

**Toronto Star Newspapers Ltd., Canadian Broadcasting Corporation, Associated Press and CTV Television Inc.** *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada and A.A.** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**F.A., S.A., Qayyum Abdul Jamal, A.M.D., S.V.C. and Ahmad Mustafa Ghany** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Alberta, N.S. (being a Young Person within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act*), N.Y. (being a Young Person within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act*), Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists and Canadian Association of Journalists** *Interveners*

- and -

**Canadian Broadcasting Corporation, Edmonton Journal, a Division of CanWest MediaWorks Publications Inc., CTV Television Inc. and Bell Globemedia Publishing Inc., carrying on business as The Globe and Mail** *Appellants*

and

**Edmonton Sun, a Division of Sun Media Corporation** *Appellant*

v.

**Toronto Star Newspapers Ltd., Société Radio-Canada, Associated Press et CTV Television Inc.** *Appelantes/Intimées au pourvoi incident*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et A.A.** *Intimés/Appelants au pourvoi incident*

et

**F.A., S.A., Qayyum Abdul Jamal, A.M.D., S.V.C. et Ahmad Mustafa Ghany** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général de l'Alberta, N.S. (un adolescent au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*), N.Y. (un adolescent au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*), Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques et Association canadienne des journalistes** *Intervenants*

- et -

**Société Radio-Canada, Edmonton Journal, une division de CanWest MediaWorks Publications Inc., CTV Television Inc. et Bell Globemedia Publishing Inc., faisant affaire sous le nom de The Globe and Mail** *Appellants*

et

**Edmonton Sun, une division de Sun Media Corporation** *Appellant*

c.

**Her Majesty The Queen and Michael James White** *Respondents*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v. CANADA**

**2010 SCC 21**

File Nos.: 33085, 32865.

2009: November 16; 2010: June 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR ONTARIO AND ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Reasonable limits — Publication ban — Media organizations challenging constitutionality of statutory mandatory publication ban on bail hearing information — Whether mandatory ban justifiable infringement of freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 517.*

Under s. 517 of the *Criminal Code*, a justice of the peace is required, if an accused applies for one, to order a publication ban that applies to the evidence and information produced, to the representations made at a bail hearing and to any reasons given for the order. In the context of two high profile cases — a murder case in Alberta and an Ontario case involving terrorism-related offences — a number of media organizations challenged the constitutionality of the mandatory aspect of the publication bans, contending the provision is an unjustifiable violation of freedom of expression guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the Alberta case, the media's application was allowed, but the Court of Appeal set aside that decision and upheld the constitutional validity of s. 517. The court concluded that the mandatory ban, while it infringes freedom of expression, merely defers publication and that

**Sa Majesté la Reine et Michael James White** *Intimés*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. c. CANADA**

**2010 CSC 21**

N<sup>os</sup> du greffe : 33085, 32865.

2009 : 16 novembre; 2010 : 10 juin.

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

EN APPEL DES COURS D'APPEL DE L'ONTARIO ET DE L'ALBERTA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Limites raisonnables — Interdiction de publication — Médias contestant la constitutionnalité d'une interdiction impérative de publication prévue par la loi visant les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire — L'interdiction impérative constitue-t-elle une atteinte raisonnable à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 517.*

L'article 517 du *Code criminel* prévoit le prononcé par un juge de paix d'une interdiction impérative de publication, sur demande d'un accusé, interdiction visant la preuve et les renseignements produits lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire, ainsi que les observations faites et les raisons données à l'appui de l'ordonnance. Dans deux affaires médiatisées — une affaire de l'Alberta portant sur un meurtre et une affaire de l'Ontario portant sur des infractions relatives au terrorisme — un grand nombre de médias ont contesté la constitutionnalité du caractère impératif des interdictions de publication, faisant valoir que la disposition constitue une atteinte injustifiée à la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'affaire albertaine, la demande des médias a été accueillie, mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement et a confirmé la constitutionnalité de l'art. 517.

the values of protecting fair access to bail and the right to a fair trial were benefits which outweighed the deleterious effects of the restrictions on freedom of expression. In the Ontario case, the media's application was dismissed. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the media's appeal in part, finding that s. 517 was overbroad and read the provision down to exclude from the ban any cases in which the charges would not be tried by a jury. The dissenting judge would have declared the part of s. 517 relating to the mandatory ban to be invalid.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeals should be dismissed and the cross-appeal in the Ontario case should be allowed. The constitutionality of s. 517 of the *Criminal Code* should be upheld.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Whether a discretion exists to issue a publication ban is not determinative of the validity of a limit on freedom of expression. The *Dagenais/Mentuck* test was not meant to apply to all limits on freedom of expression; rather, it was designed for and applies to discretionary orders. The validity of a statutory mandatory ban, such as the one at issue, must be determined by conducting an analysis based on the *Oakes* test. Bans are sometimes necessary, and whether they are justified depends on the context. The s. 517 mandatory publication ban is but one of numerous interrelated measures adopted as part of a sweeping reform of the rules on bail resulting from the 1969 Report on criminal justice and corrections. This Report recommended new rules to protect accused persons from the effects of pre-trial incarceration and unsatisfactory conditions of detention, and to ensure that they were not punished at a time when they should be presumed innocent.

While the statutory mandatory publication ban limits freedom of expression, that limit can be justified in a free and democratic society. In adopting the various components of the bail reform and, more particularly, the mandatory ban, Parliament's objectives were to ensure expeditious bail hearings and to safeguard the right to a fair trial. These objectives, which are undeniably pressing and substantial, were to be achieved by establishing a process that facilitated early release of an accused in order to mitigate the harshness of his or

La cour a conclu que l'interdiction impérative de publication, bien qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression, ne fait que différer la publication et que promouvoir les valeurs sous-tendant la préservation de l'accès à une libération sous caution équitable et à un procès équitable offrait des avantages surpassant les effets préjudiciables des restrictions sur la liberté d'expression. Dans l'affaire ontarienne, la demande des médias a été rejetée. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a accueilli en partie l'appel interjeté par les médias, jugeant que l'art. 517 avait une portée excessive et a procédé à une lecture atténuée de la disposition de façon à exclure de l'interdiction les cas où les accusations ne seraient pas jugées devant un jury. Le juge dissident aurait invalidé le caractère impératif de l'art. 517.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Les pourvois sont rejetés et le pourvoi incident dans l'affaire ontarienne est accueilli. La constitutionnalité de l'art. 517 du *Code criminel* est confirmée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : Le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une interdiction de publication n'est pas le facteur qui détermine la validité d'une limite à la liberté d'expression. Le test *Dagenais/Mentuck* n'était pas censé s'appliquer à toutes les limites à la liberté d'expression. Il était plutôt destiné à s'appliquer aux ordonnances discrétionnaires. Le juge doit décider du sort réservé aux interdictions impératives créées par la loi, comme celle qui nous occupe en l'espèce, en procédant à une analyse fondée sur le test de l'arrêt *Oakes*. L'interdiction est parfois nécessaire et sa justification dépend du contexte. L'interdiction impérative de publier prévue à l'art. 517 n'est qu'une des nombreuses mesures interdépendantes qui ont été adoptées dans le cadre de la réforme en profondeur des règles sur la mise en liberté sous caution issues du rapport de 1969 sur la justice pénale et la correction. Le rapport recommandait l'adoption de nouvelles règles visant à protéger les accusés des effets de l'incarcération avant le procès et des conditions de détention insatisfaisantes ainsi qu'à empêcher de punir les personnes présumées innocentes.

