’accusé.

82 I will deal first with the concerns of undue hardship to the victims. Neither the record nor the reasons provided by the Crown support a finding that the proper administration of justice required the exclusion of the public from part of the sentencing proceedings. In making his order, Rice Prov. Ct. J. had the benefit of victim impact statements and a pre-sentence report. The latter, however, was not included in the record before this Court. The victim impact statements did not disclose evidence of undue hardship that would ensue as a result of public attendance during the sentencing proceedings, nor did they disclose the circumstances of the sexual offences that were ultimately divulged during sentencing. Indeed, Rice Prov. Ct. J. expressly stated that he did not have all the facts before him in making the order: “I say some of the facts I

Je vais d’abord examiner la crainte de préjudice indu en ce qui a trait aux victimes. Ni le dossier ni les motifs avancés par le ministère public n’étaient la conclusion que la bonne administration de la justice exigeait l’exclusion du public d’une partie des procédures de détermination de la peine. Lorsqu’il a rendu son ordonnance, le juge Rice disposait de déclarations des victimes sur les répercussions du crime et d’un rapport présentiel. Ce rapport n’a cependant pas été versé au dossier de notre Cour. Les déclarations des victimes sur les répercussions du crime ne renferment pas d’éléments de preuve établissant qu’un préjudice indu aurait résulté de la tenue d’une audience publique sur la détermination de la peine, et elles n’exposent pas les circonstances des infractions sexuelles qui ont finalement été révélées au moment de la détermination de la peine. De fait, le juge Rice a explicitement dit qu’il ne disposait pas de tous les faits quand il a rendu l’ordonnance: «[J]e dis que je connaissais déjà certains faits ou que j’en avais

knew beforehand or some I had some idea, I didn't know exactly what the facts were thus the Order."

In its submission, the Crown gave the following in support of his application for a s. 486(1) order:

The nature of the evidence, of which the court hasn't heard, that constitutes the offence is very delicate. It involves young persons, female persons, and I would just ask maybe the court would consider invoking [s. 486(1)] for purposes of —

Most sexual assault cases involve evidence that may be characterized as "very delicate". The evidence did not establish that this case is elevated above other sexual assaults. This point was conceded by the Crown during oral submissions.

The mere fact that the victims are young females is not, in itself, sufficient to warrant exclusion. There were other effective means to protect them. Indeed, the privacy of the victims was already protected by a non-publication order by which their identities were withheld from the public. There was no evidence that their privacy interests required more protection. The victims were not witnesses in the proceedings, the evidence of particulars of the offences having been read in by the Crown. As such, no stress could be said to emanate from their having to testify, and the protection of witnesses was in no way jeopardized. While the criminal justice system must be ever vigilant in protecting victims of sexual assault from further victimization, it is my view that the record before Rice Prov. Ct. J. did not establish that undue hardship would befall the victims in the absence of a s. 486(1) order. Nor did the record reveal that there were any other reasons to justify an exception to the general rule of openness.

The importance of a sufficient factual foundation upon which the discretion in s. 486(1) is exercised cannot be overstated, particularly where the

une idée, je ne connaissais pas exactement la nature des faits, d'où l'ordonnance.»

Dans ses observations, l'avocat du ministère public a invoqué ce qui suit au soutien de sa demande d'ordonnance fondée sur le par. 486(1):

[TRADUCTION] La nature des faits relatifs aux infractions, que la cour n'a pas entendus, est très délicate. Elle concerne des jeunes personnes, des jeunes filles, et je demande seulement à la cour d'envisager la possibilité d'appliquer [le par. 486(1)] afin de —

La plupart des affaires d'agression sexuelle comportent des éléments de preuve qui peuvent être qualifiés comme étant de nature «très délicate». La preuve n'a pas établi que le présent cas d'agression sexuelle est plus grave que les autres. Ce point a été concédé par le ministère public durant ses observations orales.

