

Claude Vickery *Appellant*

v.

Prothonotary of the Supreme Court of Nova Scotia at Halifax and Brent Stephen Nugent *Respondents*

and

Canadian Association of Journalists *Intervener*

INDEXED AS: VICKERY v. NOVA SCOTIA SUPREME COURT (PROTHONOTARY)

File No.: 21598.

1990: October 31, November 1; 1991: March 28.

Present: Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson J.J.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT FOR NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Evidence — Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.

Courts — Administration — Exhibits — Access — Audio and video tapes admitted in evidence in criminal trial resulting in conviction — Appeal court finding evidence inadmissible and overturning conviction — Whether member of public entitled to access to tapes.

Respondent N was convicted of second degree murder on the basis of audio cassettes containing an alleged confession and a video cassette of an alleged re-enactment of the killing. The trial, the admission of the tapes into evidence and information about their contents were reported in the media. On appeal the majority found that the audio and video evidence had not been freely and voluntarily obtained from N, that it had been obtained in violation of his right to counsel, and that its admission into evidence brought the administration of justice into disrepute. As a result of the exclusion of the evidence,

Claude Vickery *Appelant*

c.

^a **Le protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à Halifax et Brent Stephen Nugent** *Intimés*

^b et

L'Association canadienne des journalistes *Intervenante*

^c RÉPERTORIÉ: VICKERY c. COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE (PROTONOTAIRE)

N^o du greffe: 21598.

^d 1990: 31 octobre, 1^{er} novembre; 1991: 28 mars.

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

^e EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

^f *Preuve — Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?*

^g *Tribunaux — Administration — Pièces — Accès — Les bandes audio et vidéo utilisées en preuve dans le cadre d'un procès criminel ont entraîné une déclaration de culpabilité — La Cour d'appel a conclu à l'inadmissibilité de cette preuve et a annulé la déclaration de culpabilité — Un membre du public a-t-il un droit d'accès aux bandes?*

^h L'intimé N a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré sur la foi d'une preuve sous la forme de cassettes audio contenant ce qui serait une confession et d'une vidéocassette montrant une prétendue reconstitution du meurtre. Le procès, l'utilisation des bandes en preuve, et des renseignements sur leur contenu, ont été rapportés par les médias. En appel, la majorité a conclu que la preuve composée des bandes audio et vidéo n'avait pas été obtenue librement et volontairement de N, qu'elle avait été obtenue en violation de son droit à l'assistance d'un avocat et que son utilisation avait eu

N's conviction was overturned. Appellant, a journalist, requested a copy of the tapes, but the respondent Prothonotary refused to release them. The Nova Scotia Supreme Court, Trial Division, granted appellant's application, as a member of the public, to obtain the tapes. The Appeal Division reversed the judgment.

Held (L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Stevenson JJ.: N's privacy interests as a person acquitted of a crime outweigh the public right of access to exhibits judicially determined to be inadmissible against him. The court, as custodian of the exhibits, is bound to inquire into the use to be made of them and is fully entitled to regulate that use. Such exhibits are frequently the property of non-parties and there is ordinarily a proprietary interest in them. In this case N was a participant in the creation of the tapes, a creation found to have been in violation of his constitutional rights, and the court ought to take steps to protect his legitimate interests. In the face of obvious prejudice and with no proposed use being specified, the order for unrestricted access should not have been made. The exhibits were produced at trial and were open to public scrutiny and discussion, so that the open justice requirement had been met. Further, while those subjected to judicial proceedings must undergo public scrutiny of what is said at trial or on appeal, and contemporaneous reporting is protected, different considerations may govern when the process is at an end and the discussion removed from the hearing context. While fair, accurate, contemporaneous reports are likely to be balanced, to display the full context, and to expose the arguments on both sides, the subsequent release and publication of selected exhibits is fraught with the risk of unfairness. The courts must be careful not to become unwitting parties to N's harassment by facilitating the broadcasting of material which was found to have been obtained in violation of his fundamental rights.

In short, curtailment of public accessibility is justified where there is a need to protect the innocent, and N must be considered an innocent person for this purpose. Someone who has been accused and convicted of a seri-

pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Par suite de l'exclusion de cette preuve, le verdict de culpabilité rendu contre N a été annulé. L'appelant, un journaliste, a demandé une copie des bandes, mais le protonotaire intimé a refusé de les lui remettre. La Section de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a fait droit à la requête, présentée par l'appelant à titre de membre du public, en vue d'obtenir les bandes en question. Cette décision a été infirmée par la Section d'appel.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Stevenson: Le droit de N à la protection de sa vie privée en qualité de personne acquittée d'un crime l'emporte sur le droit du public d'avoir accès à des pièces judiciairement déclarées irrecevables en preuve contre lui. Le tribunal, en sa qualité de dépositaire des pièces, est tenu de s'enquérir de l'usage que l'on entend en faire et il a pleins pouvoirs pour régler cet usage. Ces pièces appartiennent souvent à des tiers qui ont ordinairement sur elles un droit de propriété. En l'espèce, N a participé à la création des bandes, création qui a été jugée contraire à ses droits constitutionnels, et la cour devrait prendre des mesures pour protéger ses droits légitimes. Devant un préjudice manifeste et en l'absence de précisions quant à l'usage envisagé, l'ordonnance permettant le libre accès n'aurait pas dû être rendue. Les pièces ont été produites au procès et le public a pu en prendre connaissance et en discuter, de sorte qu'il y a eu respect de l'exigence de transparence des procédures judiciaires. En outre, ceux qui font l'objet de procédures judiciaires doivent se soumettre à l'examen par le public de ce qui s'est dit en première instance ou en appel, et la discussion durant ces instances est protégée, mais des considérations différentes peuvent s'appliquer lorsque le processus tire à sa fin et que la discussion ne se fait plus dans le cadre de l'audition. Si les comptes rendus immédiats, équitables et exacts sont susceptibles d'être équilibrés, de reproduire le contexte entier de l'affaire et d'exposer les arguments des deux parties, la diffusion et la publication subséquentes de pièces choisies risquent fort d'être entachées d'un manque d'équité. Les tribunaux doivent se garder de participer inconsciemment au harcèlement de N en facilitant la diffusion de pièces déclarées avoir été obtenues en violation de ses droits fondamentaux.

En bref, la restriction de l'accès du public se justifie s'il est nécessaire de protéger l'innocent et N doit être considéré comme une personne innocente à cette fin. Une personne qui, sur la foi d'une preuve incriminante

ous crime on the basis of self-incriminating evidence obtained in violation of his *Charter* rights should not be made to bear the stigma resulting from unrestricted repetition of the very same illegally obtained evidence.

The Court should not entertain appellant's argument that the prohibition of access was an infringement of his rights under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, since that point was not developed in the courts below. Had the point been raised, the parties would have had the right to lead evidence, the Court would have had the benefit of the reasoning of the courts below, and interested parties might have sought to intervene.

Per L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. (dissenting): Two principles of fundamental importance to our democratic society must be weighed in the balance in this case: the right to privacy and the principle of open courts. Here the openness of the courts must prevail. This result is necessary to maintain public confidence in the administration of justice. Further, appellate deference should be accorded to the trial judge's discretionary order concerning access, which was reasonable and should be upheld.

There is a strong presumption in favour of access to ensure judicial accountability. Criminal appeals, like criminal trials, should be as open as possible. The media, as the public's representative, should have access to all the exhibits which are part of the appeal proceedings and which may form the basis for the appellate court's decision. In particular, access should not be denied on the grounds that the tapes were found to be inadmissible. The public has a right to know what was excluded by the appellate court and the reason for its exclusion. To prohibit access to all evidence which has been ruled inadmissible would permit the courts to operate in secret. The trial judge in this case admitted all the tapes and the dissenting member of the Court of Appeal would have admitted the videotape and most of the audio tapes. This diversity of views on the issue of admissibility further supports the case for access, since the public is entitled to know the actual evidence that was the subject of differing judicial opinion.

obtenue contrairement aux droits dont elle jouit aux termes de la *Charte*, a été accusée et reconnue coupable d'un crime grave, ne devrait pas avoir à subir l'opprobre qui résulterait de la reproduction, sans restriction, de cette même preuve qui a été obtenue illégalement.

La Cour ne devrait pas entendre l'argument de l'appellant selon lequel l'interdiction d'accès constituait une violation des droits que lui confère l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque ce point n'a pas été avancé devant les tribunaux d'instance inférieure. Si ce point avait été soulevé, les parties auraient eu le droit de soumettre leur preuve, la Cour aurait bénéficié du raisonnement des tribunaux d'instance inférieure et des parties intéressées auraient pu chercher à intervenir.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin (dissidents): Doivent être pris en considération en l'espèce deux principes fondamentalement importants dans notre société démocratique: le droit au respect de la vie privée et le principe de la transparence des procédures judiciaires. En l'espèce, c'est le principe de la transparence des procédures judiciaires qui doit l'emporter. Ce résultat s'impose pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. De plus, il convient que le tribunal d'appel fasse preuve de retenue à l'égard de l'ordonnance discrétionnaire en matière d'accès rendue par le juge de première instance, ordonnance qui est raisonnable et doit être maintenue.

Il y a une forte présomption en faveur de l'accès afin de rendre les tribunaux comptables de leurs actes. L'appel criminel, tout comme le procès criminel, doit présenter la plus grande transparence possible. Les médias, en leur qualité de représentants du public, doivent avoir accès à toutes les pièces qui font partie des procédures d'appel et qui peuvent constituer le fondement de la décision du tribunal d'appel. En particulier, l'accès aux bandes magnétiques ne devrait pas être refusé en raison de leur inadmissibilité. Le public a le droit de savoir ce qu'a exclu le tribunal d'appel et le motif de l'exclusion. Interdire l'accès à tous les éléments de preuve qui ont été jugés inadmissibles serait permettre aux tribunaux de fonctionner dans le secret. En l'espèce, le juge du procès a admis en preuve toutes les bandes magnétiques et le juge dissident en Cour d'appel était d'avis d'admettre la bande vidéo et la plupart des bandes audio. Cette diversité d'opinions au sujet de l'admissibilité vient étayer davantage l'argument en faveur de l'accès puisque le public est en droit de savoir en quoi consistent au juste les éléments de preuve qui ont suscité des différences d'opinions parmi les juges.

Finally, the production of the tapes at trial did not satisfy the common law right of access and the underlying open court principle. The fact that the tapes have been played before should not weaken any claim for access, and makes the privacy interest less compelling. The right of access to court documents, which includes the opportunity to inspect and copy such records, facilitates the openness of court processes. While it is not necessary in this case to consider whether it is guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, this right also promotes and advances the constitutional values of freedom of expression.

Cases Cited

By Stevenson J.

Applied: *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; **distinguished:** *Re Regina and Lortie*, [1985] C.A. 451, 21 C.C.C. (3d) 436; **referred to:** *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415; *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978).

By Cory J. (dissenting)

Ex parte Drawbaugh, 2 App. D.C. 404; *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947); *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966); *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976); *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980); *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981); *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981); *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981); *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982); *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986); *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986); *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042.

Finalemment, la production des bandes au procès n'a pas suffi pour que soient respectés le droit d'accès découlant de la common law ainsi que le principe sous-jacent de la transparence des procédures judiciaires. Le fait que les bandes aient déjà été passées ne devrait pas affaiblir une demande d'accès: au contraire, cela rend d'autant moins concluant l'intérêt qu'on peut avoir dans le respect de sa vie privée. Le droit de consulter les documents judiciaires, droit dont fait partie la possibilité d'examiner et de copier ces documents, favorise la transparence des procédures judiciaires. Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de se demander s'il est garanti par l'al. 2b) de la *Charte*, ce droit sert en outre à promouvoir les valeurs inhérentes à la liberté d'expression consacrées dans la Constitution.

Jurisprudence

Citée par le juge Stevenson

Arrêt appliqué: *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; **distinction d'avec l'arrêt:** *Lortie c. La Reine*, [1985] C.A. 451; **arrêts mentionnés:** *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415; *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978).

Citée par le juge Cory (dissident)

Ex parte Drawbaugh, 2 App. D.C. 404; *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947); *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966); *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976); *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980); *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981); *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981); *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981); *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982); *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986); *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986); *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042.

Statutes and Regulations Cited

American Constitution, First Amendment, Sixth Amendment.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 24(2).
Defamation Act, R.S.N.S. 1967, c. 72, s. 13(1)(b).
 Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 30.11(6).

Authors Cited

Whelan, William J. "Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right" (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1989), 91 N.S.R. (2d) 126, 233 A.P.R. 126, 41 C.C.C. (3d) 6, 71 C.R. (3d) 33, reversing a judgment of Glube C.J.T.D. (1988), 87 N.S.R. (2d) 29, 222 A.P.R. 29, granting appellant access to electronic tapes filed as exhibits in a criminal trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

David G. Coles, James L. Connors and Danny J. Henry, for the appellant.

R. M. Endres and M. Smith, Q.C., for the respondent the Prothonotary of the Supreme Court of Nova Scotia at Halifax.

Marguerite J. MacNeil, Kevin G. Coady and R. James Filliter, for the respondent Nugent.

Richard G. Dearden, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier and Stevenson JJ. was delivered by

STEVENSON J.—The appellant appeals a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia Appeal Division refusing him access to electronic tapes filed as exhibits in the criminal trial of the respondent Nugent. The issue is whether the appellant, a journalist, is entitled to have access and copy those tapes which, while admitted at a trial, were held to be inad-

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 24(2).
 Constitution des États-Unis, Premier amendement, Sixième amendement.
Defamation Act, R.S.N.S. 1967, ch. 72, art. 13(1)b).
 Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 30.11(6).

b Doctrine citée

Whelan, William J. «Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right» (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551.

c POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1989), 91 N.S.R. (2d) 126, 233 A.P.R. 126, 41 C.C.C. (3d) 6, 71 C.R. (3d) 33, qui a infirmé un jugement du juge en chef Glube de la Section de première instance (1988), 87 N.S.R. (2d) 29, 222 A.P.R. 29, qui a permis à l'appellant d'avoir accès à des bandes électroniques produites comme pièces dans le cadre d'un procès criminel. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

David G. Coles, James L. Connors et Danny J. Henry, pour l'appelant.

f *R. M. Endres et M. Smith, c.r.*, pour l'intimé le protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à Halifax.

g *Marguerite J. MacNeil, Kevin G. Coady et R. James Filliter*, pour l'intimé Nugent.

Richard G. Dearden, pour l'intervenante.

h Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest, Sopinka, Gonthier et Stevenson rendu par

i LE JUGE STEVENSON—L'appelant se pourvoit contre le jugement par lequel la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse lui a refusé l'accès à des bandes électroniques produites comme pièces lors du procès criminel de l'intimé Nugent. Il s'agit de déterminer si l'appelant, un journaliste, a le droit d'avoir accès à ces bandes et d'en obtenir copie.

missible by that Appeal Division, which acquitted Nugent.

In May 1987, Nugent was convicted, at trial, of second degree murder. At that trial, two forms of electronic tapes, prepared by the R.C.M.P., were admitted into evidence. One form of tape was audio cassettes, containing an alleged confession by Nugent to the killing of the victim. The other form was a video cassette of an alleged re-enactment of the killing by Nugent. These tapes became the basis of the Crown's case against Nugent and, ultimately, the basis of his conviction. The trial, the admission of the tapes into evidence, and information of their content, were reported in the media.

On May 10, 1988, in a four-to-one decision, the Appeal Division allowed Nugent's appeal of his conviction, set the conviction aside, and entered an acquittal. The majority of the Appeal Division ruled that the audio and video evidence was not obtained freely and voluntarily from Nugent, that it was obtained in violation of his right to counsel, and that its admission into evidence brought the administration of justice into disrepute.

On May 16, 1988, the appellant wrote to the Attorney General's Department requesting a copy of the audio and video tapes which were admitted at Nugent's trial. The appellant was advised to contact the Registrar of the Appeal Division, as custodian of such exhibits. The Registrar, by letter of May 19, 1988, indicated that he would not release the exhibits, either before or after the appeal period, which was still running. This refusal on the part of the Registrar eventually led to the appellant's bringing an application, as a member of the public, to obtain the tapes from the Registrar, as Prothonotary of the Supreme Court at Halifax.

In his application the appellant swore that he was a television producer "currently doing research on the topic of videotapes and their use by the police in

Ces bandes, bien qu'admisses en première instance, ont été déclarées inadmissibles par la Section d'appel qui a acquitté Nugent.

En mai 1987, Nugent a été déclaré coupable, à son procès, de meurtre au deuxième degré. Au cours de ce procès, deux sortes de bandes électroniques, préparées par la G.R.C., ont été admises en preuve. La première comportait des cassettes audio contenant ce qui serait une confession dans laquelle Nugent reconnaissait avoir tué la victime. L'autre bande était une vidéocassette montrant une prétendue reconstitution du meurtre commis par Nugent. Ces bandes sont devenues le fondement de la preuve de la poursuite contre Nugent et, finalement, celui de la déclaration de culpabilité. Le procès, l'utilisation des bandes en preuve, et des renseignements sur leur contenu, ont été rapportés par les médias.