Bien que l'interdiction impérative de publication prévue par la loi limite la liberté d'expression, la justification d'une telle limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En adoptant les divers éléments de la réforme de la mise en liberté sous caution, et plus particulièrement, l'interdiction impérative, les objectifs du législateur consistaient à assurer la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement et à préserver le droit à un procès équitable. L'atteinte de ces objectifs, indéniablement urgents et réels, exigeait d'établir un

her interaction with the criminal justice system, limit the stigma as far as possible, and ensure that the trier of fact remains impartial.

When asking whether the mandatory publication ban is rationally connected to the objectives, the Court must consider other measures which might be linked to or even dependent on the ban. In this case, the mechanisms in place are closely linked and a rational connection can clearly be found in the interplay between the various components of the bail reform rules. They illustrate the expeditious nature of the bail hearing and the ultimate objective of safeguarding the right to a fair trial. The ban prevents dissemination of evidence which, for the sake of ensuring an expeditious hearing, is untested for relevance or admissibility.

The mandatory publication ban also meets the requirements of the minimal impairment stage of the *Oakes* test. If a publication ban hearing were to be held instead, an additional burden would be placed on the accused at a time when he or she may be overwhelmed by the criminal process, and may not have been able to consult his or her counsel of choice. Accused should be devoting their resources and energy to obtaining their release, not to deciding whether to compromise liberty in order to avoid having evidence aired outside the courtroom. In light of the delay and the resources which a publication ban hearing would entail, and of the prejudice which could result if untested evidence were made public, it would be difficult to imagine a measure capable of achieving Parliament's objectives that would involve a more limited impairment of freedom of expression. Adding issues unrelated to the release of the accused to the bail hearing would require the consideration of matters extraneous to the bail process and could have a domino effect on other bail hearings in the same forum, thereby delaying the administration of justice. Moreover, the mandatory publication ban provided for in s. 517 is not an absolute ban either on access to the courts or on publication. The provision only prohibits the publication of evidence adduced, information given, representations made, and reasons given by the justice at a bail hearing. The media can publish the identity of the accused, comment on the facts and the offence with which the accused has been charged and for which the bail application has been made, and report on the outcome of the application. Journalists are also not prevented from informing the public of the legal conditions attached to the accused's release. The temporary nature of the ban is another important factor. The ban ends when the accused is discharged after a preliminary

mécanisme qui faciliterait la libération rapide de l'accusé afin d'atténuer la dureté de son contact avec le système de justice pénale, de limiter le plus possible la stigmatisation et de s'assurer de l'impartialité du juge des faits.

Lorsqu'on se demande si l'interdiction impérative de publication a un lien rationnel avec les objectifs, l'examen doit tenir compte d'autres mesures qui pourraient être liées à l'interdiction, voire dépendre d'elle. En l'espèce, les mécanismes en place sont intimement liés et le lien rationnel est clairement établi par la corrélation entre les divers éléments de la réforme des règles sur la mise en liberté sous caution. Ils font ressortir le caractère expéditif de l'enquête sur remise en liberté provisoire et l'objectif ultime de préserver l'équité du procès. L'interdiction empêche la dissémination des éléments de preuve qui, pour que l'audience se déroule rondement, ne sont pas contestés sur le plan de la pertinence ou de la recevabilité.

L'interdiction impérative de publication respecte également le volet de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes*. Si une audience relative à l'interdiction devait être tenue, l'accusé se verrait imposer un fardeau additionnel au moment où il pourrait être submergé par le processus pénal et ne pas avoir consulté l'avocat de son choix. Il devrait consacrer ses ressources et son énergie à sa libération et non à décider s'il devrait compromettre sa liberté afin d'éviter que la preuve produite soit diffusée en dehors de la salle d'audience. Compte tenu des délais et des ressources engendrés par une audience relative à l'interdiction de publication, combinés au préjudice pouvant découler de la publication d'éléments de preuve qui n'ont été soumis à aucun examen, il serait difficile de concevoir une mesure qui pourrait à la fois respecter les objectifs du législateur et moins empiéter sur la liberté d'expression. Soulever à l'enquête sur remise en liberté provisoire d'autres questions qui ne sont pas liées à la libération de l'accusé reviendrait à mettre en jeu des considérations étrangères au processus de mise en liberté sous caution et risquerait de provoquer un effet domino sur d'autres demandes relatives à la mise en liberté sous caution qui sont instruites devant le même tribunal, ce qui aurait pour effet de retarder l'administration de la justice. En outre, l'interdiction impérative de publication prévue à l'art. 517 ne constitue pas une interdiction totale d'accès aux tribunaux ou de publication d'information. La disposition interdit uniquement la publication de la preuve produite, des renseignements fournis, des observations faites et des motifs exposés par le juge de paix lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire. Les médias peuvent publier l'identité de l'accusé, formuler des commentaires sur les faits ainsi que sur l'infraction dont l'accusé a été inculpé et à l'égard de laquelle une demande de mise en liberté sous caution a été présentée,

inquiry or at the end of the trial. In essence, it applies only with respect to the bail process, and the information it covers can eventually be made public once more complete information produced in accordance with the standards applicable to criminal trials is available. Although information revealed at the bail hearing may no longer be newsworthy by the time the media can release it, the ban cannot be said to impair freedom of expression more than is necessary. The ban may make journalists' work more difficult, but it does not prevent them from conveying and commenting on basic, relevant information.