Le simple fait que les victimes soient des jeunes filles n'est pas suffisant en soi pour justifier l'exclusion du public. Il y avait d'autres moyens efficaces de les protéger. De fait, la vie privée des victimes était déjà protégée par une ordonnance de non-publication qui a permis de cacher leur identité au public. Il n'y avait aucune preuve établissant que leur vie privée exigeait une protection encore plus grande. Les victimes n'étaient pas des témoins dans les procédures, puisque le ministère public avait déjà versé au dossier la preuve concernant les détails des infractions. Il était donc impossible d'affirmer que le fait de témoigner était pour elles une source de stress, et la protection des témoins n'était en rien compromise. Bien que le système de justice pénale doive toujours être attentif au besoin de protéger les victimes d'agression sexuelle contre toute victimisation supplémentaire, j'estime que les éléments de preuve dont disposait le juge Rice n'établissent pas qu'un préjudice indu aurait été causé aux victimes en l'absence de l'ordonnance prévue au par. 486(1). Le dossier ne révèle pas non plus l'existence d'autres motifs justifiant une exception à la règle générale de la publicité des débats en justice.

On ne saurait exagérer l'importance de l'existence d'un fondement factuel suffisant en vue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par.

reasons given by the trial judge in support of an exclusion order are scant. In this case, the record does not reveal that such a foundation existed or that the facts known to Rice Prov. Ct. J. established that the proper administration of justice required exclusion of the public in the interests of the victims.

86 At this point, I would pause to sympathize with the position in which the trial judge found himself. His sensitivity to the complainants cannot be overlooked, nor should it be. And where the record discloses sufficient information to legitimate concerns for undue hardship to the complainants, then exclusion of the public may be necessary for the proper administration of justice. However, in this case, exclusion cannot be justified on this ground in the absence of more than is disclosed by the record.

87 As to the concern expressed for undue hardship to the accused, barring exceptional cases, I cannot think there is any issue of hardship to the accused arising from prejudicial publicity once the accused has pleaded guilty. The publicity associated with a public trial will in almost every case cause some prejudice to the accused. The criminal justice system has addressed much of the potential for prejudice with procedural safeguards to ensure that trials do not proceed in the absence of reasonable and probable grounds, and that fairness is protected. Once an accused has pleaded guilty, however, prejudice is greatly diminished as the risk of having wrongly accused the person being tried is eliminated.

88 The fact that closure of the court was only ordered during the sentencing proceedings bears considerably upon my determination that the accused was not likely to suffer undue hardship in this case. As alleged by the intervener Attorney General for Ontario, the deterrence and public denunciation functions of sentencing are not to be undervalued. Public scrutiny of criminal sentencing advances both these functions by subjecting the process to the public gaze and its attendant

486(1), surtout quand les motifs donnés par le juge du procès à l'appui de l'ordonnance d'exclusion sont peu étoffés. En l'espèce, le dossier ne révèle pas l'existence d'un tel fondement et n'indique pas non plus que les faits que connaissait le juge Rice établissaient que la bonne administration de la justice exigeait l'exclusion du public dans l'intérêt des victimes.

À ce stade-ci, je tiens à souligner que je comprends la position dans laquelle le juge du procès s'est trouvé. On ne peut pas et on ne doit pas passer sous silence la sensibilité dont il a fait montre à l'endroit des plaignantes. De plus, quand le dossier fait état de renseignements suffisants pour légitimer une crainte de préjudice indu, l'exclusion du public peut alors être nécessaire dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Toutefois, dans le présent cas, l'exclusion ne peut être justifiée pour ce motif, sur la loi des seuls éléments figurant au dossier.

Quant à la crainte de préjudice indu pour l'accusé, sauf dans des cas exceptionnels, je ne pense pas que, une fois que l'accusé a plaidé coupable, ce dernier puisse prétendre à quelque préjudice indu résultant d'une publicité dommageable. La publicité qui va de pair avec la tenue d'un procès public causera dans presque tous les cas un préjudice quelconque à l'accusé. Le système de justice pénale a paré en grande partie au risque de préjudice au moyen de garanties procédurales destinées à assurer l'équité et à éviter que des procès ne soient intentés en l'absence de motifs raisonnables. Une fois que l'accusé a plaidé coupable, le risque de préjudice est toutefois considérablement réduit, car le danger qu'un innocent soit condamné à tort est alors éliminé.