Le 10 mai 1988, dans une décision de quatre juges avec une dissidence, la Section d'appel a accueilli l'appel que Nugent avait interjeté contre la déclaration de culpabilité, a annulé cette dernière et a prononcé l'acquittement. La majorité de la Section d'appel a statué que la preuve composée des bandes audio et vidéo n'avait pas été obtenue librement et volontairement de Nugent, qu'elle avait été obtenue en violation de son droit à l'assistance d'un avocat et que son utilisation avait eu pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

Le 16 mai 1988, l'appelant a écrit au ministère du Procureur général pour demander une copie des bandes audio et vidéo qui avaient été utilisées en preuve au procès de Nugent. On a conseillé à l'appelant de s'adresser au registraire de la Section d'appel, en sa qualité de dépositaire de ces pièces. Ce dernier, dans une lettre du 19 mai 1988, a indiqué qu'il ne remettrait pas ces pièces, ni avant ni après le délai d'appel, qui n'était pas encore expiré. Le refus opposé par le registraire a finalement amené l'appelant à présenter une requête, à titre de membre du public, en vue d'obtenir les bandes du registraire, en sa qualité de protonotaire de la Cour suprême à Halifax.

Dans sa requête, l'appelant a juré être un réalisateur de télévision [TRADUCTION] «qui faisait actuellement des recherches sur les vidéocassettes et leur uti-

recording confessions, re-enactments of crime and recording of surveillance activities". He swore that he had been denied access by the Prothonotary, who proposed releasing the exhibits to the Crown, but invited the appellant to apply to a Supreme Court judge in chambers.

The Prothonotary, in making his ruling, referred to Nova Scotia Civil Procedure Rule 30.11(6):

On the expiration of the time for appeal or on the disposition of the appeal, the prothonotary or registrar on his or her own initiative shall return the exhibits to the respective solicitors or parties who put the exhibits in evidence at the trial. . . .

Glube C.J.T.D. heard the application, hearing counsel for Nugent on the application as well as counsel for the appellant and the Prothonotary: (1988), 87 N.S.R. (2d) 29. She concluded that the appellant was entitled to access, including the right to make copies. In the course of her ruling she said, at p. 34:

I was not asked to rule on, nor does this application relate to, whether or not these videotapes and copies of audiotapes could be played on television. If that issue was before me, I would be prepared to put restrictions on the viewing, such as nondisclosure of the individual and location of the event, as well as blocking off the face of Mr. Nugent. However, on the actual application, I was unable to accept the argument of Mr. Coady on behalf of Mr. Nugent that the ends of justice require that I refuse the application in spite of the decision of the Court of Appeal and the remarks in *MacIntyre* [*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175] about protection of the innocent. Any violation of that protection has already occurred and controls over future publication could be imposed if the appropriate application is made.

Based on the case law cited, namely, *MacIntyre* and *Lortie* [*Re Regina and Lortie* (1985), 21 C.C.C. (3d) 436 (Que. C.A.)], I concluded that this was an appropriate case in which to grant the application for access to and permitting copying of the audio and videotapes as requested. I find their release does not bring the administration of justice into disrepute. The public interest

lisation par la police pour enregistrer des aveux, reconstituer des crimes et procéder à des activités de surveillance.» Il a juré que le protonotaire lui avait refusé l'accès aux bandes, que celui-ci se proposait de remettre les pièces au ministère public, mais qu'il avait invité l'appellant à adresser une requête à un juge de la Cour suprême siégeant en chambre.

Le protonotaire, en rendant sa décision, a renvoyé à la règle 30.11(6) des règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse:

[TRADUCTION] À l'expiration du délai d'appel ou lorsqu'il a été statué sur l'appel, le protonotaire ou le registraire remet, de son propre chef, les pièces aux avocats ou aux parties respectifs qui les ont produites en preuve au procès . . .

Le juge en chef Glube, de la Section de première instance, saisie de la requête, a entendu l'avocat de Nugent ainsi que ceux de l'appellant et du protonotaire: (1988), 87 N.S.R. (2d) 29. Elle a conclu que l'appellant avait un droit d'accès, ainsi que le droit de faire des copies. Dans sa décision, le juge Glube a dit ce qui suit, à la p. 34:

[TRADUCTION] On ne m'a pas demandé de statuer sur la question de savoir si ces vidéocassettes et des copies des bandes audio pourraient être présentées à la télévision, ce que ne vise pas cette requête. Si toutefois j'étais saisie, je serais disposée à assortir la projection des bandes de restrictions, telles la non-divulgence de l'individu et du lieu de l'événement, ainsi que la dissimulation du visage de M. Nugent. Cependant, dans le cadre de la présente requête, il m'a été impossible de faire droit à l'argument que M^e Coady a avancé pour le compte de M. Nugent, selon lequel les fins de la justice m'obligent à rejeter la requête en dépit de la décision de la Cour d'appel et des observations dans l'arrêt *MacIntyre* [*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175] concernant la protection des innocents. Toute violation possible de cette protection s'est déjà produite et des contrôles sur la publication future pourraient être imposés si la requête pertinente est présentée.

En me fondant sur la jurisprudence citée, savoir les arrêts *MacIntyre* et *Lortie* [*Lortie c. la Reine*, [1985] C.A. 451], j'ai conclu qu'il y avait lieu en l'espèce d'accueillir la requête présentée en vue d'avoir accès aux bandes audio et vidéo et d'obtenir la permission de copier. J'estime que leur remise n'a pas pour effet déconsidérer l'administration de la justice. L'int

outweighs any private interest. Had an application been made during the trial, it might well have been granted.

The appeal was argued before us on the basis that the issue was one of access; no question was raised regarding the right to copy if access were properly permitted. Moreover, counsel for the appellant suggested other uses that might be made of the copied tapes, for example, to criticize the decision of the Attorney General not to appeal the decision acquitting Nugent. The order of the chambers judge makes no restriction on the use to be made, and the appellant seeks an order from this Court, free of any restrictions upon the use of the copies. That order does not reserve any questions of use nor reserve any right of further application. Counsel for Vickery declined, during argument, to delineate the use to which the copies would be put.

Nugent was given party status in order to appeal the judgment of Glube C.J.T.D. Macdonald J.A. speaking for the Appeal Division reversed the judgment: (1989), 91 N.S.R. (2d) 126. After referring to *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, and *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415 (Alta. Q.B.), he recognized the principle that the court is the keeper of its records and may exercise its discretion in excluding them from public access where the circumstances require. He added the following (at pp. 132-33):

The acquittal of Mr. Nugent . . . is equivalent to a finding of innocence with respect to any subsequent criminal proceedings. As a matter of public policy, it is my opinion that the acquittal should also be treated as the equivalent of a finding of innocence with respect to the right of the public to inspect, copy and publish the prejudicial material contained in the [respondent's] confessions. I recognize that the rule is that the public have a general right to inspect judicial records and documents. This right is not absolute but rather is one where, as Dickson [J.] said in *MacIntyre* [p. 189], "Every court has a supervisory and protecting power over its own records."

public l'emporte sur tout intérêt privé. Si une requête avait été présentée au cours du procès, elle aurait fort bien pu être accueillie.

^a On a plaidé le pourvoi devant nous comme s'il s'agissait d'une question d'accès; on ne s'est pas interrogé sur le droit de copie si l'accès était régulièrement autorisé. En outre, l'avocat de l'appelant a invoqué d'autres utilisations possibles des copies des bandes, comme par exemple pour critiquer la décision du Procureur général de ne pas interjeter appel contre la décision d'acquitter Nugent. L'ordonnance du juge en chambre ne limite aucunement l'utilisation des copies et l'appelant demande à notre Cour une ordonnance qui soit également sans restriction quant à l'utilisation de ces copies. Cette ordonnance ne comporte aucune réserve touchant l'utilisation ni quant au droit de présenter une nouvelle requête.

^b

^c

^d L'avocat de Vickery a refusé, au cours des plaidoiries, de préciser l'utilisation qui serait faite de ces copies.

^e Nugent a obtenu qualité de partie afin d'interjeter appel contre le jugement du juge en chef Glube. Le juge Macdonald, qui s'est exprimé pour la Section d'appel, a infirmé cette décision: (1989), 91 N.S.R. (2d) 126. Après avoir mentionné les affaires *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, et *Solomon v. McLaughlin*, [1982] 4 W.W.R. 415 (B.R. Alb.), il a reconnu le principe voulant que le tribunal soit le dépositaire de ses dossiers et qu'il relève de sa discrétion d'en interdire l'accès au public lorsque les circonstances l'exigent. Il a ajouté ce qui suit aux pp. 132 et 133:

[TRADUCTION] L'acquiescement de M. Nugent [. . .] équivaut à une déclaration d'innocence en ce qui concerne toute procédure criminelle subséquente. À titre de politique générale, j'estime que l'acquiescement devrait aussi être considéré comme l'équivalent d'une déclaration d'innocence en ce qui concerne le droit du public d'examiner, de copier et de publier les informations préjudiciables que comportent les aveux [de l'intimé]. Je reconnais que la règle veut que le public ait le droit général d'examiner les dossiers et documents judiciaires. Il s'agit non pas d'un droit absolu, mais plutôt d'un droit à l'égard duquel, comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *MacIntyre* [p. 189] «une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers».

In my opinion, Mr. Nugent comes within the exception to the general access rule with respect to innocent persons referred to in the **MacIntyre** case. There the fundamental principle that the innocent must be protected from unnecessary harm was held to override the public access interest in those cases where nothing is found upon the execution of a valid search warrant. That being so, in my view the protection of the innocent from unnecessary harm should prevail here and override the public access interest in Mr. Nugent's confessions.

In the hearing before us the appellant sought to argue that the prohibition of access was an infringement of his rights under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

That point was not pursued in the courts below. While this Court undoubtedly has a discretion to entertain arguments not developed in the courts below, I would not extend that privilege to the appellant in this case. Had the point been raised in chambers, the parties would have had the right to lead evidence. We would have had the benefit of the reasoning of the courts below. If the issue had been clearly raised, interested parties might have sought to intervene even though no constitutional question in the technical sense of that term was raised. I note in passing, however, that if the appellant were to succeed on the *Charter* ground, the effect would be to impose a gloss upon rule 30.11(6).

In my view this Court should not entertain the *Charter* argument at this stage.

I turn then to the matters to be considered in judging whether to grant access to filed exhibits. In my view, the Appeal Division was correct in concluding that Nugent's privacy interests as a person acquitted of a crime outweigh the public right of access to exhibits judicially determined to be inadmissible against him.

The case of *Re Regina and Lortie*, [1985] C.A. 451, 21 C.C.C. (3d) 436, to which the chambers judge referred, is distinguishable. In that case, the

À mon sens, M. Nugent est visé par l'exception à la règle générale d'accès concernant les personnes innocentes dont il est question à l'arrêt **MacIntyre**. Dans cet arrêt, il a été statué que le principe fondamental selon lequel les innocents doivent être protégés contre tout préjudice inutile l'emporte sur le droit d'accès du public lorsque l'exécution d'un mandat de perquisition valide ne révèle rien. Cela étant, j'estime que la protection des innocents contre tout préjudice inutile s'impose en l'espèce et doit l'emporter sur le droit qu'a le public d'avoir accès aux aveux de M. Nugent.

À l'audience devant nous, l'appellant a cherché à faire valoir que l'interdiction d'accès constituait une violation des droits que lui confère l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

On ne s'est pas attardé sur ce point devant les tribunaux d'instance inférieure. Bien que notre Cour ait sans aucun doute le pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments qui n'ont pas été développés par les tribunaux d'instance inférieure, je n'accorderais pas ce privilège à l'appellant en l'espèce. Ce point eut-il été soulevé devant le juge en chambre, que les parties auraient eu le droit de soumettre leur preuve. Nous aurions bénéficié du raisonnement des tribunaux d'instance inférieure. Si la question avait été clairement soulevée, des parties intéressées auraient pu chercher à intervenir bien qu'aucune question constitutionnelle proprement dite n'ait été soulevée. Je souligne, toutefois, en passant, que si on devait faire droit au moyen de l'appellant fondé sur la *Charte*, cela aurait pour effet d'ajouter à la règle 30.11(6).

À mon sens, notre Cour ne devrait pas étudier le moyen fondé sur la *Charte* à ce stade-ci.

J'en arrive maintenant aux questions pertinentes à la décision de donner accès aux pièces produites. À mon avis, la Section d'appel a eu raison de conclure que le droit de Nugent à la protection de sa vie privée en qualité de personne acquittée d'un crime l'emporte sur le droit du public d'avoir accès à des pièces judiciairement déclarées irrecevables en preuve contre lui.

L'affaire *Lortie c. La Reine*, [1985] C.A. 451, à laquelle a renvoyé le juge en chambre, se distingue de l'espèce. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir

question was whether, pending the disposition of an appeal, there should be a temporary prohibition against the showing of tapes which were exhibits and had been copied. The majority of the Quebec Court of Appeal granted the prohibition. L'Heureux-Dubé J.A. (as she then was) dissented. Her comments were stressed before us. Her strong defence of the openness concept accords with the views of this Court in *MacIntyre*. In *Lortie*, the accused, whose privacy interests would be of paramount concern, supported the showing of the tapes. L'Heureux-Dubé J.A. was very careful to note (at p. 443 C.C.C.) that the question of copying and broadcasting of the tapes after the Court of Appeal had given its decision was not before the court. That question was before the Nova Scotia Appeal Division and is before us.

In *MacIntyre*, the other case to which the chambers judge referred, the press sought access to search warrants and supporting material. Dickson J. (as he then was), speaking for the majority, noted that it was unwise to attempt any comprehensive definition of the right of access (p. 183), and pointed out the competing policy considerations of respect for individual privacy and the need for "openness" in respect of judicial acts. This Court concluded that protection of the innocent would override public access, but that where the warrant was executed and something found the parties affected and the public should have access to the material upon which the warrant had been issued. Because a search warrant is issued *in camera*, allowing access to the materials in those circumstances serves public accessibility and concomitant judicial accountability (p. 186).

In this appeal, the exhibits were presented at an open trial to which there was public access and, indeed, information relating to them was publicly discussed.

I have already noted that the heart of *MacIntyre* is public accessibility as an important ingredient of judicial accountability. The applicant, in his sworn

si, en attendant l'issue d'un appel, il devrait y avoir interdiction temporaire de montrer des bandes qui étaient des pièces et avaient été copiées. La majorité de la Cour d'appel du Québec a prononcé l'interdiction. Le juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge puîné de notre Cour) était dissidente. Ses commentaires nous ont été soulignés. Sa vigoureuse défense du concept de la transparence est en accord avec le point de vue exprimé par notre Cour dans l'arrêt *MacIntyre*. Dans l'affaire *Lortie*, l'accusé, dont le droit à la protection de sa vie privée était d'importance primordiale, était en faveur du visionnement des bandes. Le juge L'Heureux-Dubé a bien pris soin de souligner (à la p. 456) que la question de la copie et de la diffusion des bandes après que la Cour d'appel eût rendu sa décision, n'était pas soumise à la cour. Cette même question a été soumise à la Section d'appel de la Nouvelle-Écosse et nous en sommes également saisis.

Dans l'affaire *MacIntyre*, l'autre affaire mentionnée par le juge en chambre, la presse cherchait à avoir accès à des mandats de perquisition et pièces justificatives. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant pour la majorité, a noté qu'il était peu sage de tenter de donner une définition exhaustive du droit d'accès (p. 183) et a souligné les principes généraux opposés que sont le respect de la vie privée des particuliers et le besoin de «transparence» des procédures judiciaires. Notre Cour a conclu que la protection de l'innocent l'emportait sur l'accès du public, mais que, dans les circonstances où l'exécution d'un mandat révélait quelque chose, les parties concernées et le public devraient avoir accès à la documentation qui avait donné lieu à la délivrance du mandat. Parce qu'un mandat de perquisition est décerné à huis clos, l'accès à la documentation dans ces circonstances favorise l'ouverture au public et son corollaire, la responsabilité judiciaire (p. 186).

Dans le présent pourvoi, les pièces ont été produites dans le cadre d'un procès ouvert auquel le public avait accès et, en fait, les renseignements qui s'y rapportent ont effectivement été discutés publiquement.

J'ai déjà souligné que le nœud de l'affaire *MacIntyre* est l'accessibilité du public en tant qu'élément important de la responsabilité judiciaire. Le requé-

affidavit in support of this application, makes no claim to serve that interest. He does not indicate that these tapes are to be used to engage in some scrutiny of the judicial process. Public access to the trial and appellate process in which these exhibits were discussed was in no way impeded and there is no basis on the material before us for concluding that unrestricted dissemination of them would make any meaningful contribution to scrutiny.

I believe that the Appeal Division was correct in applying the principles in *MacIntyre* and concluding that the interests of Nugent outweighed those put forward by the appellant.

In my view, the chambers judgment fails to recognize four significant factors that come into play in deciding whether the appellant should be given access to (and thus the ability to copy and disseminate) these exhibits. (I note that these points may not have been put to the chambers judge in argument). The factors are:

- 1) The nature of exhibits as part of the court "record".
- 2) The right of the court to inquire into the use to be made of access, and to regulate it.
- 3) The fact that the exhibits were produced at trial and open to public scrutiny and discussion so that the open justice requirement had been met.
- 4) That those subjected to judicial proceedings must undergo public scrutiny of what is said at trial or on appeal and contemporaneous discussion is protected, but different considerations may govern when the process is at an end and the discussion removed from the hearing context.

1) The Nature of Exhibits as Part of the Court "Record"

An exhibit is not a court record of the same order as records prepared by the court, or pleadings and affidavits prepared and filed to comply with court

rant, dans l'affidavit qu'il présente à l'appui de sa requête, ne prétend pas servir cet intérêt. Il n'indique pas que ces bandes seront utilisées aux fins d'examiner le processus judiciaire. L'accès du public au procès et au niveau de l'appel où ces pièces ont fait l'objet de débat n'a nullement été gêné et il n'y a rien dans la preuve dont nous sommes saisis qui permette de conclure que leur diffusion sans restriction contribuerait utilement à un tel examen.