Finally, the mandatory ban has several salutary effects. The ban limits the deprivation of the accused's liberty by confining the issues at the hearing to those specifically related to bail, thereby avoiding undue delay and permitting accused persons to focus their energy and resources on their liberty interests rather than on their privacy interests. The ban also ensures that the public will not be influenced by untested, one-sided and stigmatizing information bearing on issues that are often irrelevant to guilt. The deleterious effects of the publication ban, however, should not be downplayed. The ban prevents full public access to, and full scrutiny of, the criminal justice process. Moreover, the bail hearing may attract considerable media attention and its outcome may not be fully understood by the public. In such cases, the media would be better equipped to explain the judicial process to the public if the information they could convey were not restricted. Nonetheless, on balance, the deleterious effects of the limits on the publication of information are outweighed by the need to ensure certainty and timeliness, to conserve resources, and to avert the disclosure of untested prejudicial information — in other words, to guarantee as much as possible trial fairness and fair access to bail. While not a perfect situation, the mandatory ban represents a reasonable compromise.

*Per* Abella J. (dissenting): The mandatory ban in s. 517 of the *Criminal Code* is not a justified infringement of freedom of expression because it does not meet the proportionality requirement between the measure's

ainsi que faire connaître l'issue de la demande. Les médias ne sont pas non plus empêchés d'informer le public des conditions légales rattachées à la mise en liberté de l'accusé. Le fait que l'interdiction soit temporaire constitue un autre facteur important. Elle prend fin à la suite de la libération à l'enquête préliminaire ou à la fin du procès. Essentiellement, l'interdiction ne concerne que le processus de mise en liberté sous caution et tous les renseignements qu'elle vise pourront en définitive être rendus publics, lorsque des renseignements plus complets produits conformément aux normes applicables aux procès criminels seront connus. Bien que les renseignements révélés à l'enquête sur remise en liberté provisoire puissent ne plus être dignes d'intérêt lorsque les médias sont autorisés à les diffuser, on ne peut prétendre que l'interdiction porte atteinte à la liberté d'expression plus que cela ne soit nécessaire. L'interdiction peut compliquer le travail des médias, mais ils ne sont pas empêchés de communiquer des renseignements élémentaires pertinents et de les commenter.

Enfin, l'interdiction impérative a plusieurs effets bénéfiques. Elle restreint l'atteinte à la liberté de l'accusé en limitant les questions durant l'enquête à ce qui est pertinent pour la mise en liberté sous caution, ce qui permet d'éviter les retards indus et permet à l'accusé de concentrer son énergie et ses ressources sur son droit à la liberté plutôt que sur son droit à la vie privée. Elle évite aussi que le public ne soit influencé par des renseignements non vérifiés, unilatéraux et stigmatisants portant sur des questions souvent non pertinentes en ce qui a trait à la culpabilité. Cependant, il ne faut pas minimiser les effets néfastes de l'interdiction de publication. Elle empêche le public d'accéder pleinement au système de justice pénale et d'en faire l'examen approfondi. Qui plus est, il se pourrait que l'audience relative au cautionnement suscite un intérêt considérable auprès des médias et que son issue ne soit pas parfaitement comprise par le public. En pareils cas, les médias seraient mieux en mesure d'expliquer le processus judiciaire au public si les renseignements qu'ils pouvaient divulguer n'étaient pas limités. Néanmoins, tout bien considéré, les effets préjudiciables des limites imposées à la publication des renseignements cèdent le pas à la nécessité d'assurer certitude et opportunité, de préserver les ressources et de prévenir la divulgation de renseignements préjudiciables non vérifiés — autrement dit, cèdent le pas à l'équité du procès et à un accès équitable à une mise en liberté sous caution. Même si la solution n'est pas parfaite, l'interdiction impérative représente un compromis raisonnable.

*La* juge Abella (dissidente) : L'interdiction impérative prévue à l'art. 517 du *Code criminel* constitue une atteinte injustifiée à la liberté d'expression parce qu'elle ne satisfait pas au critère de la proportionnalité entre ses

deleterious and salutary effects. The appropriate remedy is to sever the mandatory aspect of s. 517 and leave in place the discretion to order a publication ban.

Preventing disclosure of a judge's reasons and of any information at a bail hearing until the trial is complete, a chronology which can take years to unfold, has the effect, for all but the handful of people who are present in the courtroom, of denying access to information surrounding a key aspect of the criminal justice system — the decision whether or not to release an accused back into the community pending his or her trial. This denial is a profound interference with the open court principle. The harm of that interference is not outweighed by the benefits of a mandatory ban — the reduction in pre-trial publicity and delay. Each of these concerns can largely be attenuated, and neither is sufficiently significant to represent a serious infringement of fair trial rights. Remedies such as a partial ban, challenges for cause, or a change of venue if there is a sufficient risk of prejudice can address speculative concerns over pre-trial publicity, and the ability of a properly instructed jury in a criminal trial to disregard irrelevant evidence should also be taken into account. Moreover, in the absence of automatic notice to the media, to which they are not entitled, there will be, in the overwhelming number of cases, no undue delay caused by a discretionary ban. Those few cases where the media is most likely to contest a ban are those which have a higher profile. However, the desirability of a universal mandatory ban should not be judged on its effectiveness for a small percentage of cases.

Public confidence in the justice system requires relevant information delivered in a timely way. A mandatory ban on the evidence heard and the reasons given in a bail application is a ban on the information when it is of most concern and interest to the public. Restrictions on the release of such information are only justified if their benefits outweigh their detrimental impact. Given that the salutary effects of the ban under s. 517 are not proportional to the harmful effects flowing from the infringement of the open court principle, the mandatory aspect of s. 517 should be struck out.

effets préjudiciables et ses effets bénéfiques. La réparation appropriée consiste à retrancher l'élément impératif de l'art. 517, tout en laissant intact le pouvoir discrétionnaire d'imposer une interdiction de publication.

L'interdiction de divulguer les motifs du juge et tout renseignement obtenu dans le cadre de l'enquête sur la remise en liberté provisoire avant que le procès soit terminé, ce qui peut prendre des années, empêche quiconque, mis à part la poignée de personnes présentes dans la salle d'audience, d'avoir accès aux renseignements qui touchent un aspect essentiel du système de justice criminelle — soit la décision de relâcher ou non l'accusé dans la collectivité jusqu'à son procès. Il s'agit là d'une atteinte grave au principe de la publicité des débats judiciaires. Le préjudice découlant de cette atteinte l'emporte sur les avantages d'une interdiction impérative — la réduction du délai et de la publicité donnée à l'affaire avant le procès. Les retards et cette publicité peuvent être atténués en grande partie et ne portent pas une atteinte suffisamment grave aux droits à un procès équitable. Des mesures telles que l'interdiction partielle de publication, la récusation motivée ou le changement du lieu du procès si le risque de préjudice le justifie offrent des solutions aux problèmes hypothétiques liés à la publicité avant le procès. Il faut aussi prendre en compte la capacité d'un jury ayant reçu des directives appropriées à écarter les éléments de preuve non pertinents. En outre, comme les médias ne reçoivent pas de préavis automatique, et n'y ont d'ailleurs pas droit, une interdiction discrétionnaire ne causera aucun retard indu dans la très grande majorité des cas. De plus, les cas où les médias sont le plus susceptibles de contester l'interdiction sont les quelques rares cas qui connaissent une très grande notoriété. Or, il ne faut pas juger de l'opportunité d'une interdiction impérative universelle sur la base de son efficacité dans une faible proportion des cas.