Le fait que le huis clos n'a été ordonné qu'à l'égard des procédures concernant la détermination de la peine joue pour beaucoup dans ma conclusion que l'accusé n'aurait vraisemblablement pas subi de préjudice indu dans le cas présent. Comme l'a affirmé le procureur général de l'Ontario intervenant, les objectifs de dissuasion et de dénonciation que vise le processus de détermination de la peine ne doivent pas être sous-estimés. Le caractère ouvert de ce processus favorise ces deux

condemnation. The type of expression restricted in this case, expression relating to the sentencing process, weighs in favour of maintaining open court. In any criminal case, the sentencing process serves the critically important social function of permitting the public to determine what punishment fits a given crime, and whether sentences reflect consistency and proportionality. In sexual assault cases, the importance of subjecting sentencing to public scrutiny is especially strong. "Sexual assault" in law encompasses a wide array of different types of activities, with varying penalties. It is, therefore, essential to inform the public as to what is encompassed in the term "sexual assault" and the range of punishment it may attract.

In this case, there was insufficient evidence to support a concern for undue hardship to the accused or to the complainants. The order was not necessary to further the proper administration of justice and the deleterious effects of the order were not outweighed by its salutary effects. On the whole, and with some reluctance in light of the proper deference to be accorded the exercise of discretion in these types of cases, I conclude that Rice Prov. Ct. J. erred in excluding the public from any part of the proceedings.

VI. Disposition

Following oral argument for the appellant on the constitutional issue, the Chief Justice gave judgment for the Court that s. 486(1) of the *Code* was constitutionally valid. On this aspect, then, all that requires to be done is to respond to the constitutional questions.

On the exclusion order of Rice Prov. Ct. J., I find that he improperly exercised his discretion in the circumstances of this case.

objectifs en l'exposant au regard attentif du public et, partant, à sa critique. Le type d'expression qui est restreint en l'espèce, savoir l'expression concernant le processus de détermination de la peine, est un argument favorable au maintien de la publicité des débats en justice. Dans toute affaire criminelle, le processus de détermination de la peine sert un objectif social d'une importance capitale en permettant au public de déterminer quelle est la peine qui convient à un crime donné, et si les peines infligées sont uniformes et proportionnées. Dans les cas d'agression sexuelle, la publicité de la détermination des peines revêt une importance particulière. En droit, l'expression «agression sexuelle» s'entend d'un large éventail d'actes assortis de peines différentes. Voilà pourquoi il est essentiel d'informer le public sur ce que vise l'expression «agression sexuelle» et sur la gamme des peines susceptibles d'être infligées.

En l'espèce, il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la crainte que l'accusé ou les plaignants subissent un préjudice indu. L'ordonnance n'était pas nécessaire pour favoriser la bonne administration de la justice, et les effets bénéfiques de l'ordonnance ne l'emportaient pas sur ses effets préjudiciables. Dans l'ensemble, et malgré une certaine hésitation à cause de la retenue dont il convient de faire preuve à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans ce type de cause, je conclus que le juge Rice de la Cour provinciale a fait erreur en excluant le public, de quelque partie que ce soit des procédures.

VI. Le dispositif

À la suite des plaidoiries orales de l'appelante sur la question de la constitutionnalité, le Juge en chef a rendu jugement au nom de la Cour et statué que le par. 486(1) du *Code* était constitutionnel. Sur cet aspect, il ne reste donc qu'à répondre aux questions constitutionnelles.

Pour ce qui concerne l'ordonnance d'exclusion prononcée par le juge Rice de la Cour provinciale, je conclus que ce dernier a mal exercé son pouvoir discrétionnaire dans les circonstances de l'espèce.

Accordingly, the appeal is allowed and the judgment of the Court of Appeal on this point is reversed. I would quash the exclusion order and order access to the media and the public to the transcript of that part of the proceedings held *in camera*. Both constitutional questions are answered in the affirmative.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey Stirling Scales, Moncton.

Solicitor for the respondents: The Office of the Attorney General, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: George Thomson, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Jack Watson, Edmonton.

En conséquence, le pourvoi est accueilli et, sur ce point, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé. Je suis d'avis d'annuler l'ordonnance d'exclusion et d'ordonner que les médias et le public se voient accorder accès à la transcription de la partie des procédures tenue à huis clos. Les deux questions constitutionnelles reçoivent une réponse affirmative.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Stewart McKelvey Stirling Scales, Moncton.

Procureur des intimés: Le Bureau du procureur général, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Jack Watson, Edmonton.