Je crois que la Section d'appel a eu raison d'appliquer les principes de l'arrêt *MacIntyre* et de conclure que les droits de Nugent l'emportaient sur ceux que l'appellant a fait valoir.

À mon sens, la décision du juge en chambre ne tient pas compte de quatre facteurs importants qui entrent en jeu lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de permettre à l'appellant d'avoir accès aux pièces (et ainsi de lui donner la possibilité de les copier et de les diffuser). (Je souligne que ces aspects peuvent ne pas avoir été soumis au juge en chambre au cours de l'argumentation). Ces facteurs sont les suivants:

- 1) La nature des pièces en tant que partie du «dossier» du tribunal.
- 2) Le droit du tribunal de s'enquérir de l'usage que l'on entend faire de la communication des pièces, et son droit de réglementer cet usage.
- 3) La production des pièces au procès et la possibilité pour le public d'en prendre connaissance et d'en discuter de sorte qu'il y a eu respect de l'exigence de transparence des procédures judiciaires.
- 4) Ceux qui font l'objet de procédures judiciaires doivent se soumettre à l'examen par le public de ce qui s'est dit en première instance ou en appel, et la discussion au moment de ces instances est protégée, mais des considérations différentes peuvent s'appliquer lorsque le processus est complété et que la discussion ne se fait plus dans le cadre de l'audition.

1) La nature des pièces en tant que partie du «dossier» du tribunal

Une pièce n'est pas un document du tribunal au même titre que les dossiers produits par le tribunal, ou que les actes de procédure et les affidavits pré-

requirements. Exhibits are frequently the property of non-parties and there is, ordinarily, a proprietary interest in them. When they have served the purpose for their filing they are ordinarily at the disposition of the person who produced them. While they remain in its custody, the court has a duty to pass upon any request for access. That function is ordinarily exercised by its officers, such as the prothonotary here, but the court having custody of the exhibits has supervision over their use. The chambers judge here noted the Nova Scotia rule which directs that exhibits be turned over to the party producing them (rule 30.11(6), *supra*). She observed that the reason for the rule was to relieve the court of the task of storing unwanted exhibits. The rule, however, reflects the fact that exhibits are not the property of the court.

While proprietary interests are not stressed by any of the parties before us, they are relevant to characterizing the nature of exhibits in balancing the interests of competing parties. Ordinarily the person entitled to possession would be a party to any application for access to them. Here, Nugent was a party to their creation.

I note that counsel here suggested that someone might want access to the tapes for the purpose of preparing educational programmes for the police. If that were the object of the request, the police, who probably own them, might well have some view to express.

Once exhibits have served their purpose in the court process, the argument based on unfettered access as part of the open process lying at the heart of the administration of justice loses some of its pre-eminence.

2) The Right of the Court to Inquire Into the Use to be Made of Access, and to Regulate It

It follows that the court, as the custodian of the exhibits, is bound to inquire into the use that is to be made of them and, in my view, is fully entitled to regulate that use by securing appropriate undertak-

parés et déposés en conformité des exigences du tribunal. Les pièces appartiennent souvent à des tiers qui ont ordinairement sur elles un droit de propriété. Lorsqu'elles ont servi la fin pour laquelle elles ont été déposées, elles sont généralement mises à la disposition de la personne qui les a produites. Pendant qu'il en est dépositaire, le tribunal a l'obligation de statuer sur toute demande d'accès. Ce sont ordinairement les officiers du tribunal, comme le protonotaire en l'occurrence, qui exercent cette fonction, mais le tribunal étant dépositaire des pièces, il en contrôle l'utilisation. Le juge en chambre fait mention de la règle de la Nouvelle-Écosse qui prescrit la remise des pièces à la partie qui les a produites (règle 30.11(6), précitée). Elle souligne que cette règle a pour but d'éviter au tribunal d'avoir à conserver des pièces dont elle n'a plus besoin. La règle reflète cependant le fait que les pièces n'appartiennent pas au tribunal.

Bien qu'aucune des parties en l'espèce ne fasse valoir un droit de propriété, celui-ci a son importance lorsqu'il s'agit de qualifier la nature des pièces en soupesant les droits des parties en présence. Ordinairement, la personne qui a droit à la possession des pièces est une partie à la requête visant à y avoir accès. En l'espèce, Nugent a participé à leur création.

Je note qu'un des avocats a laissé entendre ici que l'on pourrait demander l'accès aux bandes afin de préparer des programmes éducatifs pour la police. Si c'était là l'objet de la requête, la police, qui est probablement propriétaire des bandes, pourrait fort bien avoir des opinions à formuler.

Une fois que les pièces ont servi leur objet au sein du processus judiciaire, perd quelque peu de sa prééminence l'argument fondé sur le libre accès comme partie intégrante de la transparence du processus judiciaire qui est au cœur même de l'administration de la justice.

2) Le droit du tribunal de s'enquérir de l'usage que l'on entend faire de la communication des pièces, et son droit de régler cet usage

Il s'ensuit que le tribunal, en sa qualité de dépositaire des pièces, est tenu de s'enquérir de l'usage que l'on entend en faire et, à mon sens, il a pleins pouvoirs pour régler cet usage en obtenant les

ings and assurances if those be advisable to protect competing interests. Nugent has put forward a genuine interest in the disposition of the tapes. He was a participant in their creation, a creation found to have been a violation of his constitutional rights, and the court ought to take steps to protect his legitimate interests.

In exercising its supervisory powers over material surrendered into its care, the court may regulate the use made of it. In circumstances such as these I do not think it right to say, as the chambers judge suggested, that Nugent must initiate other proceedings to protect or promote his privacy interests. While subsequent proceedings might lie, the court is, on the application, able to obviate that step. There is no need for a multiplicity of proceedings, nor should someone in the position of Nugent run the risk of bolting the laboratory door after the virus has not only been removed, but reproduced. In an application of this nature the court must protect the respondent and accommodate the public interest in access. This can only be done in terms of the actual purpose and, in the face of obvious prejudice and the absence of a specific purpose, the order for unrestricted access and reproduction should not have been made.

3) The Fulfillment of the Open Justice Requirement

The exhibits were produced at trial and open to public scrutiny and discussion so that the open justice requirement had been met.

I do not, for one moment, gainsay the importance of the principle that justice must be administered openly, but I am inclined to agree with the observation of Powell J. of the United States Supreme Court, quoted by Macdonald J.A. in the judgment appealed from, at p. 131, that “[t]he requirement of a public trial is satisfied by the opportunity of members of the public and the press to attend the trial and to report

engagements et les garanties utiles à la protection des droits en présence. Nugent a fait valoir qu’il a un intérêt réel à l’usage que l’on fera des bandes. Il a participé à leur création qui a été jugée contraire à ses droits constitutionnels, et le tribunal devrait prendre des mesures pour protéger ses droits légitimes.

Dans l’exercice de ses pouvoirs de surveillance sur la documentation qui lui est confiée, le tribunal peut en régler l’usage. Dans des circonstances comme celles de l’espèce, je ne crois pas qu’il soit juste d’affirmer, comme l’a laissé entendre le juge en chambre, que Nugent doit entamer d’autres procédures pour protéger ou défendre son droit au respect de sa vie privée. Bien qu’il puisse y avoir ouverture à d’autres procédures, il est possible à la cour, saisie de la requête, d’éviter cette démarche. Nul n’est besoin de multiplier les procédures, et personne, dans la situation de Nugent, ne devrait courir le risque de verrouiller la porte du laboratoire après que le virus ait non seulement été retiré, mais aussi reproduit. Face à une requête de ce genre, il incombe au tribunal de protéger l’intimé tout en respectant l’intérêt du public à ce qu’il y ait accès aux pièces. Or cela ne peut se faire qu’en fonction du but qui est en fait visé. Devant un préjudice manifeste et en l’absence d’un but précis, l’ordonnance permettant le libre accès et la reproduction n’aurait pas dû être rendue.

3) Le respect de l’exigence de transparence des procédures judiciaires

Les pièces ont été produites au procès et le public a pu en prendre connaissance et en discuter, de sorte qu’il y a eu respect de l’exigence de transparence des procédures judiciaires.

Je ne conteste pas le moins du monde l’importance du principe selon lequel la justice doit être administrée publiquement, mais je suis porté à souscrire à l’observation qu’a faite le juge Powell de la Cour suprême des États-Unis, citée par le juge Macdonald dans le jugement dont il est interjeté appel, à la p. 131, selon laquelle [TRADUCTION] «[l]a possibilité qu’ont les membres du public et les médias d’assister au procès et de rapporter ce qu’ils y ont observé satisfait à l’exigence d’un procès public.» (*Nixon v. War-*

what they have observed.” (*Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 610.)

In the course of that judgment, Powell J. noted that the court having custody of records and other material has a responsibility to exercise an informed discretion “with a sensitive appreciation of the circumstances that led to their production” (p. 603). As none of the United States authorities to which I have been referred deal with the copying of inadmissible exhibits, I am unable to say what conclusion a court in the United States would reach, but I am persuaded that conclusion is, in the United States, as here, reached upon a balancing of the interests at the time access is sought.

I am not persuaded that the court appealed from erred in its conclusion that the chambers judge had given insufficient weight to Nugent’s privacy rights, rights he holds after a judicial acquittal. He surrendered that privacy during the trial process, but he did not surrender it for all time.

4) Non-Contemporaneous Public Scrutiny

Those subjected to judicial proceedings must undergo public scrutiny of what is said at trial or on appeal and contemporaneous discussion is protected, but different considerations may govern when the process is at an end and the discussion removed from the hearing context.

Nugent’s privacy was surrendered to the judicial process. Public access to and reporting of those proceedings is a price that he and any other accused must pay in the interests of ensuring the accountability of those engaged in the administration of justice. This principle is reflected in the special privilege that our law has traditionally accorded those who report judicial proceedings. Yet, modern defamation statutes restrict that privilege to contemporaneous reporting (see for example s. 13(1)(b) of the *Defamation Act*, R.S.N.S. 1967, c. 72, which is also c. D-3 of the C.S.N.S.). The reason, I suggest, is obvious. Fair, accurate, contemporaneous reports are likely to be balanced, to display the full context, and to expose

ner Communications, Inc., 435 U.S. 589 (1978), à la p. 610.)

Dans ce jugement, le juge Powell a noté que la cour, étant dépositaire des dossiers et d’autres pièces, est tenue d’exercer un pouvoir discrétionnaire éclairé, [TRADUCTION] «en tenant délicatement compte des circonstances qui ont mené à leur production» (p. 603). Comme aucune décision américaine portée à mon attention ne traite de la copie de pièces irrecevables en preuve, je ne puis dire quelle serait la conclusion d’un tribunal américain. Je suis toutefois convaincu qu’aux États-Unis comme ici cette conclusion se fonde sur une appréciation des intérêts en jeu au moment de la demande d’accès.

Je ne suis pas convaincu que la cour dont la décision fait l’objet du pourvoi a commis une erreur en concluant que le juge en chambre n’avait pas accordé suffisamment de poids au droit de Nugent à la protection de sa vie privée, droit qui est le sien à la suite d’un acquittement judiciaire. Il a renoncé à ce droit pendant la durée du procès, mais il n’y a pas renoncé pour toujours.

4) L’examen public ultérieur

Ceux qui font l’objet de procédures judiciaires doivent se soumettre à l’examen par le public de ce qui s’est dit en première instance ou en appel, et la discussion durant ces instances est protégée, mais des considérations différentes peuvent s’appliquer lorsque le processus tire à sa fin et que la discussion ne se fait plus dans le cadre de l’audition.

Le droit de Nugent au respect de sa vie privée s’est trouvé suspendu pendant le processus judiciaire. L’accès du public à ces procédures et la publicité qu’elles reçoivent est le prix que Nugent et tout autre accusé doivent payer afin d’assurer que soient redonables de leurs actes ceux qui sont chargés de l’administration de la justice. Ce principe se reflète dans le privilège spécial que notre droit a traditionnellement accordé à ceux qui font le compte rendu des procédures judiciaires. Cependant, les lois contemporaines en matière de diffamation restreignent ce privilège aux comptes rendus faits au moment des audiences (voir, par exemple, l’al. 13(1)(b) de la *Defamation Act*, R.S.N.S. 1967, ch. 72, qui est aussi le ch. D-3

the arguments on both sides. The subsequent release and publication of selected exhibits is fraught with risk of partiality, with a lack of fairness. Those policy considerations which form our attitude towards the openness of the administration of justice are relevant to an application such as this. Nugent cannot escape from proceedings in which he was involved, nor from the fair and accurate reporting of them, but the courts must be careful not to become unwitting parties to his harassment by facilitating the broadcasting of material which was found to have been obtained in violation of his fundamental rights.

As Dickson J. observed in *MacIntyre*, at p. 184:

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent

Before us counsel suggested that there might be scope for challenging the decision of the Attorney General not to appeal Nugent's acquittal by the Appeal Division and the tapes could be used to that end. I am by no means persuaded that it is necessary to go beyond the proceedings in the trial and appeal to make that challenge.

Conclusion

While *MacIntyre* did not address access to or copying of exhibits, the principles discussed there must, *a fortiori*, apply to them.

In *MacIntyre*, Dickson J. said this (at pp. 186-87):

In my view, curtailment of public accessibility can only be justified where there is present the need to protect social values of superordinate importance. One of these is the protection of the innocent.

The appellant would have us interpret the expression "innocent person" extremely narrowly. Dickson

des C.S.N.S.). J'estime que la raison en est évidente. Les comptes rendus immédiats, équitables et exacts sont susceptibles d'être équilibrés, de reproduire le contexte entier de l'affaire et d'exposer les arguments des deux parties. Mais la diffusion et la publication subséquentes de pièces choisies risquent fort d'être entachées de partialité et d'un manque d'équité. Ces considérations de principe qui forment notre attitude à l'égard de la transparence de l'administration de la justice sont pertinentes dans une requête comme celle-ci. Nugent ne saurait échapper aux procédures auxquelles il a participé, ni à leur compte rendu équitable et exact, mais les tribunaux doivent se garder de participer inconsciemment à son harcèlement en facilitant la diffusion de pièces déclarées avoir été obtenues en violation de ses droits fondamentaux.

Ainsi que l'a fait observer le juge Dickson dans l'arrêt *MacIntyre*, à la p. 184:

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent . . .

L'avocat de l'appelant a laissé entendre devant nous qu'il pourrait y avoir lieu de contester la décision du Procureur général de ne pas en appeler de l'acquiescement de Nugent par la Section d'appel, et que les bandes pourraient être utilisées à cette fin. Je ne suis aucunement persuadé qu'il soit nécessaire d'aller au-delà des procédures de première instance et d'appel pour faire cette contestation.

Conclusion

Bien que la question de l'accès aux pièces ou de leur reproduction ne soit pas abordée dans l'arrêt *MacIntyre*, les principes qui y sont exposés doivent à plus forte raison s'y appliquer.

Le juge Dickson écrit, dans l'arrêt *MacIntyre* (aux pp. 186 et 187):

À mon avis, restreindre l'accès du public ne peut se justifier que s'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales qui ont préséance. C'est notamment le cas de la protection de l'innocent.

L'appelant souhaite que nous donnions à l'expression «personne innocente» une interprétation très res-

J. did not claim to define exhaustively the limitations of rights of access. He said this (at p. 183):

By reason of the relatively few judicial decisions it is difficult, and probably unwise, to attempt any comprehensive definition of the right of access to judicial records or delineation of the factors to be taken into account in determining whether access is to be permitted.

He also spoke of innocent persons who were the subject of search warrants as entitled to protection from "the stigmatization to name and reputation which would follow publication of the search" (p. 187).

I find it difficult to fathom how Nugent could be considered anything other than an innocent person within *MacIntyre*. Someone who has been accused and convicted of a serious crime on the basis of self-incriminating evidence obtained in violation of his *Charter* rights should not be made to bear the stigma resulting from unrestricted repetition of the very same illegally obtained evidence.

The Appeal Division was correct in concluding that Nugent's privacy interests outweighed the appellant's interests in viewing and disseminating the exhibits.

It may be said that the order of the chambers judge was discretionary in nature. I am not satisfied that it should be so characterized and, as the point was not made by the appellant, authorities supporting that characterization were not advanced. However, assuming the order was "discretionary", the chambers judge did not have all the relevant considerations before her, gave insufficient weight to Nugent's innocence and should have insisted upon the proposed use being specified so that any order could be crafted accordingly. In my view it was wrong to give an order, let alone an unrestricted order.

I would dismiss the appeal, with costs to the respondent Nugent, with no costs for or against the Prothonotary or the Attorney General.

trictive. Le juge Dickson n'a cependant pas prétendu définir exhaustivement les restrictions des droits d'accès. Il a dit à ce propos (à la p. 183):

En raison du petit nombre de décisions judiciaires, il est difficile, et probablement peu sage, de vouloir donner une définition exhaustive du droit de consulter les dossiers judiciaires ou une délimitation précise des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il faut en permettre la consultation.

De plus, il a dit des personnes innocentes visées par des mandats de perquisition qu'elles avaient droit à la protection contre «l'opprobre qui entacherait leur nom et leur réputation du fait de la publicité de la perquisition» (p. 187).

Il m'est difficile de comprendre comment Nugent pourrait être considéré autrement que comme une personne innocente au sens de l'arrêt *MacIntyre*. Une personne qui, sur la foi d'une preuve incriminante obtenue contrairement aux droits dont elle jouit selon la *Charte*, a été accusée et reconnue coupable d'un crime grave, ne devrait pas avoir à subir l'opprobre qui résulterait de la reproduction, sans restriction, de cette même preuve qui a été obtenue illégalement.

C'est à bon droit que la Section d'appel a conclu que le droit de Nugent à la protection de sa vie privée l'emportait sur le droit de l'appelant d'examiner et de diffuser les pièces.