La confiance du public dans le système de justice commande que les renseignements pertinents lui soient communiqués en temps opportun. L'interdiction impérative de communiquer la preuve présentée et les motifs donnés dans le cadre d'une demande de remise en liberté provisoire empêche la diffusion de renseignements à un moment où ils sont d'une importance et d'un intérêt considérables pour le public. Une restriction à la communication de ces renseignements ne saurait se justifier que lorsque les avantages qui en découlent l'emportent sur ses effets préjudiciables. Puisque les effets bénéfiques de l'interdiction prévue à l'art. 517 ne sont pas proportionnés aux effets préjudiciables du non-respect du principe de la publicité des débats judiciaires, les termes de l'art. 517 qui lui confèrent son caractère impératif devraient être supprimés.

## Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Abella J. (dissenting)

*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255.

## Statutes and Regulations Cited

*Bail Reform Act*, S.C. 1970-71-72, c. 37.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 11(e).

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 503(1)(a), 515, 516(1), 517, 518, 520, 539.

## Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2(b), 11(e).

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 503(1)(a), 515, 516(1), 517, 518, 520, 539.

*Loi sur la réforme du cautionnement*, S.C. 1970-71-72, ch. 37.

**Authors Cited**

- Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Canada. Committee on Corrections. *Report of the Canadian Committee on Corrections — Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, pp. 3113-14.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 11, 1st Sess., 28th Parl., March 18, 1969, pp. 501-2.
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.
- Mirfield, Peter. "The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
- Ontario. Royal Commission. *Inquiry into Civil Rights*. Toronto: Queen's Printer, 1968.
- Pink, Joel E., and David C. Perrier, eds. *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System*, 6th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1999.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Rosenberg, Feldman, Simmons and Juriansz J.J.A.), 2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, 239 C.C.C. (3d) 437, 302 D.L.R. (4th) 385, 245 O.A.C. 291, [2009] O.J. No. 288 (QL), 2009 CarswellOnt 301, setting aside in part a decision of Durno J. (2007), 84 O.R. (3d) 766, 2007 CarswellOnt 1224, 2007 CanLII 6249, upholding the constitutionality of s. 517 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed and cross-appeal allowed, Abella J. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Ritter and Slatter J.J.A.), 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, [2008] 10 W.W.R. 588, 437 A.R. 130, 433 W.A.C. 130, 236 C.C.C. (3d) 204, 298 D.L.R. (4th) 659, 179 C.R.R. (2d) 227, [2008] A.J. No. 956 (QL), 2008 CarswellAlta 1158, setting aside a decision of Brooker J., 2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98, 221 C.C.C. (3d) 393, [2007] 10 W.W.R. 250, 48 C.R. (6th) 300, 158 C.R.R. (2d) 270, 420 A.R. 1, [2007] A.J. No. 608 (QL), 2007 CarswellAlta 774,

**Doctrine citée**

- Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n° 11, 1<sup>re</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 18 mars 1969, p. 501-502.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3113-3114.
- Canada. Comité de la réforme pénale et correctionnelle. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle — Justice pénale et correction : un lien à forger*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969.
- Friedland, Martin L. *Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto : University of Toronto Press, 1965.
- Mirfield, Peter. « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.
- Ontario. Royal Commission. *Inquiry into Civil Rights*. Toronto : Queen's Printer, 1968.
- Pink, Joel E., and David C. Perrier, eds. *From Crime to Punishment : An Introduction to the Criminal Law System*, 6th ed. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 1999.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Rosenberg, Feldman, Simmons et Juriansz), 2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, 239 C.C.C. (3d) 437, 302 D.L.R. (4th) 385, 245 O.A.C. 291, [2009] O.J. No. 288 (QL), 2009 CarswellOnt 301, qui a annulé en partie la décision du juge Durno (2007), 84 O.R. (3d) 766, 2007 CarswellOnt 1224, 2007 CanLII 6249, confirmant la validité constitutionnelle de l'art. 517 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge Abella est dissidente.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, Ritter et Slatter), 2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239, [2008] 10 W.W.R. 588, 437 A.R. 130, 433 W.A.C. 130, 236 C.C.C. (3d) 204, 298 D.L.R. (4th) 659, 179 C.R.R. (2d) 227, [2008] A.J. No. 956 (QL), 2008 CarswellAlta 1158, qui a infirmé une décision du juge Brooker, 2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98, 221 C.C.C. (3d) 393, [2007] 10 W.W.R. 250, 48 C.R. (6th) 300, 158 C.R.R. (2d) 270, 420 A.R. 1, [2007] A.J. No. 608 (QL), 2007 CarswellAlta 774,

declaring s. 517 of the *Criminal Code* unconstitutional. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

*Paul B. Schabas* and *Ryder Gilliland*, for the appellants/respondents on cross-appeal Toronto Star Newspapers Ltd. et al.

*Frederick S. Kozak, Q.C.*, and *Matthew A. Woodley*, for the appellants Canadian Broadcasting Corporation et al.

*Barry Zalmanowitz, Q.C.*, and *Peter D. Banks*, for the appellant Edmonton Sun, a Division of Sun Media Corporation.

*John North* and *Steve Coroza*, for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Canada and for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

*John Norris* and *Breese Davies*, for the respondent/appellant on cross-appeal A.A.

*Dennis Edney* and *Raymond Motee*, for the respondent F.A.

*Peter G. Martin*, for the respondent S.A.

*Anser Farooq*, for the respondent Qayyum Abdul Jamal.

*Rocco Galati*, for the respondents A.M.D. and Ahmad Mustafa Ghany.

*Delmar Doucette* and *Michael Moon*, for the respondent S.V.C.

*Jolaine Antonio*, for the respondent Her Majesty The Queen and for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Lauren Garcia* and *Kirk Starkie*, for the respondent Michael James White.

*M. David Lepofsky*, *Peter Scrutton* and *Daniel Guttman*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Christopher Hicks* and *Catriona Verner*, for the interveners N.S. and N.Y.

déclarant l'art. 517 du *Code criminel* inconstitutionnel. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

*Paul B. Schabas* et *Ryder Gilliland*, pour les appelantes/intimées au pourvoi incident Toronto Star Newspapers Ltd. et autres.

*Frederick S. Kozak, c.r.*, et *Matthew A. Woodley*, pour les appelants la Société Radio-Canada et autres.

*Barry Zalmanowitz, c.r.*, et *Peter D. Banks*, pour l'appelant Edmonton Sun, une division de Sun Media Corporation.

*John North* et *Steve Coroza*, pour l'intimée/ appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef du Canada et pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

*John Norris* et *Breese Davies*, pour l'intimé/ appelant au pourvoi incident A.A.

*Dennis Edney* et *Raymond Motee*, pour l'intimé F.A.

*Peter G. Martin*, pour l'intimé S.A.

*Anser Farooq*, pour l'intimé Qayyum Abdul Jamal.

*Rocco Galati*, pour les intimés A.M.D. et Ahmad Mustafa Ghany.

*Delmar Doucette* et *Michael Moon*, pour l'intimé S.V.C.

*Jolaine Antonio*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine et pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Lauren Garcia* et *Kirk Starkie*, pour l'intimé Michael James White.

*M. David Lepofsky*, *Peter Scrutton* et *Daniel Guttman*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Christopher Hicks* et *Catriona Verner*, pour les intervenants N.S. et N.Y.

*Jonathan C. Lisus and Alexi N. Wood*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Daniel W. Burnett*, for the interveners the Canadian Newspaper Association et al.

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

[1] DESCHAMPS J. — Upholding the rights of Canadian citizens by fostering trial fairness and safeguarding liberty interests is central to the criminal justice process. At the same time, access to the courts is central to a democratic society; it is a means to protect against arbitrary state action. Access to the courts is grounded in freedom of expression. Trial fairness and liberty interests must not clash with freedom of expression. They can be reconciled.

[2] A number of media organizations are urging this Court to find that s. 517 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), unjustifiably violates the freedom of expression guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under this provision, a justice of the peace or provincial court judge (a “justice”) is required, if an accused applies for one, to order a publication ban that applies to the evidence and information produced, and representations made, at a bail hearing and to any reasons given for the order. There is no question that this order limits freedom of expression. Section 517 states:

**517.** (1) If the prosecutor or the accused intends to show cause under section 515, he or she shall so state to the justice and the justice may, and shall on application by the accused, before or at any time during the course of the proceedings under that section, make an order directing that the evidence taken, the information given or the representations made and the reasons, if any, given or to be given by the justice shall not be published in any document, or broadcast or transmitted in any way before such time as

*Jonathan C. Lisus et Alexi N. Wood*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Daniel W. Burnett*, pour les intervenantes l’Association canadienne des journaux et autres.

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

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Défendre les droits des citoyens canadiens en favorisant l’équité du procès et en protégeant le droit à la liberté est au cœur du processus de justice pénale. Par ailleurs, l’accès aux cours de justice est primordial dans une société démocratique; c’est un rempart contre l’arbitraire de l’État. L’accès aux tribunaux trouve son origine dans la liberté d’expression. Les droits à l’équité du procès et à la liberté ne doivent pas se heurter à la liberté d’expression. Il est possible de les concilier.

[2] Un grand nombre de médias exhortent la Cour à conclure que l’art. 517 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), porte atteinte de façon injustifiable à la liberté d’expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet article prévoit qu’un juge de paix ou un juge d’une cour provinciale (un « juge ») prononce une interdiction impérative de publication, sur demande d’un accusé, interdiction visant la preuve et les renseignements produits lors d’une enquête sur remise en liberté provisoire, ainsi que les observations faites et les raisons données à l’appui de l’ordonnance. Il ne fait aucun doute qu’une telle ordonnance limite la liberté d’expression. Voici ce que prévoit l’art. 517 :

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

(a) if a preliminary inquiry is held, the accused in respect of whom the proceedings are held is discharged; or

(b) if the accused in respect of whom the proceedings are held is tried or ordered to stand trial, the trial is ended.

a) si une enquête préliminaire est tenue, tant que le prévenu auquel se rapportent les procédures n'aura pas été libéré;

b) si le prévenu auquel se rapportent les procédures subit son procès ou est renvoyé pour subir son procès, tant que le procès n'aura pas pris fin.

The issue is whether that limit can be justified in a free and democratic society. For the reasons that follow, I conclude that the statutory mandatory publication ban is justified. These reasons apply to the two cases at bar, which were heard concurrently. I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal in the Ontario case and dismiss the appeal in the Alberta case.

[3] Context is the key to understanding the scope and impact of a limit on a *Charter* right. As this Court said in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, “[t]he analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses” (para. 87). To properly assess the challenge raised by the appeals, it will be necessary to consider the historical and legislative context of the enactment of the interim release provisions found in the *Criminal Code*. I will then review the limits on freedom of expression in the criminal law context before discussing the issue of justification under the *Oakes* framework. The appellants argued these appeals on the basis of two different sets of facts that, in their view, demonstrate the need to promote openness in the context of the interim release provisions. I will thus begin by briefly setting out the facts in these two cases.

Il s'agit de déterminer si la justification d'une telle limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'interdiction impérative de publication prévue par la loi est justifiée. Les présents motifs s'appliquent aux deux affaires entendues simultanément, dont l'intitulé figure ci-dessus. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident dans l'affaire ontarienne et de rejeter le pourvoi dans l'affaire albertaine.

[3] Le contexte est déterminant pour comprendre la portée d'une limite et son incidence sur les droits garantis par la *Charte*. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, « [l']analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause » (par. 87). Afin d'apprécier convenablement la contestation soulevée dans le cadre des pourvois, il faudra examiner le contexte historique et législatif dans lequel s'inscrit l'adoption des dispositions relatives à la mise en liberté provisoire qui figurent dans le *Code criminel*. J'examinerai ensuite les limites à la liberté d'expression en droit pénal avant de me pencher sur leur justification conformément au cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*. Les appelants ont fondé leur contestation sur deux situations différentes qui, selon eux, démontrent la nécessité de favoriser l'accès aux tribunaux dans le contexte de l'application des dispositions relatives à la mise en liberté provisoire. Je vais donc exposer brièvement les faits de ces deux affaires.