On pourrait prétendre que l'ordonnance du juge en chambre relevait de sa discrétion. Pour ma part, je ne suis pas convaincu qu'elle devrait être qualifiée ainsi et, comme l'appelant n'a pas fait valoir ce point, aucune jurisprudence n'a été invoquée à l'appui de cette qualification. Dans l'hypothèse, toutefois, qu'il s'agisse d'une ordonnance «discrétionnaire», le juge en chambre ne disposait pas de tous les éléments pertinents, a attaché trop peu d'importance à l'innocence de Nugent et aurait dû insister pour que l'utilisation projetée soit précisée afin qu'une ordonnance puisse être conçue en conséquence. À mon avis, c'était une erreur que de rendre une ordonnance, à plus forte raison d'en rendre une sans restriction.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimé Nugent, et sans frais en faveur du protonotaire ou du Procureur général ou contre eux.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. were delivered by

CORY J. (dissenting)—I have read with great interest the reasons of my colleague Justice Stevenson but, with respect, I cannot agree with them.

The Principles that Must be Weighed in the Balance

There are two principles of fundamental importance to our democratic society which must be weighed in the balance in this case. The first is the right to privacy which inheres in the basic dignity of the individual. This right is of intrinsic importance to the fulfilment of each person, both individually and as a member of society. Without privacy it is difficult for an individual to possess and retain a sense of self-worth or to maintain an independence of spirit and thought.

The second principle is that courts must, in every phase and facet of their processes, be open to all to ensure that so far as is humanly possible, justice is done and seen by all to be done. If court proceedings, and particularly the criminal process, are to be accepted, they must be completely open so as to enable members of the public to assess both the procedure followed and the final result obtained. Without public acceptance, the criminal law is itself at risk.

In this appeal an appropriate balance must be struck between the right to privacy and the principle of open courts.

The American Experience

At the outset, it may be of assistance to consider the American experience in the field. This review should be conducted carefully and cautiously, bearing in mind the differences between the American Constitution and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as well as the differences in the history and background of the two countries. The examination is undertaken not with the aim of slavishly following the American decisions, but rather to benefit

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—C'est avec un grand intérêt que j'ai lu les motifs de mon collègue le juge Stevenson, mais, avec égards, je ne puis y souscrire.

Les principes à prendre en considération

^b Nous devons en l'espèce tenir compte de deux principes fondamentalement importants dans notre société démocratique. Il s'agit en premier lieu du droit au respect de la vie privée, lequel fait partie intégrante de la dignité essentielle de l'individu. Ce droit revêt une importance capitale pour l'épanouissement de chacun, aussi bien en tant qu'individu qu'en tant que membre de la société. En effet, une personne dont la vie privée n'est pas respectée peut ^c difficilement posséder et conserver un sens de sa valeur personnelle ou demeurer indépendante en esprit et en pensée.

Suivant le second principe, les tribunaux se doivent, à toutes les étapes et sous tous les aspects de leurs procédures, d'être ouverts à tous pour que, dans toute la mesure du possible, justice soit faite, et ce, d'une manière qui soit évidente pour tous. Le processus judiciaire, notamment en matière criminelle, ne sera accepté que s'il est complètement transparent, de façon à permettre au public d'évaluer aussi bien la procédure suivie que la décision finale. Sans l'acceptation du public, c'est le droit criminel lui-même qui est en péril.

Il nous faut en l'espèce établir un juste équilibre entre le droit au respect de la vie privée et le principe de la transparence des procédures judiciaires.

L'expérience américaine

Il est peut-être utile de commencer par examiner l'expérience américaine dans ce domaine. C'est un examen à mener soigneusement et avec prudence, sans perdre de vue les différences entre la Constitution américaine et la *Charte canadienne des droits et libertés* ni celles marquant l'histoire et l'évolution des deux pays. Nous l'entreprenons, cet examen, non pas dans l'intention de suivre servilement les décisions américaines, mais bien dans le but de profiter

from the discussions and learning which have emanated from the American jurisprudence and scholarship.

A. *Contrasting the English and American Approaches*

Courts in both England and the United States have traditionally recognized the existence of a common law right to inspect and copy judicial records. This right has often been referred to as a "right of access". It has a long and honoured history, gaining recognition as early as the fourteenth century. In 1644, Lord Coke advocated an unrestricted right of access to judicial records. In England, however, while all persons enjoyed a general right of access, only those with an evidentiary or proprietary interest in the records were able to enforce their right if it were denied them.

The American approach, on the other hand, was based on a clear general right of access to court records, the enforcement of which was not restricted to those asserting a special interest in the documents. Generally, the American approach has favoured access for all citizens. As early as 1894, American courts recognized the right of access to judicial records including transcripts, evidence and other material. They did so on the basis that the denial of access would be an attempt to maintain secrecy in judicial records and would conflict with "the common understanding of what belongs to a public court of record, to which all persons have the right of access, and to its records, according to long established usage and practice". See *Ex parte Drawbaugh*, 2 App. D.C. 404, at pp. 407-8.

B. *The United States Supreme Court and the Open Court Principle*

The open court principle has two facets. The first is the right of the public and of the media, as members or agents of the public, to attend trials and court proceedings and to report on all that transpires. The second facet is the right of the public to scrutinize and criticize the judicial process. In order to exercise

des analyses érudites que renferment la jurisprudence et la doctrine américaines.

A. *Ce en quoi diffèrent les approches anglaise et américaine*

Tant en Angleterre qu'aux États-Unis les tribunaux ont traditionnellement admis l'existence d'un droit en common law d'examiner et de copier les dossiers judiciaires. Souvent appelé «droit d'accès», ce droit vieux et vénérable était reconnu déjà au XIV^e siècle. En 1644, lord Coke préconisait un droit illimité de consulter les dossiers judiciaires. En Angleterre cependant, si tout le monde jouissait d'un droit général d'accès aux dossiers, étaient seules habilitées à faire respecter ce droit dans le cas où l'on y portait atteinte les personnes qui possédaient sur ces dossiers un droit de propriété ou un droit en matière de preuve.

Aux États-Unis, par contre, il existait un droit général et incontestable de consulter les dossiers judiciaires et ce n'était pas seulement les personnes alléguant un droit particulier sur les documents qui étaient admissibles à faire valoir ce droit général. La tendance générale aux États-Unis a été d'en permettre la consultation à tous. Dès 1894, les tribunaux américains reconnaissaient le droit de consulter les dossiers judiciaires, notamment les transcriptions et les éléments de preuve. La raison en était que refuser l'accès constituerait une tentative de garder secrets les dossiers judiciaires, ce qui irait à l'encontre de [TRADUCTION] «l'opinion courante quant à ce qui relève d'un tribunal public d'archives auquel, et aux dossiers duquel, tous ont droit d'accès en conformité avec un usage et une pratique depuis longtemps établis». Voir *Ex parte Drawbaugh*, 2 App. D.C. 404, aux pp. 407 et 408.

B. *La Cour suprême des États-Unis et le principe de la transparence des procédures judiciaires*

Le principe de la transparence des procédures judiciaires comporte deux volets. Il y a d'abord le droit du public, et des médias en tant que membres ou représentants du public, d'assister aux procès et aux procédures judiciaires et de rapporter tout ce qui s'y passe. Le second élément est le droit du public d'exa-

this right effectively, it is necessary to have full access to the information upon which such scrutiny and criticism may be based.

The United States Supreme Court has on several occasions emphasized the importance of public scrutiny of the judicial process. In *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947), the court stressed the public nature of court proceedings and vindicated the right of members of the press to report on them. In his reasons, Douglas J. stated, at p. 374: "A trial is a public event. What transpires in the court room is public property. . . . Those who see and hear what transpired can report it with impunity."

The importance of the press in securing the principle of open courts and court processes was emphasized again by the U.S. Supreme Court in *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966), where it stated (at p. 350):

A responsible press has always been regarded as the handmaiden of effective judicial administration, especially in the criminal field. . . . The press does not simply publish information about trials but guards against the miscarriage of justice by subjecting the police, prosecutors, and judicial processes to extensive public scrutiny and criticism.

In *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), the Supreme Court stressed the importance of the public's right to know the contents of public records. Although recognizing the legitimacy of privacy concerns, the court relied on the First Amendment to conclude (at p. 491) that the State could not

impose sanctions on the accurate publication of the name of a rape victim obtained from public records—more specifically, from judicial records which are maintained in connection with a public prosecution and which themselves are open to public inspection.

The court emphasized the need in modern society for full and open access to public records. It stated (at p. 495):

miner et de critiquer le processus judiciaire. L'exercice efficace de ce droit tient à l'accès sans restriction aux renseignements sur lesquels peut se fonder cet examen critique.

La Cour suprême des États-Unis a souligné à plusieurs reprises l'importance de l'examen public du processus judiciaire. Dans l'arrêt *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947), la cour a insisté sur le caractère public des procédures judiciaires et a confirmé par la même occasion le droit de la presse d'en faire le compte rendu. On lit dans les motifs du juge Douglas, à la p. 374, que [TRADUCTION] «Un procès est un événement public. Ce qui se produit dans la salle d'audience appartient au domaine public [. . .] Il est permis à ceux qui y assistent de rapporter impunément ce qu'ils ont vu et entendu.»

L'importance du rôle joué par la presse dans le maintien du principe de la transparence des procédures judiciaires a été soulignée de nouveau par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966), à la p. 350:

[TRADUCTION] Une presse responsable a toujours été considérée comme contribuant à l'efficacité de l'administration judiciaire, surtout en matière pénale. [. . .] La presse ne fait pas que publier des renseignements concernant les procès; elle offre aussi une protection contre les erreurs judiciaires en soumettant, publiquement, à un minutieux examen critique la police, les poursuivants et les procédures judiciaires.

Dans l'arrêt *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), la Cour suprême a fait ressortir l'importance du droit du public d'être informé de la teneur des dossiers publics. Bien que reconnaissant la légitimité des préoccupations en matière de respect de la vie privée, la cour s'est fondée sur le Premier amendement pour conclure, à la p. 491, que l'État ne pouvait

[TRADUCTION] frapper d'une sanction la publication du nom exact de la victime d'un viol, obtenu dans des dossiers publics—plus précisément, dans des dossiers judiciaires tenus relativement à une poursuite publique, dossiers qui sont eux-mêmes accessibles au public.

La cour a insisté sur la nécessité dans la société moderne d'un accès plein et sans restriction aux dossiers publics. Elle a affirmé (à la p. 495):

Public records by their very nature are of interest to those concerned with the administration of government, and a public benefit is performed by the reporting of the true contents of the records by the media. The freedom of the press to publish that information appears to us to be of critical importance to our type of government in which the citizenry is the final judge of the proper conduct of public business. In preserving that form of government the First and Fourteenth Amendments command nothing less than that the States may not impose sanctions on the publication of truthful information contained in official court records open to public inspection.

The *Cox* decision also contains important observations about the role of the media in facilitating public debate and in furthering the open court principle. The court stated (at pp. 491-92):

... in a society in which each individual has but limited time and resources with which to observe at first hand the operations of his government, he relies necessarily upon the press to bring to him in convenient form the facts of those operations. Great responsibility is accordingly placed upon the news media to report fully and accurately upon the proceedings of government, and official records and documents open to the public are the basic data of governmental operations. Without the information provided by the press most of us and many of our representatives would be unable to vote intelligently or to register opinions on the administration of government generally. With respect to judicial proceedings in particular, the function of the press serves to guarantee the fairness of trials and to bring to bear the beneficial effects of public scrutiny upon the administration of justice.

See also *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), where the Supreme Court again reaffirmed the essential role of the press in safeguarding effective judicial administration by exposing the judicial process to public scrutiny.

Finally, the U.S. Supreme Court in *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), held that the right to attend criminal trials is implicit in the guarantees of the First Amendment. On behalf

[TRADUCTION] De par leur nature les dossiers publics intéressent les personnes qui se préoccupent de l'administration du gouvernement, et les médias rendent service au public en rapportant le contenu exact de ces dossiers. La liberté de la presse de publier cette information nous paraît revêtir une importance capitale pour notre type de gouvernement, dans lequel ce sont les citoyens qui décident en dernier ressort de la façon dont il convient de mener les affaires publiques. Aux fins d'assurer la survie de ce type de gouvernement, les Premier et Quatorzième amendements interdisent formellement aux États de frapper d'une sanction la publication de renseignements exacts tirés de dossiers judiciaires officiels accessibles au public.

L'arrêt *Cox* contient en outre des observations importantes sur le rôle que doivent jouer les médias pour faciliter les débats publics et pour favoriser la transparence des procédures judiciaires. D'après la Cour (aux pp. 491 et 492):

[TRADUCTION] ... dans une société où les particuliers ne disposent que d'un temps limité et ont peu de possibilités d'observer personnellement les opérations de leur gouvernement, ceux-ci comptent nécessairement sur la presse pour leur communiquer sous une forme pratique les faits concernant ces opérations. D'où la grande responsabilité qui incombe aux médias d'information de rapporter intégralement et fidèlement les actes du gouvernement, et ce sont les dossiers et les documents officiels accessibles au public qui renferment les données de base touchant les opérations gouvernementales. En l'absence de l'information fournie par la presse, la plupart d'entre nous ainsi qu'un grand nombre de nos représentants se verraient dans l'impossibilité de voter intelligemment ou d'exprimer des opinions sur l'administration du gouvernement en général. Pour ce qui est des procédures judiciaires en particulier, le rôle de la presse consiste à garantir l'équité des procès et à soumettre l'administration de la justice aux effets bénéfiques de l'examen public.

Voir aussi l'arrêt *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), où la Cour suprême a de nouveau confirmé le rôle essentiel de la presse qui, en exposant le processus judiciaire à l'examen public, assure l'efficacité de l'administration judiciaire.

Enfin, dans l'arrêt *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), la Cour suprême des États-Unis a statué que le droit d'assister aux procès criminels découle implicitement des garanties énon-

of the majority, Burger C.J. recognized public access to the criminal courtroom as a right guaranteed by the American Constitution and, in doing so, emphasized the importance of public acceptance of the criminal justice process. At page 571, he noted that:

... especially in the administration of criminal justice, the means used to achieve justice must have the support derived from public acceptance of both the process and its results.

He went on to state (at pp. 571-73):

When a shocking crime occurs, a community reaction of outrage and public protest often follows. . . . Thereafter the open processes of justice serve an important prophylactic purpose, providing an outlet for community concern, hostility, and emotion. Without an awareness that society's responses to criminal conduct are underway, natural human reactions of outrage and protest are frustrated and may manifest themselves in some form of vengeful "self-help," . . .

The crucial prophylactic aspects of the administration of justice cannot function in the dark; no community catharsis can occur if justice is "done in a corner [or] in any covert manner." . . . It is not enough to say that results alone will satiate the natural community desire for "satisfaction." A result considered untoward may undermine public confidence, and where the trial has been concealed from public view an unexpected outcome can cause a reaction that the system at best has failed and at worst has been corrupted. To work effectively, it is important that society's criminal process "satisfy the appearance of justice," . . .

Instead of acquiring information about trials by first-hand observation or by word of mouth from those who attended, people now acquire it chiefly through the print and electronic media. In a sense, this validates the media claim of functioning as surrogates for the public. While media representatives enjoy the same right of access as the public, they often are provided special seating and priority of entry so that they may report what people in attendance have seen and heard. This "contribute[s] to

cées dans le Premier amendement. Se prononçant au nom de la majorité, le juge en chef Burger a reconnu l'accès du public aux procès criminels comme un droit garanti par la Constitution américaine et il a souligné en même temps l'importance de l'acceptation du processus de justice pénale par le public. À la page 571, il a fait remarquer que:

[TRADUCTION] . . . particulièrement dans l'administration de la justice pénale les moyens employés pour rendre justice doivent bénéficier du soutien qui procède de l'acceptation du processus et de ses résultats par le public.

Il a ajouté ce qui suit (aux pp. 571 à 573):

[TRADUCTION] La perpétration d'un crime horrifiant suscite souvent au sein de la collectivité une réaction d'indignation et un tollé général. [. . .] Par la suite, la transparence des voies de justice remplit une importante fonction préventive en permettant l'expression des inquiétudes, de l'hostilité et de l'émotion publiques. En effet, si les gens ne savent pas que la société est en train de prendre les mesures qui s'imposent à la suite d'une conduite criminelle, leurs réactions naturelles d'indignation et de protestation seront contrariées et ils trouveront peut-être un exutoire dans une forme quelconque de vengeance . . .

Ce n'est pas dans l'ombre que l'administration de la justice peut produire ses effets préventifs fondamentaux; aucune catharsis collective n'est possible si justice «est faite à l'insu de tous [ou] en secret». [. . .] Il ne suffit pas de prétendre que les seuls résultats assouviront le désir naturel de la collectivité d'obtenir «satisfaction». Un résultat considéré comme peu approprié pourra miner la confiance du public et, dans un cas où le procès s'est déroulé à huis clos, une issue inattendue pourrait faire croire aux gens, en mettant les choses au mieux, que le système a échoué et, en mettant les choses au pire, qu'il a été corrompu. Il importe donc pour le fonctionnement efficace du processus criminel qu'il soit «apparent que justice a été rendue» . . .

Au lieu d'obtenir des renseignements sur les procès en y assistant directement comme observateur ou en écoutant le récit de ceux qui y ont assisté, les gens les obtiennent maintenant essentiellement par les médias écrits et électroniques. En un sens, cela confirme la prétention des médias qu'ils agissent comme suppléants du public. Bien que les représentants des médias possèdent le même droit d'accès que le public, on leur réserve souvent des sièges particuliers et une priorité d'accès pour

public understanding of the rule of law and to comprehension of the functioning of the entire criminal justice system . . .” [citing the concurring judgment of Brennan J. in *Nebraska Press Assn.*, *supra.*] [Emphasis added.]