## I. Facts and Judicial History

### A. *The Alberta Case*

[4] Michael White was charged with the murder of his wife in Alberta. He was granted bail by Brooker J. of the Alberta Court of Queen's Bench on October 7, 2005, and a publication ban was ordered pursuant to s. 517 *Cr. C.* According to the appellants, Mr. White's release provoked public outrage. The constitutionality of the ban was then challenged successfully in the Court of Queen's Bench (2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98). Brooker J. found that the legislative objective underlying the ban was to protect the right of the accused to a fair trial before an impartial jury, and that reason and logic alone were insufficient to establish a rational connection between the ban and this objective. He went on to find that the means also failed to meet the minimal impairment test.

[5] The Alberta Court of Appeal reversed Brooker J.'s decision (2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239). Slatter J.A., writing for a unanimous court, concluded that a s. 517 ban merely defers publication and that the values of protecting fair access to bail and the right to a fair trial were benefits that outweighed the deleterious effects of the restrictions.

### B. *The Ontario Case*

[6] On June 2, 2006, twelve adults and five young persons were charged with various terrorism-related offences under the *Criminal Code*. The arrests attracted massive media attention between June 3 and June 12, 2006. One of the accused applied for a publication ban, while some of the others opposed it.

[7] On June 12, 2006, Justice of the Peace Currie ordered a ban. The appellants moved to quash the order. Durno J. of the Ontario Superior Court of Justice dismissed their application, holding that if one accused seeks a ban under s. 517, the order applies to all his or her co-accused ((2006), 211 C.C.C. (3d) 234, at para. 101). Some of the accused

## I. Faits et décisions antérieures

### A. *L'affaire albertaine*

[4] Michael White a été accusé du meurtre de son épouse en Alberta. Le 7 octobre 2005, le juge Brooker, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, l'a libéré sous caution et a rendu une ordonnance de non-publication en vertu de l'art. 517 *C. cr.* Selon les appelants, la libération de M. White a soulevé un tollé. Par la suite, la constitutionnalité de l'interdiction a été contestée avec succès devant la Cour du Banc de la Reine (2007 ABQB 359, 77 Alta. L.R. (4th) 98). Le juge Brooker a conclu que l'interdiction visait à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable devant un jury impartial et que la raison et la logique étaient insuffisantes pour établir un lien rationnel entre l'interdiction et son objectif. Il a ensuite conclu que le moyen choisi ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale.

[5] La Cour d'appel a infirmé ce jugement (2008 ABCA 294, 93 Alta. L.R. (4th) 239). Dans une décision unanime, le juge Slatter a conclu que l'interdiction visée à l'art. 517 ne fait que différer la publication et que promouvoir les valeurs sous-tendant la préservation de l'accès à une libération sous caution équitable et à un procès équitable offrait des avantages surpassant les effets préjudiciables des restrictions.

### B. *L'affaire ontarienne*

[6] Le 2 juin 2006, douze adultes et cinq adolescents ont été accusés de diverses infractions relatives au terrorisme prévues au *Code criminel*. Entre le 3 et le 12 juin 2006, les arrestations ont fait l'objet d'une grande couverture médiatique. Un des accusés a demandé une ordonnance de non-publication, certains des autres s'y sont opposés.

[7] Le 12 juin 2006, le juge de paix Currie a rendu une ordonnance de non-publication. Les appelants ont demandé l'annulation de l'ordonnance. Le juge Durno de la Cour supérieure de l'Ontario a rejeté la demande et a statué que si un accusé sollicite une interdiction en application de l'art. 517, l'ordonnance s'applique à tous les accusés

were released pending their trial, while others remained in custody. The appellants and two of the accused challenged the constitutionality of s. 517. Durno J., finding that he was bound by the decision in *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609 (C.A.), held that s. 517 does not infringe the *Charter* ((2007) 84 O.R. (3d) 766, at para. 48).

[8] On appeal, Feldman J.A., writing for the majority of the Ontario Court of Appeal (Laskin and Simmons J.J.A. concurring), found that s. 517 was overbroad (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, at para. 159). She held that the objective of the provision — to safeguard the right to a fair trial by averting jury bias by means of a ban on the publication of prejudicial information — was pressing and substantial and that the ban was rationally connected to the objective. However, she concluded that, as drafted, the provision did not meet the minimal impairment test, because it applied to bail hearings in respect of all charges regardless of the mode of trial. As a remedy, Feldman J.A. read s. 517 down to exclude from the ban any cases in which the charges would not be tried by a jury. Rosenberg J.A., dissenting (Juriansz J.A. concurring), would have declared the part of s. 517 relating to the mandatory ban to be invalid on the basis that it did not meet the requirement of proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measure. The appellants ask this Court to adopt the view of the dissent, while the respondents cross-appeal, arguing that the provision is valid.

## II. Historical and Legislative Context

[9] Bail was developed in early English law not as a means to further the liberty interest of the accused but as a response to the deplorable conditions of jails: inmates in pre-trial detention died awaiting their trials. To avoid this, accused persons who were not at risk of failing to appear at trial

((2006), 211 C.C.C. (3d) 234, par. 101). Certains des accusés ont été libérés en attendant leur procès, d'autres sont restés en détention. Les appelants et deux accusés ont contesté la constitutionnalité de l'art. 517. Le juge Durno, ayant statué qu'il était lié par l'arrêt *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 44 O.R. (2d) 609 (C.A.), a conclu que l'art. 517 n'enfreint pas la *Charte* ((2007), 84 O.R. (3d) 766, par. 48).

[8] En appel, la juge Feldman, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin et Simmons ont souscrit à ses motifs), a conclu que l'art. 517 avait une portée excessive (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82, par. 159). Elle a jugé que l'objectif visé par la disposition — soit de garantir la tenue d'un procès équitable en empêchant la contamination du jury par la publication de renseignements préjudiciables — constituait un objectif urgent et réel avec lequel l'interdiction avait un lien rationnel. Cependant, elle a conclu que, dans son libellé actuel, la disposition ne satisfaisait pas au critère de l'atteinte minimale, puisqu'il s'applique aux audiences relatives à la mise en liberté sous caution en ce qui concerne toutes les accusations, indépendamment du mode d'instruction. Comme mesure de redressement, la juge Feldman a procédé à une lecture atténuée de l'art. 517 de façon à exclure de l'interdiction les cas où les accusations ne seraient pas jugées devant un jury. Le juge Rosenberg, dissident (le juge Juriansz a souscrit à ses motifs), aurait invalidé le caractère impératif de l'art. 517 jugeant qu'il ne respectait pas l'exigence de proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure. Les appelants demandent à la Cour de confirmer la dissidence tandis que les intimés interjettent un pourvoi incident, faisant valoir que la disposition est valide.