These decisions stress the vital importance of the open court principle and the public scrutiny of the judicial process which it facilitates. In so doing, they provide a context in which to consider the American approach to the more immediate question of access to taped evidence.

C. *The American Approach to Access to Audio and Video Tape Evidence*

The U.S. Supreme Court considered the issue of public and media access to taped evidence in *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978). The media sought access to audio tapes which had been introduced in evidence at the trial of aides to President Nixon on charges arising out of the Watergate break-ins. During the trial, 22 hours of audio tapes were played for the jury. All those in court, including members of the media, were provided with earphones and transcripts of the tapes. Six weeks after the trial had begun, several broadcasters filed a motion seeking permission to obtain and copy the tapes played at trial. They based their claim on the common law right of access to judicial records. District Court Judge Sirica denied access on the grounds that broadcast of the tapes would endanger the rights of the defendants on appeal. The broadcasters appealed Sirica J.’s order to the Court of Appeals for the District of Columbia.

In *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976), the D.C. Circuit Court of Appeals considered the common law right to inspect and copy judicial records and determined that the right is essential to

qu’ils puissent faire le compte rendu de ce que l’assistance a vu et entendu. Voilà qui «contribue à faire comprendre au public ce qu’est la primauté du droit et comment fonctionne tout le système de justice pénale . . .» [citant les motifs concordants rédigés par le juge Brennan dans l’arrêt *Nebraska Press Assn.*, précité] [Je souligne.]

Ces arrêts soulignent l’importance capitale du principe de la transparence des procédures judiciaires et de l’examen public du processus judiciaire que favorise cette transparence. Par le fait même, ils forment un contexte dans lequel peut être étudiée l’approche américaine face à la question plus immédiate de la communication d’éléments de preuve enregistrés sur bande magnétique.

C. *L’approche américaine relativement à l’accès aux éléments de preuve enregistrés sur bande audio ou vidéo*

La Cour suprême des États-Unis s’est penchée sur la question de l’accès du public et des médias à la preuve sur bande magnétique dans l’arrêt *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978). Dans cette affaire, les médias demandaient l’accès à des bandes audio produites en preuve lors du procès de certains assistants du président Nixon relativement à des accusations résultant des cambriolages de Watergate. Au cours du procès, on a fait entendre au jury des enregistrements d’une durée de 22 heures. Toute l’assistance, y compris les membres des médias, avait été pourvue d’écouteurs et de transcriptions des enregistrements. Six semaines après le début du procès, plusieurs radiodiffuseurs ont déposé une requête sollicitant l’autorisation de se procurer et de copier les enregistrements entendus au procès. Il s’agissait d’une demande fondée sur le droit d’accès aux dossiers judiciaires reconnu par la common law. Le juge Sirica de la Cour de district a refusé d’accorder l’accès pour le motif que la diffusion des enregistrements porterait atteinte aux droits des défendeurs au niveau d’appel. Les radiodiffuseurs ont porté l’ordonnance du juge Sirica en appel devant la Court of Appeals du district de Columbia.

Dans l’arrêt *United States v. Mitchell*, 551 F.2d 1252 (1976), la Circuit Court of Appeals du district de Columbia a étudié le droit, en common law, d’examiner et de copier les dossiers judiciaires et a conclu

the functioning of a democratic state, although it is not absolute. Since no clear guidelines could be articulated as to when judicial records should be closed to the public, the decision necessarily rested within the discretion of the trial court, subject to appellate review for abuse of discretion. However, the court stated that any incursions on the right of access should be made only where "justice so requires". It observed as well that "once an exhibit is publicly displayed [in open court], the interests in subsequently denying access to it necessarily will be diminished" (p. 1261). The Court of Appeals thus found a strong presumption in favour of access and determined that only compelling circumstances could militate against release. Since such circumstances were absent in that case, the D.C. Court of Appeals overturned the decision of *Sirica J.* and granted access to the tapes.

In *Nixon v. Warner Communications, supra*, the U.S. Supreme Court reviewed the *Mitchell* decision. In a 5/4 split, the court reversed the Court of Appeals and denied the broadcasters' request for access. The broadcasters had claimed a constitutional right of access under both the free press clause of the First Amendment and the Sixth Amendment guarantee of a public trial. The court rejected these claims. It held that, while physical access to judicial records is a right at common law, the right is not absolute and is not constitutional in nature. In rejecting the Sixth Amendment claim, Powell J. stated at p. 610:

The requirement of a public trial is satisfied by the opportunity of members of the public and the press to attend the trial and to report what they have observed.

It is important to note, however, that this statement was made in refuting the broadcasters' claim to a constitutional right of access. It was not directed to

que ce droit, bien qu'il ne soit pas absolu, est essentiel au bon fonctionnement d'un État démocratique. Vu l'impossibilité de formuler des principes directs clairs quant aux circonstances dans lesquelles il y a lieu d'interdire au public l'accès des dossiers judiciaires, la décision relevait nécessairement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance, sous réserve de contrôle par un tribunal d'appel pour abus de ce pouvoir. La cour a dit cependant qu'il ne devrait être porté atteinte au droit d'accès que lorsque [TRADUCTION] «la justice le commande». Elle a fait remarquer en outre que [TRADUCTION] «du moment qu'une pièce est exposée publiquement [en audience publique], l'intérêt qu'on peut avoir par la suite à ce que la communication de cette pièce soit refusée devient forcément moins grand» (p. 1261). La Court of Appeals a donc conclu à l'existence d'une forte présomption en faveur de l'accès et a décidé qu'il faudrait des circonstances impérieuses pour militer contre la communication. Faute de telles circonstances dans cette affaire, la Court of Appeals du district de Columbia a infirmé la décision du juge *Sirica* et a ordonné la communication des bandes.

Dans l'affaire *Nixon v. Warner Communications*, précitée, la Cour suprême des États-Unis a examiné l'arrêt *Mitchell*. Se prononçant à une majorité de cinq juges contre quatre, la cour a infirmé l'arrêt de la Court of Appeals et a rejeté la demande de communication présentée par les radiodiffuseurs. Ceux-ci prétendaient avoir un droit constitutionnel d'accès conformément à la disposition du Premier amendement qui traite de la liberté de la presse et au droit, garanti par le Sixième amendement, à un procès public. La cour a rejeté ces prétentions. Elle a statué que, si l'accès physique aux dossiers judiciaires constitue un droit reconnu en common law, ce droit n'est pas absolu et ne revêt aucun caractère constitutionnel. Rejetant la prétention fondée sur le Sixième amendement, le juge Powell a déclaré ce qui suit à la p. 610:

[TRADUCTION] La possibilité qu'ont les membres du public et les médias d'assister au procès et de rapporter ce qu'ils y ont observé satisfait à l'exigence d'un procès public.

Il importe de signaler toutefois que cette déclaration a été faite en réfutant la prétention des radiodiffuseurs à un droit constitutionnel d'accès. Elle ne visait pas la

the balancing process required when considering the common law right of access.

With respect to the latter issue, the court held that the general common law right of access is subject to the “sound discretion” of the trial court. It observed that the question of access would typically be resolved by weighing “the interests advanced by the parties in light of the public interest and the duty of the courts”, and that this balancing exercise would take place in the larger context of “the presumption—however gauged—in favor of public access to judicial records” (p. 602).

At the same time, the court refused to define the scope of the common law right or to identify the specific factors to be weighed in determining whether to grant access. Rather, the majority decided the issue on the basis of “an additional, unique element” not argued by either of the parties—namely, the *Presidential Recordings Act*. In the court’s view, the Act provided an alternative administrative procedure by which the public could gain access to all presidential materials of historical interest, including the recordings at issue. Accordingly, the court held (at p. 606) that it:

... need not weigh the parties’ competing arguments as though the District Court were the only potential source of information regarding these historical materials. The presence of an alternative means of public access tips the scales in favor of denying release.

Since then, American federal appeal courts have differed as to the interpretation which should be given to the *Nixon* decision and have articulated varying approaches to the issue of access to taped evidence.

In the first line of cases, which arose out of various FBI “sting” operations, the *Nixon* decision was construed narrowly as turning on the applicability of the *Presidential Recordings Act*. Having distinguished

nécessité de soupeser les intérêts en jeu lorsqu’il s’agit d’étudier le droit d’accès conféré par la common law.

Pour ce qui est de cette dernière question, la cour a statué que le droit général d’accès découlant de la common law dépend du [TRADUCTION] «bon jugement» du tribunal de première instance. Elle a indiqué qu’on réglerait normalement la question de l’accès en appréciant [TRADUCTION] «à la lumière de l’intérêt public et du devoir des tribunaux les intérêts invoqués par les parties», laquelle appréciation s’insérerait dans le contexte plus large de [TRADUCTION] «la présomption—peu importe la façon dont elle est mesurée—en faveur de l’accès du public aux dossiers judiciaires» (p. 602).

En même temps, la cour s’est refusée à définir la portée du droit reconnu par la common law et à préciser les facteurs à prendre en considération pour décider de l’opportunité de permettre la consultation des dossiers. La majorité a préféré en effet trancher la question en se fondant sur [TRADUCTION] «un autre élément, un élément unique» que ni l’une ni l’autre partie n’a invoqué, savoir la *Presidential Recordings Act*. De l’avis de la cour, cette loi prévoit une autre procédure administrative grâce à laquelle le public peut avoir accès à tous les documents présidentiels présentant un intérêt historique, y compris les enregistrements en cause. La cour a donc conclu (à la p. 606) qu’elle:

[TRADUCTION] ... n’a pas à soupeser les arguments contradictoires des parties comme si la Cour de district était la seule source possible de renseignements concernant ces documents historiques. L’existence d’une autre façon pour le public d’y avoir accès milite en faveur de la non-communication des documents.

Depuis lors, les cours d’appel fédérales des États-Unis ont été en désaccord quant à l’interprétation qu’il convient de donner à l’arrêt *Nixon* et elles ont exprimé différents points de vue concernant la question de l’accès à la preuve enregistrée sur bande magnétique.

Dans la première série d’affaires, qui sont nées de diverses opérations d’infiltration menées par le FBI, l’arrêt *Nixon* a reçu une interprétation stricte selon laquelle il tenait à l’applicabilité de la *Presidential*

Nixon in this way, several appeal courts followed, either expressly or implicitly, the approach taken by the D.C. Circuit Court in the *Mitchell* case, *supra*. They held that the common law right created an extremely strong presumption in favour of access which, though not of constitutional stature, could be overcome only rarely and in the clearest of cases. The holding of the Second Circuit Court of Appeals in *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980), is typical. The court stated (at p. 952):

... it would take the most extraordinary circumstances to justify restrictions on the opportunity of those not physically in attendance at the courtroom to see and hear the evidence, when it is in a form that readily permits sight and sound reproduction. . . . When physical evidence is in a form that permits inspection and copying without any significant risk of impairing the integrity of the evidence or interfering with the orderly conduct of the trial, only the most compelling circumstances should prevent contemporaneous public access to it.

The same approach was adopted by the Third Circuit Court of Appeals in *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981), and by the District of Columbia Circuit in *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981).

It is important to consider the grounds advanced in opposition to the release of the tapes in these cases. The defendants argued that access would jeopardize their right to a fair trial as guaranteed by the Sixth Amendment and would also render unfair the pending criminal trials of other defendants through the prejudicial effect publicity would have upon present and prospective jurors. All the appeal courts rejected this argument. They held that standard jury instructions and the examination of prospective jurors in the selection process together provided sufficient mechanisms to safeguard the fair trial rights of criminal defendants from any potential prejudice which might arise from broadcasting the tapes.

Recordings Act. Ayant fait cette distinction d'avec l'arrêt *Nixon*, plusieurs cours d'appel, suivant, expressément ou implicitement, le point de vue adopté par la Circuit Court du district de Columbia dans l'affaire *Mitchell*, précitée, ont statué que le droit conféré par la common law faisait naître une présomption extrêmement forte en faveur de l'accès, présomption qui, en dépit de sa nature non constitutionnelle, ne pouvait être renversée que rarement et dans les cas les plus clairs. La décision de la Second Circuit Court of Appeals dans l'affaire *United States v. Myers*, 635 F.2d 945 (1980) est typique. La cour a dit (à la p. 952):

[TRADUCTION] . . . il faudrait des circonstances des plus extraordinaires pour justifier que des restrictions soient imposées à la possibilité qu'ont ceux qui n'ont pas été présents dans la salle d'audience de voir et d'entendre la preuve lorsque celle-ci revêt une forme qui se prête facilement à la reproduction sonore ou vidéo. [. . .] Quand la preuve matérielle se présente sous une forme qui permet de l'examiner et de la copier sans courir de risque appréciable de nuire à l'intégrité de cette preuve ou à la conduite ordonnée du procès, seules les circonstances les plus contraignantes devraient empêcher que le public y ait accès en même temps.

C'est cette même approche qu'a adoptée la Third Circuit Court of Appeals dans l'affaire *United States v. Criden*, 648 F.2d 814 (1981) et le District of Columbia Circuit dans l'affaire *In re National Broadcasting Co.*, 653 F.2d 609 (1981).

Il importe d'examiner les moyens avancés en faveur de la non-communication des enregistrements en cause dans ces affaires. Les défendeurs ont soutenu dans chaque cas que la communication compromettrait leur droit, garanti par le Sixième amendement, à un procès équitable. De plus, elle rendrait inéquitable les procès criminels pendants des autres défendeurs, et ce, en raison de l'effet préjudiciable qu'aurait la publicité sur les jurés actuels et éventuels. Rejetant sans exception cet argument, les cours d'appel ont dit que l'exposé d'usage fait au jury et l'interrogatoire des jurés éventuels dans le cadre du processus de sélection suffisaient à eux seuls pour protéger les défendeurs dans des actions pénales contre toute atteinte à leur droit à un procès équitable pouvant résulter de la diffusion des enregistrements.

A contrary position was taken by the Fifth Circuit in *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981). The court accepted that a common law right of access exists, but determined that the standard of appellate review was whether or not the trial court had abused its discretion in its decision regarding access. In direct refutation of the earlier line of authority, the court held that the observations of the trial judge were essential in considering whether a fair trial could be ensured for present and prospective defendants and that the balancing of competing values was heavily reliant on the observations and insights of the presiding judge. The court considered its appellate role to be a narrow one.

In subsequent cases, American appellate courts have attempted to reconcile the more extreme positions and to articulate a “middle ground”. The first such attempt was made by the Seventh Circuit in *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982). The court recognized the presumption in favour of access and citing the *Mitchell* case, *supra*, observed that the “common law right supports and furthers many of the same interests which underlie those freedoms protected by the Constitution” (p. 1294). At the same time, referring to *Belo Broadcasting*, *supra*, the court acknowledged that the right was non-constitutional in origin and conceded that a number of factors might militate against public access. It set out its position in these words (at p. 1294):

... we hold that there is a strong presumption in support of the common law right to inspect and copy judicial records. Where there is a clash between the common law right of access and a defendant’s constitutional right to a fair trial, a court may deny access, but only on the basis of articulable facts known to the court, not on the basis of unsupported hypothesis or conjecture. . . . We stress that it is vital for a court clearly to state the basis of its ruling, so as to permit appellate review of whether

Le point de vue contraire a été adopté par le Fifth Circuit dans l’affaire *Belo Broadcasting Corp. v. Clark*, 654 F.2d 423 (1981). La cour a admis l’existence d’un droit d’accès en common law, mais a conclu que la norme applicable par un tribunal d’appel consiste à déterminer si le tribunal de première instance a abusé de son pouvoir discrétionnaire en rendant sa décision relative à l’accès. En contradiction directe de la jurisprudence antérieure, la cour a dit que les observations du juge de première instance étaient indispensables aux fins d’examiner si les défendeurs actuels et éventuels pouvaient avoir l’assurance d’un procès équitable, et que, dans l’appréciation des valeurs opposées, on se fiait dans une grande mesure aux observations et aux conclusions du juge qui avait présidé en première instance. D’après la cour, elle ne jouait en tant que tribunal d’appel qu’un rôle limité.

Dans des arrêts subséquents, les cours d’appel américaines ont tenté de réconcilier les positions les plus extrêmes et d’établir un «moyen terme». La première de ces tentatives a été faite par le Seventh Circuit dans l’affaire *United States v. Edwards*, 672 F.2d 1289 (1982). La cour a reconnu la présomption en faveur de l’accès et, invoquant l’arrêt *Mitchell*, précité, a fait observer que le [TRADUCTION] «droit découlant de la common law soutient et favorise un grand nombre des intérêts qui sous-tendent les libertés protégées par la Constitution» (p. 1294). En même temps, se référant à l’arrêt *Belo Broadcasting*, précité, la cour a convenu qu’il s’agit d’un droit qui, à l’origine, n’avait pas de caractère constitutionnel, et elle a concédé que plusieurs facteurs pourraient militer contre l’accès du public. La cour a énoncé sa position dans les termes suivants (à la p. 1294):

[TRADUCTION] . . . nous estimons qu’il y a une forte présomption en faveur de l’existence en common law d’un droit d’examiner et de copier les dossiers judiciaires. En cas de conflit entre le droit d’accès reconnu par la common law et le droit constitutionnel d’un défendeur à un procès équitable, le tribunal peut refuser l’accès, mais sur le seul fondement de faits concrets connus du tribunal, et non sur le fondement d’hypothèses ou de conjectures non étayées. [. . .] Nous soulignons qu’il est vital qu’un tribunal énonce clairement le fondement de sa décision afin de permettre au tribunal d’appel d’exami-

relevant factors were considered and given appropriate weight. [Emphasis added.]

This position was echoed by the Sixth Circuit in *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986), and by the Eighth Circuit in *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986).

Finally, in *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986), the Ninth Circuit reaffirmed the middle ground position. In so doing, the court expanded upon the holding in *Edwards, supra*, by specifically requiring the trial judge not only to articulate the reasons for denying access, but also to substantiate possible prejudice with a clear factual basis for the danger. The court put its position this way (at p. 1295):

The only potential prejudice appropriate for consideration by the district court was, therefore, the added prejudice that might result from broadcasting excerpts of the tapes as opposed to simply describing their contents. While we recognize that the added danger of jury taint arising from the transmission of the tapes themselves may vary from case to case, we reemphasize that the district court must articulate the factual basis for the danger without relying on hypothesis or conjecture.

D. *General Principles Emerging from the American Cases*

The American courts have for many years recognized a common law right of access to judicial records. All courts have held this right to include a common law, but not a constitutional, right of access to taped evidence introduced at trial. There is also a consensus that the decision as to whether to grant access is within the discretion of the trial court, which must balance the relevant interests at stake. In *Nixon*, the U.S. Supreme Court committed this determination to "the sound discretion" of the trial judge.

ner si les facteurs pertinents ont été pris en considération et si on leur a accordé l'importance qui leur revenait. [Je souligne.]

Ce point de vue a été repris par le Sixth Circuit dans l'affaire *United States v. Beckham*, 789 F.2d 401 (1986) et par le Eighth Circuit dans l'affaire *United States v. Webbe*, 791 F.2d 103 (1986).

Enfin, dans l'affaire *Valley Broadcasting Co. v. United States District Court for the District of Nevada*, 798 F.2d 1289 (1986), le Ninth Circuit a confirmé encore une fois la position du moyen terme. En ce faisant, la cour a élargi la portée de l'arrêt *Edwards*, précité, en exigeant expressément du juge de première instance non seulement qu'il expose les motifs qui l'ont amené à refuser d'accorder l'accès, mais aussi qu'il établisse un fondement factuel justifiant clairement sa conclusion à un préjudice possible. L'énoncé de la position de la cour se trouve dans le passage suivant (à la p. 1295):

[TRADUCTION] L'unique préjudice éventuel dont il convenait que la cour de district tienne compte était donc le préjudice additionnel que pouvait entraîner la diffusion d'extraits tirés des enregistrements, par opposition à la simple relation de leur contenu. Nous reconnaissons que le danger additionnel que la diffusion des enregistrements eux-mêmes ne compromette l'impartialité des jurés peut varier d'un cas à l'autre, mais nous soulignons encore une fois que la cour de district doit énoncer le fondement factuel du danger sans recourir aux hypothèses ni aux conjectures.

D. *Les principes généraux qui se dégagent de la jurisprudence américaine*

Voilà bien des années que les tribunaux américains reconnaissent l'existence d'un droit en common law de consulter les dossiers judiciaires. Ils ont été unanimes à affirmer que ce droit comprend un droit, conféré par la common law mais non par la Constitution, à l'accès à la preuve enregistrée sur bande magnétique produite lors du procès. Ils s'accordent également à dire que la décision de permettre ou de refuser l'accès relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance, lequel doit soupeser les différents intérêts en jeu. Dans l'arrêt *Nixon*, la Cour suprême des États-Unis a laissé cette décision au «bon jugement» du juge de première instance.

American courts have agreed that the standard of appellate review to be applied to the trial judge's determination regarding access is whether there has been an "abuse of discretion". Although there is agreement as to the standard to be applied, there is variation amongst the appellate courts as to whether the application of that standard should be deferential or strict.

All courts considered the media to be the representatives of the public with regard to judicial proceedings. The cases recognize the right and responsibility of the media to keep the public informed of the workings of the courts, particularly in the criminal context. The courts have acknowledged that the media play an essential role in furnishing the information upon which public scrutiny and criticism of court proceedings can properly be based, and that in fulfilling this role the media make a substantial contribution to the democratic process of government. It is the media which make the courts truly accessible and "public".

The American cases indicate that there are several factors weighing in favour of public access to evidentiary tapes. First, it is said that audio and video tapes provide additional meaning to the written word or eyewitness account. Gestures, facial expressions, voice patterns and voice intensity are all modes of communication common to humanity that are lost in transcripts. Second, all persons present in the courtroom at trial witness the tapes as they are introduced into evidence for the benefit of the triers of fact. Broadcasting the tapes publicly would give effect and meaning to the open court principle by allowing members of the public who are unable to be physically present in the courtroom to witness all that privileged members of the public have been able to see for themselves. Third, public broadcasting of the taped evidence allows those who cannot be present at the trial to weigh the evidence and form their own opinion. This, it is said, satisfies both the appearance and the reality of justice within the community. Finally, public access to judicial records permits the

Les tribunaux américains conviennent que la norme à appliquer par le tribunal d'appel à la décision du juge de première instance relativement à l'accès est celle de «l'abus du pouvoir discrétionnaire». Malgré ce consensus quant à la norme applicable, les opinions des tribunaux d'appel divergent sur la question de savoir si, dans l'application de cette norme, on doit faire preuve de retenue ou s'il y a lieu de l'appliquer strictement.

Tous les tribunaux ont considéré les médias comme les représentants du public en ce qui concerne les procédures judiciaires. La jurisprudence reconnaît le droit des médias, et la responsabilité qui leur incombe, de tenir le public au courant des travaux des tribunaux, particulièrement dans le contexte criminel. Les tribunaux conviennent que les médias jouent un rôle essentiel dans la diffusion d'information sur laquelle peuvent être légitimement fondés l'examen et la critique publics des procédures judiciaires, et qu'en remplissant ce rôle les médias font un apport appréciable au processus démocratique de gouvernement. Ce sont les médias qui rendent les tribunaux véritablement accessibles et «publics».

D'après la jurisprudence américaine, plusieurs facteurs militent en faveur de l'accès du public aux bandes magnétiques produites en preuve. En premier lieu, affirme-t-on, les bandes audio et vidéo viennent préciser davantage le sens de la parole écrite ou du récit du témoin oculaire. Les gestes, l'expression du visage ainsi que le ton et l'intensité de la voix constituent tous des modes de communication qui sont communs à tous les humains et qui ne ressortent pas des transcriptions. En deuxième lieu, tous ceux qui assistent au procès deviennent témoins des enregistrements produits en preuve pour le bénéfice des juges des faits. Or la diffusion publique des enregistrements donnerait efficacité et signification au principe de la transparence des procédures judiciaires en permettant aux membres du public qui ne peuvent être physiquement présents dans la salle d'audience d'être témoins de tout ce que d'autres membres du public ont eu le privilège de voir en personne. En troisième lieu, la diffusion publique de la preuve enregistrée permet aux personnes qui se trouvent dans l'impossibilité d'assister au procès d'apprécier la preuve et de former leur propre opinion. Voilà,

public to keep an eye on all branches of government, including the judiciary.

On the other side of the balance, certain interests are put forward as militating against media access to audio and video tapes. In the American cases, the primary countervailing concern is the possible prejudice to the right of an accused to a fair trial. Other interests weighing against access are concerns relating to admissibility and privacy.

It must be remembered that the balancing in the American cases is far different from that required in the case at bar. In the American decisions the common law right of access had to be balanced against the constitutional right of present or prospective defendants to a fair trial as guaranteed by the Sixth Amendment to the American Constitution. In those cases where access was denied, the defendant's constitutional right to a fair trial was considered to outweigh the common law right of access. Furthermore, it is not without significance that, despite their concern for the Sixth Amendment rights of present and prospective defendants, the majority of American appellate courts were still willing to grant access.

In the case at bar, the fair trial interest simply does not arise. Nugent stands in no criminal jeopardy. He has been acquitted of the murder charge and the time for any further appeal has long since elapsed. He cannot claim any prejudice to a present or future right to a fair trial. Thus, the primary concern weighing in the balance against access in the American jurisprudence is not present in this case.

It is worth bearing in mind that some of the American cases suggest that the right to a fair trial is the only countervailing interest which could overcome the strong presumption in favour of access. It is significant as well that in the American setting, the principal contention of those writers who argue most

dit-on, qui assure à la fois l'apparence et la réalité de la justice au sein de la collectivité. En dernier lieu, du moment qu'il a accès aux dossiers judiciaires, le public est en mesure de surveiller chacune des branches du gouvernement, y compris le pouvoir judiciaire.

D'un autre côté, il est dit que certains intérêts jouent contre l'accès des médias aux bandes audio et vidéo. À cet égard, la principale préoccupation qui se dégage de la jurisprudence américaine concerne le préjudice pouvant être porté au droit de l'accusé à un procès équitable. Militent également contre l'accès certaines préoccupations relatives à l'admissibilité de la preuve et au respect de la vie privée.

N'oublions pas que l'évaluation faite dans la jurisprudence américaine diffère nettement de celle qui s'impose en l'espèce. Dans les décisions américaines le droit d'accès conféré par la common law devait être soupesé avec le droit constitutionnel à un procès équitable garanti aux défendeurs actuels ou éventuels par le Sixième amendement de la Constitution américaine. Dans les cas où l'accès a été refusé, on a jugé que le droit constitutionnel du défendeur à un procès équitable l'emportait sur le droit d'accès découlant de la common law. Il importe en outre de signaler qu'en dépit de leur préoccupation de protéger les droits reconnus aux défendeurs actuels et éventuels par le Sixième amendement, la majorité des tribunaux d'appel américains demeuraient prêts à accorder l'accès.

En l'espèce, la question du droit à un procès équitable ne se pose simplement pas. Nugent ne se trouve nullement exposé à des poursuites criminelles. Il a été acquitté relativement à l'accusation de meurtre et le délai pour interjeter tout autre appel est expiré depuis longtemps. Il ne saurait en conséquence alléguer une atteinte à un droit actuel ou futur à un procès équitable. Cela étant, le facteur principal militant contre l'accès dans la jurisprudence américaine ne joue pas dans le cas présent.

Il convient de se rappeler que certaines décisions américaines laissent entendre que le droit à un procès équitable représente l'unique facteur qui pourrait écarter la forte présomption en faveur de l'accès. Un autre point important est que dans le contexte américain les auteurs qui s'opposent le plus véhémentement

vehemently against access is the need to preserve the right of the accused to a fair trial. Furthermore, none of them would recommend that the denial of access be indefinite. See, for example, William J. Whelan, "Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right" (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551, at pp. 580-81:

... it is clear that the proper time to stem any possible prejudice is before it is allowed to occur. In the cases that involve requests to copy tapes in evidence, the trial judge should deny their release until all risk of prejudice to the current defendants and to those implicated by the tapes has passed. Only when all rights to appeal are exhausted should the tapes be made available for copying.

When the records are video and audio tapes introduced into evidence at trial, the presumption in favor of release should not apply. Because there is a reasonable possibility that the broadcast of those tapes will irreparably harm the accused's right to a fair trial, the courts as a matter of law should deny the release of the tapes for copying until the accused is no longer in jeopardy. [Emphasis added.]

In light of the above analysis, it would appear that in the United States the media would be granted access to the tapes filed as exhibits in the trial of Mr. Nugent.

The Factors to be Considered in the Present Case

At the outset, I should say that for the reasons given by my colleague, I agree that the appellant's argument that his s. 2(b) *Charter* right to freedom of expression had been breached should not be considered. This argument was not raised before the judge of first instance and, although argued before the Court of Appeal, was not considered by that court in its reasons.

ment à l'accès invoquent principalement la nécessité de préserver le droit de l'accusé à un procès équitable. Qui plus est, aucun d'entre eux ne recommanderait que l'accès soit refusé pour une période indéfinie. Voir par exemple, William J. Whelan, «Copying and Broadcasting Video and Audio Tape Evidence: A Threat to the Fair Trial Right» (1982), 50 *Fordham L. Rev.* 551, aux pp. 580 et 581:

[TRADUCTION] ... il est évident qu'il convient d'obvier à tout préjudice éventuel avant qu'il ne se produise. Dans le cas de demandes de copier des enregistrements produits en preuve, le juge de première instance doit refuser de communiquer ceux-ci tant que subsiste un risque quelconque pour les défendeurs actuels et pour les personnes incriminées par les enregistrements. Ce n'est que lorsque tous les droits d'appel auront été épuisés qu'il devrait être permis de reproduire les enregistrements.

Lorsque les dossiers revêtent la forme de bandes audio ou vidéo produites en preuve au procès, la présomption en faveur de la communication ne devrait pas s'appliquer. Comme il existe une possibilité raisonnable que la diffusion de ces enregistrements porte irréparablement atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable, les tribunaux devraient, par principe de droit, refuser de communiquer les enregistrements aux fins de reproduction jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de risque pour l'accusé. [Je souligne.]

Vu l'analyse qui précède, il semble qu'aux États-Unis les médias se verraient accorder l'accès aux bandes magnétiques produites comme pièces lors du procès de M. Nugent.

Les facteurs à prendre en considération en l'espèce

Je dois signaler au départ que, pour les mêmes raisons que mon collègue, j'estime qu'il n'y a pas lieu de considérer l'allégation de l'appelant selon laquelle il aurait subi une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Cet argument n'a pas été avancé devant le juge de première instance et, bien qu'invoqué en Cour d'appel, n'a pas été examiné par celle-ci dans ses motifs.

A. *The Nature and Extent of the Common Law Right of Access to Court Documents in Canada*

There can be no doubt that there exists in Canada a common law right of access to court documents. The nature and extent of that right will determine the outcome of this appeal. The common law right of access is of fundamental importance to the functioning of courts and to the preservation of public confidence in court processes. The right of access was considered in the pre-*Charter* case of *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175. In that case Dickson J., as he then was, clearly acknowledged that there is a strong general presumption in favour of access to judicial records. At page 184 he stated:

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent or of impairing the efficiency of the search warrant as a weapon in society's never-ending fight against crime.

He went on to observe that there is a need for contextual balancing in deciding whether to grant access in individual cases. After noting the general right to inspect and copy public records that exists in the United States, he said at p. 183:

By reason of the relatively few judicial decisions it is difficult, and probably unwise, to attempt any comprehensive definition of the right of access to judicial records or delineation of the factors to be taken into account in determining whether access is to be permitted. The question before us is limited to search warrants and informations. The response to that question, it seems to me, should be guided by several broad policy considerations, namely, respect for the privacy of the individual, protection of the administration of justice, implementation of the will of Parliament that a search warrant be an effective aid in the investigation of crime, and finally, a strong public policy in favour of "openness" in respect of judicial acts.

In emphasizing the need for openness with respect to judicial acts, Dickson J. stated at p. 185:

A. *La nature et la portée du droit, conféré par la common law, de consulter les documents judiciaires au Canada*

Il ne fait aucun doute qu'il existe au Canada un droit, découlant de la common law, de consulter les documents judiciaires. C'est de la nature et de la portée de ce droit que dépend l'issue du présent pourvoi. Le droit d'accès résultant de la common law revêt une importance capitale pour le bon fonctionnement des tribunaux et pour le maintien de la confiance du public dans le processus judiciaire. Il a été question du droit d'accès dans l'affaire *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, qui date d'avant la *Charte*. Dans cette affaire le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a reconnu clairement l'existence d'une forte présomption générale en faveur de l'accès aux dossiers judiciaires. Il a affirmé, à la p. 184:

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent ou à réduire l'efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime.

Il a mentionné ensuite la nécessité d'une évaluation contextuelle pour décider de l'opportunité d'accorder l'accès dans des cas donnés. Ayant évoqué le droit général d'examiner et de copier les dossiers publics, dont jouissent les Américains, il ajoute, à la p. 183:

En raison du petit nombre de décisions judiciaires, il est difficile, et probablement peu sage, de vouloir donner une définition exhaustive du droit de consulter les dossiers judiciaires ou une délimitation précise des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il faut en permettre la consultation. La question qui nous est soumise est limitée aux mandats de perquisition et aux dénonciations. La solution de cette question me paraît dépendre de plusieurs grands principes généraux, notamment le respect de la vie privée des particuliers, la protection de l'administration de la justice, la réalisation de la volonté du législateur de faire du mandat de perquisition un outil efficace dans la détection du crime et, enfin, d'un principe cardinal d'intérêt public qui consiste à favoriser la «transparence» des procédures judiciaires.

En insistant sur la nécessité d'assurer la transparence des procédures judiciaires, le juge Dickson a fait remarquer, à la p. 185:

It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings.

B. *Some General Policy Considerations*

It is important that the public have confidence in the workings and proceedings of the courts. There can be a cathartic effect to a criminal trial. When a serious crime has been committed, the community quite naturally is outraged. In earlier times that sense of outrage sometimes led to vengeful acts which triggered a chain of violent action and reaction and occasionally led to mob violence. The criminal trial has pre-empted violence by providing an outlet and a means of sublimating the community's sense of outrage at the commission of a serious crime. It provides both a stage and a forum whereby the alleged crime can be explored and, if the accused is found to be guilty, the appropriate penalty imposed. An open trial process demonstrates to all, whether the family of the victim, the family of the accused, or the members of the community in general, that the entire criminal process has been conducted fairly and that those accused of crimes have been dealt with justly.

To operate effectively, the criminal law must have the support of the community. The public has traditionally, and very properly, had a compelling interest in the criminal trial process. In simpler days gone by, a significant segment of the community could attend criminal proceedings. Those who were present could and did advise their families and friends as to the nature of those proceedings. The process was, in the truest sense of the term, open to the public.