## II. Contexte historique et législatif

[9] La mise en liberté sous caution a été instaurée par le droit anglais ancien, non pas comme moyen de favoriser le droit à la liberté de l'accusé, mais en raison des conditions déplorables de détention : certains détenus mouraient en attendant leur procès. Afin d'éviter de tels dénouements tragiques,

were released on bail. Factors such as the seriousness of the offence, the likelihood that the accused was guilty and the status of the accused were seen as indicators of the likelihood that the accused would appear at trial. In Canada, too, the likelihood of attendance at trial was initially the predominant consideration. However, additional factors subsequently came to be developed, such as the need to protect the public from repeat offenders. The process for granting bail remained quite informal and discretionary until the middle of the 20th century (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 3-9).

[10] Disturbing data then emerged from an empirical study by Prof. Martin Friedland that was published in 1965 (*Detention before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*). Friedland observed that the existing procedures resulted in the detention of many individuals whose attendance could have been secured by less restrictive means. In addition, he noted a relationship between pre-trial detention, conviction and custodial sentences. This study prompted a re-examination of the rules on bail by the Ontario Royal Commission (*Inquiry into Civil Rights* (1968)) and by the Canadian Committee on Corrections (*Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969) ("Ouimet Report")).

[11] The authors of the Ouimet Report found that considerations other than ensuring the attendance of the accused at trial were relevant to the decision whether to order interim release. They stated, as a guiding proposition, that "[t]he basic purposes of the criminal law should be carried out with no more interference with the freedom of individuals than is necessary" (p. 11). The Report's authors noted that the initial period after an arrest is determinative. Pre-trial incarceration could lead to loss of employment and make it impossible for accused persons to fulfill their family obligations, thereby weakening their family and social ties. The authors observed that the conditions of detention were unsatisfactory.

les accusés qui n'étaient pas susceptibles de ne pas comparaître au procès étaient libérés sous caution. Des facteurs comme la gravité de l'infraction, la probabilité de la culpabilité et le statut de l'accusé étaient considérés comme des indices de probabilité de la présence de l'accusé à son procès. Au Canada, la probabilité de la présence au procès était aussi, à l'origine, la considération première. Cependant, d'autres facteurs ont également vu le jour, comme la nécessité de protéger le public des récidivistes. Le processus de mise en liberté sous caution est demeuré très informel et discrétionnaire jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle (G. T. Trotter, *The Law of Bail in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), p. 3-9).

[10] À l'époque, une étude empirique, menée par le professeur Martin Friedland et publiée en 1965 (*Detention before Trial : A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*), a révélé des faits troublants. En effet, le professeur Friedland a constaté que les procédures en vigueur entraînaient la détention de nombreuses personnes dont la présence aurait pu être garantie par des moyens moins contraignants. De plus, il a fait remarquer qu'il existait un lien entre la détention avant le procès, la déclaration de culpabilité et la peine d'emprisonnement. Cette étude a conduit la Commission royale d'enquête de l'Ontario (*Inquiry into Civil Rights* (1968)) et le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (*Justice pénale et correction : un lien à forger* (1969) (« rapport Ouimet »)) à réexaminer les règles en matière de mise en liberté sous caution.

[11] Les auteurs du rapport Ouimet ont conclu que des considérations autres que la présence de l'accusé à son procès sont pertinentes pour décider d'ordonner ou non la mise en liberté provisoire. Les auteurs ont défini comme principe directeur que « [l]es objets fondamentaux du droit pénal doivent se réaliser sans empiéter plus qu'il n'est nécessaire sur la liberté des individus » (p. 11). Ils ont constaté que la période suivant l'arrestation est déterminante. L'incarcération avant le procès peut entraîner la perte d'un emploi, empêchant ainsi l'accusé de s'acquitter de ses obligations familiales, et affaiblissant de ce fait ses liens familiaux et sociaux. Ils ont remarqué que les conditions de détention étaient

In addition, although they were careful in weighing the statistical evidence, they relied on it to conclude that pre-trial custody had a negative impact on the chances of acquittal. In their opinion, it was almost obvious that how an accused was treated between arraignment and trial had an impact on the corrective measures that would be called for if the accused were convicted. They accepted that incarceration could result in a permanent stigma, even if the accused were eventually acquitted. Moreover, they were of the view that the release of accused persons until trial was intended to ensure that individuals were not being punished at a time when they should be presumed innocent. From a human rights perspective, the authors considered it clear that an accused should not be incarcerated while awaiting trial unless the protection of society made it necessary to do so.

[12] In light of their findings, the authors of the Ouimet Report made a number of recommendations, including that police officers be allowed to release accused persons pending their appearance before a justice, that the onus be placed on the prosecution to justify detention, that flexible rules be adopted to ensure early bail hearings, that provision be made for a publication ban at the request of the accused and that, in a case in which an accused was not represented by counsel, the justice be required to inform the accused of the right to a ban. Finally, one of the most important features of the proposed reform was that limited grounds for refusing interim release were identified. Under reformed rules, the authors said, release should be the rule and custody the exception.

[13] The Ouimet Report stressed the right to a fair trial and the need to implement new rules to facilitate the early release of the accused whenever that was appropriate. As can be seen from the subsequent amendments to the *Criminal Code (Bail Reform Act, S.C. 1970-71-72, c. 37)*, which were enacted almost immediately after the release of the Ouimet Report, the government embraced most of the Report's recommendations. In brief, the amendments required that an arrested person

insatisfaisantes. En outre, tout en faisant preuve de prudence, ils se sont appuyés sur la preuve statistique pour conclure que la détention avant le procès diminuait les chances d'acquittal. Ils ont jugé qu'il était quasi évident que le traitement d'un suspect entre l'interpellation et le procès avait une incidence sur les mesures correctives qui s'imposent en cas de déclaration de culpabilité. Ils ont reconnu que l'incarcération pouvait engendrer un stigmate permanent, même si l'accusé est finalement acquitté. De plus, ils étaient d'avis que la libération de l'accusé jusqu'à son procès empêchait de punir les personnes présumées innocentes. Du point de vue des droits de la personne, il était évident aux yeux des auteurs du rapport qu'un accusé ne devrait pas être incarcéré en attendant son procès, sauf si cela s'avérait nécessaire pour protéger la société.