Obviously times have changed. Courtroom space is limited. Even if it were not, it is impossible for most members of the community to attend in court no matter how much they might wish to do so. Obligations to work and family make attendance impossible. The public is now represented by members of the media who are, in a very practical sense, the proxies of the community at the trial process. This has been

Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclut le public des procédures judiciaires.

B. *Quelques considérations générales d'ordre public*

Il importe que le public ait confiance dans le fonctionnement et dans les procédures des tribunaux. Un procès criminel peut avoir un effet cathartique. La perpétration d'un crime grave suscite, tout naturellement, l'indignation de la collectivité. Il fut un temps où cette indignation conduisait parfois à des actes de vengeance qui, à leur tour, déclenchaient une suite d'actions et de réactions violentes, et, dans certains cas, aboutissaient à des attroupements violents. Le procès criminel pare à la violence en fournissant à la collectivité un moyen de sublimer l'indignation que lui fait ressentir la perpétration d'un crime grave. Au procès, le crime imputé à l'accusé peut être examiné et, si ce dernier est reconnu coupable, la peine appropriée peut lui être infligée. La publicité du procès démontre à tous, que ce soit à la famille de la victime, à celle de l'accusé ou à la collectivité en général, que, du début à la fin, le processus criminel a été équitable et qu'on a été juste envers les inculpés.

L'efficacité du droit criminel dépend du soutien de la collectivité. Or le public a traditionnellement, à fort juste titre d'ailleurs, montré un vif intérêt pour le déroulement des procès criminels. À une époque plus simple, maintenant révolue, il était possible à une tranche importante de la collectivité d'assister aux procédures criminelles. Ceux qui y étaient présents pouvaient mettre leur famille et leurs amis au courant de la nature de ces procédures, et c'est ce qu'ils faisaient. Il s'agissait en fait d'un processus public dans toute la force du terme.

De toute évidence les choses ont changé. L'espace dans les salles d'audience est limité. Même s'il n'en était pas ainsi, la plupart des gens se trouveraient dans l'impossibilité d'assister à l'audience quand bien même ils le voudraient. Obligations de travail et obligations familiales concourent à rendre leur présence impossible. Donc, le public est représenté aujourd'hui par les médias qui, dans un sens très con-

recognized by reserving a special place for members of the press in most courtrooms.

The public has accepted the media as their representatives at the unfolding of the criminal process. However, it necessarily follows that the modern community must rely upon the media for a fair and accurate depiction of the proceedings in order to facilitate the public right to comment on and criticize that process. This simply cannot be done without the degree of openness which would provide the media with full access to court documents, records and exhibits. The more barriers that are placed in the way of access, the more suspect the proceedings become and the greater will be the irrational criticism of the process. It is through the press that the vitally important concept of the open court is preserved.

The open court principle has been clearly recognized by this Court in previous decisions. As noted above, the *MacIntyre* case, *supra*, emphasized the importance of public scrutiny of the courts. More recently, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, I discussed the open court principle in the context of the s. 2(b) *Charter* right to freedom of expression. I stated at p. 1339:

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

With regard to the role which the media play in advancing this principle, the following appears at p. 1340:

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 infor-

cret, se substituent à la collectivité pendant le déroulement du procès. Ce phénomène est maintenant reconnu et une place spéciale est réservée aux membres de la presse dans la plupart des salles d'audience.

Le public a accepté les médias comme ses représentants au cours du processus criminel. D'où il s'ensuit nécessairement, toutefois, que la collectivité moderne doit se fier aux médias pour un compte rendu juste et exact des procédures qui facilitera l'exercice du droit du public de commenter et de critiquer ce processus. Cela n'est simplement pas faisable sans un degré de transparence qui donne aux médias la possibilité de consulter sans restriction les documents, les dossiers et les pièces déposés auprès de la cour. Plus il y a d'obstacles à la consultation, plus les procédures sont suspectes et plus nombreuses seront les critiques irrationnelles du processus. C'est la presse qui assure le maintien du principe cardinal de la transparence des procédures judiciaires.

La notion de la transparence des procédures judiciaires a été clairement reconnue dans la jurisprudence de notre Cour. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, l'arrêt *MacIntyre*, précité, souligne l'importance de l'assujettissement des tribunaux à l'examen public. Plus récemment, dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, j'ai traité du principe de la transparence des procédures judiciaires dans le contexte de la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*. J'y ai dit, à la p. 1339:

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public.

Au sujet du rôle joué par les médias dans l'application de ce principe, on peut lire ce qui suit, à la p. 1340:

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

mation. 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.

Although these remarks were made in the *Charter* context, the underlying principles are of general application and import in a democratic society. The rationale of the open court principle is important to the balancing exercise whether under the *Charter* or, as in the present case, at common law.

Appeals are the natural and frequent continuation of the criminal trial process. What is the community to make of a situation where an accused has been found guilty and the decision reversed by a court of appeal? No matter how right and proper that appellate decision may be, it will always be difficult for a community to accept. These difficulties will be magnified if the appellate court decision is based upon material which is not made accessible to the public's representative, the media.

Therefore, like the criminal trial, the criminal appeal should be as open as possible. The media, as the public's representative, should have access to all the exhibits which are part of the appeal proceedings and which may form the basis for the appellate court's decision. There can be no confidence in the criminal law process unless the public is satisfied with all court proceedings from the beginning of the process to the end of the final appeal. Of the three levels of government, it is the courts above all which must operate openly. While what is done in secret is forever suspect, what is done openly, whether susceptible to praise or condemnation, is more likely to meet with acceptance. There cannot be reasonable comment or criticism unless all aspects of the proceedings are known to the public.

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.

Quoique ces observations se placent dans le contexte de la *Charte*, les principes sous-jacents sont d'application et d'importance générales dans une société démocratique. La raison d'être du principe de la transparence des procédures judiciaires est importante pour l'évaluation qui doit être faite, que ce soit sous le régime de la *Charte* ou, comme c'est le cas en l'espèce, en vertu de la common law.

Les appels représentent le prolongement naturel et fréquent du déroulement du procès criminel. Or, que doit penser la collectivité d'une situation où un accusé a été reconnu coupable et où un tribunal d'appel écarte ce verdict de culpabilité? Pour juste et fondée que puisse être cette décision du tribunal d'appel, la collectivité aura toujours de la difficulté à l'accepter et cette difficulté s'accroîtra si la décision du tribunal d'appel repose sur des pièces qui n'ont pas été communiquées aux représentants du public, à savoir les médias.

Donc l'appel criminel, tout comme le procès criminel, doit présenter la plus grande transparence possible. Les médias, en leur qualité de représentants du public, doivent avoir accès à toutes les pièces qui font partie des procédures d'appel et qui peuvent constituer le fondement de la décision du tribunal d'appel. Le public n'aura confiance dans le processus du droit criminel que s'il est satisfait de la totalité des procédures judiciaires, du commencement du processus jusqu'à la fin du dernier appel. Plus encore qu'aux deux autres branches du gouvernement, c'est aux tribunaux qu'il incombe de fonctionner publiquement. Tandis que tout ce qui se fait dans le secret demeure à jamais suspect, ce qui s'accomplit ouvertement, qu'il suscite louanges ou condamnation, sera plus probablement accepté. Des commentaires et des critiques raisonnables ne deviennent possibles que si le public est mis au courant de tous les aspects des procédures.

In the absence of some overriding principle, there should, in my view, be access to the tapes filed as exhibits at trial and on appeal. Particularly is this true in a situation such as the present where the issue of the admissibility of the tapes formed the very basis of the appeal court decision. Access is essential if the community is to continue to support and have confidence in the work of the courts, particularly in the criminal context. Let us see if there is any such overriding principle applicable in this case.

C. Should Access be Denied on the Grounds that the Tapes were Found to be Inadmissible?

In arguing that access to the tapes should be denied, Nugent emphasized that the tapes had been ruled inadmissible by the Court of Appeal as having been obtained in violation of his *Charter* and common law rights. Nugent argued that the tapes should not remain part of the public record after the Court of Appeal made "the very pointed rulings that resulted in their inadmissibility".

In the American case of *Criden, supra*, there was a question as to the admissibility of the tapes filed in evidence. Nevertheless, the Third Circuit Court of Appeals ruled that the public interest in access prevailed over the issue of admissibility. Noting that the right of access is based on the public's interest in seeing and knowing the events which actually transpired, the Court pointed out that it would be unduly restrictive of the right of access were it to be confined to evidence found to have been properly admitted. Only through access can the public reasonably consider and criticize the rulings of the court, including rulings as to admissibility. Therefore, it would appear that in the United States access to the tapes would not be denied simply because they were ruled inadmissible. The approach of the Third Circuit Court of Appeals seems eminently sound.

It is not without significance that in the case at bar the majority of the Court of Appeal indicated that there was nothing manifest on the videotape itself

J'estime qu'en l'absence de quelque principe impérieux qui commande le contraire, l'accès aux bandes magnétiques produites comme pièces au procès et en appel devrait être permis. Cela vaut particulièrement dans une situation comme celle qui se présente en l'espèce où la question de l'admissibilité des bandes magnétiques était à la base même de la décision du tribunal d'appel. L'accès est indispensable pour que la collectivité continue à soutenir les tribunaux et à avoir confiance en eux, surtout en matière pénale. Examinons donc s'il existe un tel principe impérieux qui s'applique en l'espèce.

C. L'accès aux bandes magnétiques devrait-il être refusé en raison de leur inadmissibilité?

À l'appui de son argument selon lequel l'accès aux bandes magnétiques devrait être refusé, Nugent a souligné que celles-ci avaient été jugées inadmissibles par la Cour d'appel puisqu'on les avait obtenues d'une manière qui violait les droits dont il jouissait tant aux termes de la *Charte* qu'en vertu de la common law. Les enregistrements, a fait valoir Nugent, ne devraient pas continuer à faire partie du dossier public, vu que la Cour d'appel [TRADUCTION] «a conclu catégoriquement à leur inadmissibilité».

Dans l'affaire américaine *Criden*, précitée, il a été question de l'admissibilité des bandes magnétiques produites en preuve. La Third Circuit Court of Appeals a décidé néanmoins que l'intérêt qu'avait le public à ce qu'il y ait communication l'emportait sur la question de l'admissibilité. Notant que le droit d'accès repose sur l'intérêt du public à voir et à savoir ce qui s'est en fait passé, la cour a fait remarquer que ce serait imposer des restrictions indues au droit d'accès que de le limiter à la preuve jugée avoir été admise régulièrement. C'est l'accès seulement qui permet au public d'examiner et de critiquer raisonnablement les décisions du tribunal, notamment celles concernant l'admissibilité. Il paraît donc qu'aux États-Unis l'accès aux bandes magnétiques ne serait pas refusé du seul fait de leur inadmissibilité. La position de la Third Circuit Court of Appeals me semble éminemment raisonnable.

Fait révélateur, en l'espèce la majorité des juges de la Cour d'appel ont indiqué que la bande vidéo ne contenait rien qui la rende manifestement inadmissi-

which would make it inadmissible; rather, it is what had transpired earlier which rendered it so. This contrasts with the situation with respect to some of the audio tapes which should clearly not have been admitted in view of the police conduct recorded on the tapes themselves. Apart from any question of prior police misconduct, a viewing of the videotape demonstrates that there is nothing in it that would cater to a morbid or prurient appetite. It is a measured, unemotional recounting of a killing. If anything to do with a murder case can be said to be unexceptional, this tape fits that description.

Should the issue of admissibility in itself prohibit access to the tapes? I think not. The media as the agent of the public ought to have access to the tapes and be able to make copies of them. The public has a right to know what was excluded by the appellate court and the reason for its exclusion. To prohibit access to all evidence which has been ruled inadmissible would permit the courts to operate in secret.

Although it is necessary and appropriate that rulings be made at the trial level as to what may be properly admitted for consideration by the triers of fact, the trial is now over. The principal issue in the Court of Appeal was the admissibility of the taped evidence. There should not be a priestly cult of the law whereby lawyers and judges exclusively determine those items of the appeal record which can be seen and heard by members of the public. What evidence is admitted or excluded usually determines the outcome of a trial. Appeal court decisions on this issue are important to the public. Anything that prevents light being shed upon the subject can only lead to dark suspicion of the process.

The ruling of the Court of Appeal was based to a large extent on the denial to Nugent of his *Charter* right to counsel. Section 24(2) of the *Charter* provides:

ble; l'inadmissibilité tenait plutôt aux événements antérieurs. Il en est autrement de certaines bandes audio, lesquelles n'auraient manifestement pas dû être admises en preuve compte tenu de la conduite policière qui y était enregistrée. Mise à part toute question d'une précédente inconduite policière, on constate au vu de la bande vidéo que celle-ci ne renferme rien qui soit susceptible de satisfaire des appétits morbides ou malsains. Elle relate de façon mesurée et calme la perpétration d'un homicide. Pour autant que quelque chose se rapportant à un meurtre puisse être qualifié de banal, c'est le cas de cette bande vidéo.

La question de l'admissibilité devrait-elle constituer comme telle un empêchement à l'accès aux bandes magnétiques? Je ne le crois pas. Les médias, en tant que représentants du public, devraient y avoir accès et pouvoir en faire des copies. Le public a le droit de savoir ce qu'a exclu le tribunal d'appel et le motif de l'exclusion. Interdire l'accès à tous les éléments de preuve qui ont été jugés inadmissibles serait permettre aux tribunaux de fonctionner dans le secret.

Il est certes nécessaire et convenable que le tribunal de première instance décide de ce qui peut être légitimement soumis à l'examen des juges des faits, mais le procès est maintenant terminé. La Cour d'appel a été saisie principalement de la question de l'admissibilité de la preuve enregistrée sur bande magnétique. Il ne faut pas que le droit s'enlise dans un éso­térisme où il appartiendrait exclusivement aux avocats et aux juges de décider quelles parties du dossier d'appel peuvent être vues et entendues par le public. L'issue d'un procès dépend normalement des éléments de preuve qui sont admis ou exclus. Les décisions rendues par un tribunal d'appel sur cette question sont importantes pour le public. Et tout ce qui empêche de jeter de la lumière là-dessus ne manquera pas d'éveiller de sombres soupçons à l'égard du processus.

La Cour d'appel a fondé son jugement en l'espèce dans une grande mesure sur le fait que Nugent a subi une atteinte au droit, garanti par la *Charte*, d'avoir recours aux services d'un avocat. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* dispose:

24. . . .

(2) Where . . . a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The importance of the *Charter* as the supreme law of the land cannot be denied. It follows as the night the day that the public has a right to know what courts consider to be evidence which is so unacceptable that its admission would bring the administration of justice into disrepute. The public should be able to comment on and, if appropriate, to criticize the court's position on that issue. It is a matter of public importance, interest and concern.

In this case, judicial opinion differed on the issue of admissibility. The trial judge admitted all the tapes. Four members of the Court of Appeal held all of the tapes to be inadmissible. The dissenting member of the court would have admitted the videotape and most of the audio tapes. This diversity of views on the issue of admissibility further supports the case for access, since the public is entitled to know the actual evidence that was the subject of differing judicial opinion. I therefore conclude that the fact that the tapes were ruled inadmissible should not constitute a bar to their accessibility by the media. The public has a right to know what was ruled admissible and the reason for that ruling.

D. *Did the Production and Playing of the Tapes in Open Court Satisfy the Common Law Right to Access?*

It was argued that the production and playing of the tapes during the trial satisfied the common law right of access and the underlying open court principle.

It may be that in some cases the production of audio or video tapes in open court would satisfy the

24. . . .

(2) Lorsque [...] le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'importance de la *Charte* en tant que loi suprême du pays ne fait aucun doute. Il s'ensuit inéluctablement que le public a le droit de savoir ce que les tribunaux considèrent comme des éléments de preuve tellement inacceptables que leur admission déconsidérerait l'administration de la justice. Le public devrait être en mesure de commenter et, le cas échéant, de critiquer la prise de position du tribunal sur ce point. Il s'agit là d'une question importante d'intérêt public.

En l'espèce, les opinions des tribunaux ont divergé sur la question de l'admissibilité. Le juge du procès a admis en preuve toutes les bandes magnétiques. Quatre membres de la Cour d'appel les ont toutes déclarées inadmissibles. Quant au juge dissident en Cour d'appel, il était d'avis d'admettre la bande vidéo et la plupart des bandes audio. Cette diversité d'opinions au sujet de l'admissibilité vient étayer davantage l'argument en faveur de l'accès puisque le public est en droit de savoir en quoi consistent au juste les éléments de preuve qui ont suscité des divergences d'opinions parmi les juges. Je conclus en conséquence que ce n'est pas parce que les bandes magnétiques ont été jugées inadmissibles que les médias ne devraient pas y avoir accès. Le public a le droit de savoir ce qui a été déclaré inadmissible et pour quelle raison.

D. *Le fait de produire les bandes magnétiques et de les passer en audience publique suffit-il pour respecter le droit d'accès découlant de la common law?*

On a soutenu que le droit d'accès découlant de la common law ainsi que le principe sous-jacent de la transparence des procédures judiciaires ont été respectés du fait que les enregistrements ont été produits et passés au cours du procès.

Il se peut que dans certains cas la production de bandes audio ou vidéo en audience publique suffise

public's right of access to those tapes. However, it cannot be forgotten that the ruling as to their inadmissibility determined the outcome of the appeal. So far as the community in which Nugent lived was concerned, he had been found guilty by a jury of his peers. The community and the public in general had a right to know the basis for the reversal of that decision by the Court of Appeal.

Surely the media cannot be faulted for not knowing at the time of trial what grounds of appeal might be raised or the issues upon which an appeal would be decided. Even experienced appellate counsel often raise additional legal issues that were not considered at trial. The media, on behalf of the public, are entitled to gain access to and copy the tapes which became the focal point of the appeal. It is neither fair nor reasonable to say that the media at trial should have recognized the legal issue or anticipated the centrality of the question of admissibility of the tapes on appeal and reported and commented on the tapes accordingly.

In my view, it cannot be said that the production of the tapes at trial satisfies the principle of open courts. The appellate proceeding must be as open as the trial. Court records and documents, including exhibits filed at trial which form part of the appeal record, should, as a general rule, be open to all. The fact that the tape has been played before should not weaken any claim for access. Indeed, the fact that the tape has been publicly viewed renders the privacy interest less compelling. The view expressed by the Third Circuit Court of Appeals in the *Criden* case, *supra*, is apposite (at p. 828):

Whatever the validity of the original ruling, the tapes were in fact admitted into evidence, their contents publicized, and the transcripts of the tapes released to the press. Thus, whatever privacy right defendants may

pour que soit respecté le droit du public à la communication de ces bandes. N'oublions pas toutefois que la conclusion à leur inadmissibilité a été déterminante en appel. En ce qui concernait la collectivité dont Nugent faisait partie, celui-ci avait été reconnu coupable par un jury composé de ses pairs. La collectivité et le public en général avaient le droit de connaître le fondement de l'infirmité de ce verdict par la Cour d'appel.

On ne peut certainement pas blâmer les médias de ne pas avoir su au moment du procès quels moyens d'appel pourraient être invoqués ou sur quelles questions un tribunal d'appel fonderait sa décision. Même les avocats expérimentés en matière d'appel soulèvent souvent de nouveaux points de droit qui n'ont pas été abordés au procès. Les médias, en tant que représentants du public, ont le droit de consulter et de copier les enregistrements dont il a été principalement question en appel. Il n'est ni juste ni raisonnable de prétendre que les médias présents au procès auraient dû discerner la question de droit ou prévoir l'importance capitale que revêtirait en appel la question de l'admissibilité des bandes magnétiques, et de dire que leurs reportages et commentaires sur les enregistrements auraient dû être conçus en conséquence.

Selon moi, on ne saurait affirmer que le principe de la transparence des procédures judiciaires est respecté dès lors que les bandes magnétiques sont produites au procès. Les procédures d'appel se doivent d'être tout aussi transparentes que le procès. Il faut en règle générale que les dossiers et documents judiciaires, y compris les pièces produites au procès qui font partie du dossier d'appel, soient accessibles à tous. Le fait que la bande ait déjà été passée ne devrait pas affaiblir une demande d'accès. De fait, l'intérêt que l'on peut avoir dans le respect de sa vie privée est d'autant moins concluant que la bande vidéo a déjà été vue en public. L'opinion exprimée par la Third Circuit Court of Appeals dans l'affaire *Criden*, précitée, est très pertinente à ce propos (à la p. 828):

[TRADUCTION] Indépendamment du bien-fondé de la décision initiale, les bandes magnétiques ont été en fait admises en preuve, leur contenu a été rendu public et des transcriptions ont été communiquées à la presse. Les

have claimed in such tapes is irretrievably lost, and if any remedy remains, it must perforce be confined to appellate action with regard to the underlying conviction.

Developments in Canada since 1982 have raised the common law right of access and the open court principle on which it is based to even greater prominence. With the advent of the *Charter of Rights and Freedoms*, courts are playing a far wider role in the affairs of all Canadians than ever before. The concepts of freedom of religion, freedom of expression and equality rights have been and will continue to be before the courts. With this widening judicial role, there is an increased public interest in judicial decisions and their effects. As a result, the principle of open courts has attained ever-greater significance. When the balancing of competing rights and interests is undertaken, due weight must be given to the added importance of open courts. What is done by the courts away from the clear light of public scrutiny fosters public suspicion, no matter how ill founded that suspicion might be. Suspicion nurtures the cancerous growth of mistrust which must, if possible, be avoided.

In this case, on balancing the privacy considerations of Nugent against the principle of open courts, the openness of the courts must prevail. This result is necessary to avoid ill-founded suspicion of the courts and to maintain public confidence in the administration of justice. It is openness which maintains both the integrity of the court system and public confidence in it. The preservation of that essential policy of openness must outweigh Mr. Nugent's privacy interest in the tapes which were already displayed to the public at the time of trial.

E. *Proprietary Interests*

Finally, my colleague has raised the issue of proprietary interests in exhibits. With respect, I am of the

défendeurs perdent donc à tout jamais tout droit au respect de la vie privée qu'ils auraient pu invoquer à l'égard de ces enregistrements et s'ils peuvent encore exercer un recours, celui-ci doit nécessairement se limiter à un appel contre le verdict de culpabilité.

Depuis 1982, le droit d'accès conféré par la common law ainsi que le principe de la transparence des procédures judiciaires sur lequel il repose ont pris encore plus d'importance au Canada. En effet, à la suite de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* les tribunaux jouent dans les affaires de tous les Canadiens un rôle plus grand que jamais. Ils ont eu, et continueront d'avoir, à se prononcer sur la liberté de religion, la liberté d'expression et les droits à l'égalité. Cet élargissement du rôle des tribunaux éveille chez le public un intérêt accru pour les décisions judiciaires et leurs effets. Par conséquent, l'importance du principe de la transparence des procédures judiciaires ne cesse de croître. D'où la nécessité, quand on soupèse les droits et les intérêts opposés, de prendre dûment en considération l'importance accrue de la transparence des procédures judiciaires. Tout ce que font les tribunaux en se dérochant au regard pénétrant du public engendre la suspicion du public, si mal fondée qu'elle puisse être. La suspicion favorise à son tour l'accroissement de ce cancer qu'est la méfiance. C'est là une conséquence à laquelle il faut, autant que possible, parer.

Quand on soupèse en l'espèce le droit de Nugent au respect de sa vie privée et le principe de la transparence des procédures judiciaires, c'est ce dernier principe qui doit l'emporter. Ce résultat s'impose pour éviter les suspicions mal fondées à l'égard des tribunaux et pour maintenir la confiance du public dans l'administration de la justice. C'est la transparence qui assure à la fois l'intégrité des tribunaux et la confiance du public en ceux-ci. Le maintien de cette politique essentielle de transparence prend nécessairement le pas sur le droit au respect de la vie privée revendiqué par M. Nugent à l'égard des enregistrements, lesquels ont déjà été rendus publics au cours du procès.

E. *Les droits de propriété*

En dernier lieu, mon collègue a soulevé la question des droits de propriété sur les pièces produites en

view that it does not arise in the present case. Regardless of the question of ownership of the audio and video tapes, the fact remains that the tapes were in the custody of the Supreme Court of Nova Scotia at the time the application for access was brought. Thus, it was entirely appropriate that a party seeking access apply to the court; indeed, this was the only manner a party seeking access could proceed. Once the application was made, the court was correct in retaining custody of the exhibits until the question of access was determined. Its right to do so flows from a court's supervisory and protecting power over its own records, as recognized by this Court in *MacIntyre, supra*. As a result, I am of the view that the question of proprietary interest in the tapes is irrelevant to the determination of the present appeal.

Conclusion

There can be no question that there must be a strong presumption in favour of openness to ensure judicial accountability. Certainly, it is clear that the right of access not only facilitates the openness of court processes, but also promotes and advances the constitutional values of freedom of expression. As a result, it is deserving of recognition and protection in appropriate instances, of which the present case is a prime example. Accordingly, I am of the view that access was properly granted in the present case.

The Discretionary Nature of the Order of the Trial Judge and Appellate Review of that Order

There is a further and independent basis for upholding the decision of the judge of first instance. Glube C.J.T.D. considered the matter fully before granting access to the tapes. She was well aware of the effect that the reproduction or broadcast of the tapes might have upon Nugent and specifically reserved the question of what use might be made of the tapes. Referring to the videotape, she stated that steps might be taken to protect the identity of Nugent. It was clearly implicit in her order that before any use

preuve. Avec égards, j'estime que cette question ne se pose pas en l'espèce. En effet, indépendamment de la question de la propriété des bandes audio et vidéo, il reste qu'elles se trouvaient sous la garde de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse au moment où la demande d'accès a été présentée. Il était donc tout à fait indiqué qu'une demande d'accès soit adressée à cette cour; c'était en fait la seule façon de procéder. Une fois saisie de la demande, la cour a eu raison de garder les pièces en attendant que soit tranchée la question de l'accès. Son droit d'agir de la sorte découle du pouvoir de surveillance et de protection que détient un tribunal à l'égard de ses propres dossiers, pouvoir qui a été reconnu par notre Cour dans l'arrêt *MacIntyre*, précité. Par conséquent, je suis d'avis que la question de l'existence d'un droit de propriété sur les bandes magnétiques n'a aucune pertinence aux fins de la décision à rendre dans le présent pourvoi.

Conclusion

La nécessité d'une forte présomption en faveur de la transparence des procédures judiciaires afin de rendre les tribunaux comptables de leurs actes ne fait aucun doute. Certes, il est évident que le droit d'accès sert non seulement à favoriser la transparence des procédures judiciaires, mais aussi à promouvoir les valeurs constitutionnelles inhérentes à la liberté d'expression. Ce droit mérite donc d'être reconnu et d'être protégé lorsque les circonstances l'exigent, ce qui est notamment le cas en l'espèce. Cela étant, j'estime que c'est à bon droit que l'accès a été accordé dans la présente instance.

La nature discrétionnaire de l'ordonnance du juge de première instance et l'examen de cette ordonnance par la Cour d'appel

Il y a une autre raison, distincte, qui milite en faveur de la confirmation de la décision du juge de première instance. Le juge en chef Glube de la Section de première instance a fait un examen approfondi de la question avant d'ordonner la communication des enregistrements. Bien consciente des conséquences que pouvait avoir pour Nugent la reproduction ou la diffusion de ceux-ci, elle s'est expressément abstenue de statuer sur la question de l'usage qu'on pouvait faire des bandes magnétiques.

could be made of the tapes, the matter was to come before her again once the media had gained access. Thus, the trial judge carefully considered the matter before exercising her discretion. I would note in passing that the question as to what steps might properly be taken to control the use of the tapes is not before this Court. The sole issue is the media's right of access to the tapes.

It is clear that an appellate court should not interfere with a discretionary order unless a significant error is revealed. In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Beetz J., speaking for the Court, quoted, at p. 155, with approval from the decision of the House of Lords in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. The latter case emphasized the limits imposed upon a court of appeal in substituting its own discretion for that of a motion judge granting an interlocutory injunction, even in situations where the appellate court has had the benefit of additional evidence. In that case Lord Diplock stated:

... it is I think appropriate to remind your Lordships of the limited function of an appellate court in an appeal of this kind. An interlocutory injunction is a discretionary relief and the discretion whether or not to grant it is vested in the High Court judge by whom the application for it is heard. On an appeal from the judge's grant or refusal of an interlocutory injunction the function of an appellate court, whether it be the Court of Appeal or your Lordships' House, is not to exercise an independent discretion of its own. It must defer to the judge's exercise of his discretion and must not interfere with it merely on the ground that the members of the appellate court would have exercised the discretion differently. The function of the appellate court is initially one of review only. It may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately

Au sujet de la bande vidéo, elle a dit que des mesures pourraient être prises pour assurer la protection de l'identité de Nugent. Il se dégage de façon clairement implicite de son ordonnance qu'avant qu'on ne puisse utiliser les bandes, la question devait lui être soumise de nouveau dès que les médias en auraient reçu la communication. Le juge de première instance a donc étudié la question attentivement avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Je signale en passant que notre Cour ne se trouve pas saisie de la question des mesures qu'il conviendrait de prendre pour contrôler l'utilisation des bandes magnétiques. L'unique question est celle du droit des médias d'avoir accès à ces bandes.

Il est évident qu'un tribunal d'appel ne devrait toucher à une ordonnance discrétionnaire que si une erreur grave a été relevée. Dans l'affaire *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz, parlant au nom de la Cour, a cité, à la p. 155, en l'approuvant un passage tiré de l'arrêt rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042. Ce dernier arrêt insiste sur la mesure limitée dans laquelle un tribunal d'appel peut substituer son propre pouvoir discrétionnaire à celui d'un juge des requêtes qui a accordé une injonction interlocutoire, même dans des cas où le tribunal d'appel a bénéficié d'éléments de preuve supplémentaires. Dans cet arrêt-là, lord Diplock a affirmé:

[TRADUCTION] ... je crois qu'il convient de rappeler à vos Seigneuries le rôle limité d'un tribunal d'appel dans un appel de ce genre. Une injonction interlocutoire est un redressement discrétionnaire et c'est le juge de la Haute Cour saisi de la demande visant à obtenir ce redressement qui détient le pouvoir discrétionnaire de l'accorder ou de ne pas l'accorder. Lorsque la décision du juge d'accorder ou de refuser une injonction interlocutoire est portée en appel, la tâche du tribunal d'appel, que ce soit la Cour d'appel ou cette Chambre, ne consiste pas à exercer un pouvoir discrétionnaire indépendant qui lui est propre. Ce tribunal doit déférer à la décision prise par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et ne doit pas modifier cette décision simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment. Au départ, le tribunal d'appel n'a qu'une fonction de révision. Il peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette

have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or on the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it. It is only if and after the appellate court has reached the conclusion that the judge's exercise of his discretion must be set aside for one or other of these reasons that it becomes entitled to exercise an original discretion of its own.

I can find no error that would justify setting aside the order of Glube C.J.T.D. Indeed, in my view, the decision in *MacIntyre*, *supra*, would lead to the conclusion that Glube C.J.T.D. was correct in the order which she granted.

Summary

There is a common law right of access to judicial records and this right includes the opportunity to inspect and to copy such records.

It is not necessary in this case to consider whether that right is guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Nevertheless, the right of access plays an important role in promoting openness of the courts and accountability of the judiciary, and clearly advances the values enshrined in s. 2(b) of the *Charter*.

There is a very strong presumption in favour of access. That presumption must be balanced against other important rights and interests.

The balancing exercise must be conducted on a case-by-case basis. Any order made with regard to

décision repose sur une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre. Ce n'est que si le tribunal d'appel a conclu que la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire doit être écartée pour l'une ou l'autre raison susmentionnée qu'il est autorisé à exercer son propre pouvoir discrétionnaire.

Je ne puis trouver aucune erreur de nature à justifier l'annulation de l'ordonnance du juge en chef Glube. Il me semble en fait, suivant l'arrêt *MacIntyre*, précité, que l'ordonnance rendue par le juge en chef Glube était bien fondée.

Résumé

Il existe en common law un droit de consulter les dossiers judiciaires, et la possibilité d'examiner et de copier ces dossiers en fait partie.

Point n'est besoin en l'espèce de se demander s'il s'agit là d'un droit garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. Le droit d'accès joue néanmoins un rôle important en ce qu'il favorise la transparence des procédures judiciaires et rend les juges plus comptables de leurs actes. Il sert en outre, de toute évidence, à promouvoir les valeurs consacrées à l'al. 2b) de la *Charte*.

Il existe une très forte présomption en faveur de l'accès, laquelle est à soupeser avec d'autres droits et intérêts importants.

Ce dernier exercice doit se faire cas par cas. L'ordonnance rendue en matière d'accès revêt un caract-

access is discretionary. If access is to be denied, the trial court should outline the opposing interests which have been deemed sufficient to overcome the strong presumption in favour of the common law right of access.

In considering and balancing the right of Nugent to privacy, it must be remembered that Nugent has undergone a trial and the tapes were played in public. In those circumstances the right to privacy, although it always must be taken into account, is of less weight than it would be had the tapes never been played. Further, the importance of the openness of the courts and judicial accountability weighs heavily in favour of access in the present case.

Appellate deference should be accorded to the discretionary order of the trial judge concerning access. See *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, *supra*.

Disposition

The trial judge's decision to grant access in this case is reasonable and should be upheld. In the result, I would allow the appeal and restore the order of the judge of first instance.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Boyne, Clarke, Dartmouth.

Solicitor for the respondent the Prothonotary of the Supreme Court of Nova Scotia at Halifax: The Department of the Attorney General, Halifax.

Solicitors for the respondent Nugent: Coady, Filliter, Halifax.

Solicitors for the intervener: Gordon, Strathy & Henderson, Ottawa.

tère discrétionnaire. S'il refuse d'accorder l'accès, le tribunal de première instance devrait indiquer les intérêts opposés qui ont été jugés suffisants pour l'emporter sur la forte présomption en faveur du droit d'accès découlant de la common law.

Quand on examine et qu'on soupèse le droit de Nugent au respect de sa vie privée, il faut se rappeler que ce dernier a subi un procès et que les bandes magnétiques ont été passées en public. Dans ces circonstances, le droit au respect de la vie privée, bien qu'il doive toujours être pris en considération, pèse moins lourd qu'il ne le ferait dans l'hypothèse où les bandes n'auraient jamais été passées. En outre, l'importance de la transparence des procédures judiciaires et de l'obligation des juges de rendre compte de leurs actes milite fortement en faveur de la communication en l'espèce.

Il convient que le tribunal d'appel fasse preuve de retenue à l'égard de l'ordonnance discrétionnaire en matière d'accès rendue par le juge de première instance. Voir l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, précité.

Dispositif

La décision du juge de première instance d'accorder l'accès en l'espèce est raisonnable et doit être maintenue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du premier juge.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, CORY et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Boyne, Clarke, Dartmouth.

Procureur de l'intimé le protonotaire de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à Halifax: Le ministère du Procureur général, Halifax.

Procureurs de l'intimé Nugent: Coady, Filliter, Halifax.

Procureurs de l'intervenante: Gordon, Strathy & Henderson, Ottawa.