[12] Compte tenu de ces conclusions, les auteurs du rapport Ouimet ont formulé de nombreuses recommandations, notamment : permettre aux policiers de libérer les contrevenants en attendant leur comparution devant un juge de paix, faire peser sur la poursuite le fardeau de justifier la détention, adopter des règles souples afin d'assurer la tenue rapide des enquêtes sur remise en liberté, rendre une ordonnance de non-publication à la demande de l'accusé et, dans les cas où l'accusé n'est pas représenté, imposer au juge de paix l'obligation d'informer l'accusé de son droit de solliciter une interdiction. Enfin, l'un des éléments les plus importants de la réforme proposée était l'identification de motifs restreints de refuser la mise en liberté provisoire. Pour les auteurs, les nouvelles règles devaient prévoir que la libération est la règle, et la détention l'exception.

[13] Le rapport Ouimet a mis l'accent sur le droit à un procès équitable et sur la nécessité d'adopter de nouvelles règles afin de faciliter, si besoin est, la libération rapide de l'accusé. Tel qu'il appert des modifications apportées au *Code criminel (Loi sur la réforme du cautionnement, S.C. 1970-71-72, ch. 37)* presque immédiatement après la publication du rapport Ouimet, le gouvernement a entériné la plupart des recommandations qui y étaient formulées. En résumé, les modifications prévoyaient que

be brought before a justice without unreasonable delay and that the person be released unless the Crown showed cause for ongoing detention. Only limited grounds were available for denying release, and the Crown was responsible for gathering any evidence it intended to produce at the bail hearing. Also, a mandatory publication ban would have to be ordered if requested by the accused. The new legislation was promoted as protecting individual rights. John Turner, the then Minister of Justice, declared in the House of Commons:

I said that as soon as we could, I intended to turn once again along the road of law reform and continuing enhancement and protection of civil liberties. . . . This bill is directed at making that first contact between citizens and the criminal judicial process less abrasive.

(*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, at pp. 3113-14)

[14] The reform of the rules governing interim release was implemented long before the *Charter* but foreshadowed the period of consciousness of individual rights. The purpose of the new rules was to avoid alienating accused persons without exposing society to undue risks. Today, the constitutional right to bail is not just an element of the protection against arbitrary detention, but is also explicitly recognized in s. 11(e) of the *Charter*. The protection is both procedural and substantive in that not only is reasonable bail guaranteed, but the cause for the denial of bail must be just. Hence, as I will discuss below, the bail process is inextricably linked to the right to bail itself.

### III. Publication Bans in the Criminal Law Context

[15] As La Forest J. stated in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney*

le détenu devait être amené devant un juge sans délai déraisonnable et qu'il devait être remis en liberté à moins que le ministère public ne justifie le maintien de sa détention. Cette remise en liberté ne pouvait être refusée que pour des motifs limités, et il incombait au ministère public de recueillir les éléments de preuve dont il entendait se servir lors de l'enquête sur remise en liberté provisoire. De plus, les nouvelles règles prévoyaient que, à la demande de l'accusé, le juge devait prononcer une ordonnance impérative de non-publication. Les nouvelles dispositions législatives ont été présentées en mettant de l'avant leur rôle de protection des droits individuels. Le ministre de la Justice de l'époque, John Turner, a déclaré ce qui suit devant la Chambre des communes :

J'ai alors dit que, dès que nous le pourrions, je comptais revenir sur la voie de la réforme de la loi et continuer à rehausser et à protéger les libertés civiles. [. . .] Ce bill vise à rendre moins rudes les premiers contacts entre les citoyens et l'appareil judiciaire.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 5 février 1971, p. 3113-3114)

[14] La réforme des règles régissant la mise en liberté provisoire présageait l'ère nouvelle de prise de conscience des droits individuels. Adoptée bien avant la *Charte*, cette réforme visait à empêcher l'aliénation des accusés sans exposer la société à des risques indus. Aujourd'hui, le droit constitutionnel à la mise en liberté sous caution est non seulement un élément de la protection contre la détention arbitraire, mais il est également expressément reconnu à l'al. 11e) de la *Charte*. Cette protection porte à la fois sur la forme et sur le fond étant donné que, non seulement le droit à un cautionnement raisonnable est garanti, mais le motif pour refuser la mise en liberté sous caution doit en outre être équitable. Ainsi, comme j'en discuterai ultérieurement, le processus de mise en liberté sous caution est inextricablement lié au droit à la mise en liberté sous caution lui-même.

### III. L'interdiction de publication en droit pénal

[15] Comme le juge La Forest l'a affirmé dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-*

*General*), [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 23, “[o]penness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings.” A publication ban therefore infringes freedom of expression. However, it should not be concluded that there is a conflict between freedom of expression and the rights of the accused. The “clash model” was rejected in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 882 *et seq.*, in which Lamer C.J. stated that, rather than giving one right priority over the other, the Court must engage in a balancing exercise that takes into account the salutary and deleterious effects of the measure and any alternatives. In *Dagenais*, because the objection of the accused related to trial fairness in the context of adverse pre-trial publicity (p. 879), the Court focussed on that concern. However, it soon became clear that the analytical framework could not be limited to that context. In *New Brunswick* (at para. 69), La Forest J., writing for a unanimous Court, recognized that the interest of the proper administration of justice could justify banning the press from the courtroom for a limited time. The Court found that the discretion conferred on the judge to assess the specific circumstances of each individual case was crucial to the analysis of the validity of the challenged provision. Then, in *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, the Court applied the balancing test to another aspect of the proper administration of justice. Iacobucci J. stressed that while *Dagenais* was the starting point of the analysis, a publication ban could involve a broad range of objectives:

However, the common law rule under which the trial judge considered the publication ban in this case is broader than its specific application in *Dagenais*. The rule can accommodate orders that must occasionally be made in the interests of the administration of justice, which encompass more than fair trial rights. [para. 31]

*Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 23, « [g]râce à ce principe, le public a accès à l’information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s’y déroulent, et d’émettre des opinions et des critiques à cet égard. » Une interdiction de publication porte donc nécessairement atteinte à la liberté d’expression. Toutefois, il ne faut pas en conclure que la liberté d’expression et les droits de l’accusé entrent en conflit. Ce « modèle du conflit » a d’ailleurs été rejeté par l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (p. 882 et suiv.), dans lequel le juge en chef Lamer a dit qu’il fallait procéder à un exercice de mise en balance en tenant compte des avantages, du préjudice et des mesures de rechange, plutôt que de faire passer un droit devant un autre. Puisque l’objection formulée par les accusés était liée au souci d’équité du procès relativement à une publicité défavorable avant le procès (p. 879), l’arrêt *Dagenais* était axé sur cette préoccupation. Cependant, il est vite devenu évident que le cadre analytique ne pouvait se limiter à examiner ce contexte précis. Dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick* (par. 69), décision unanime, le juge La Forest, a reconnu que, dans l’intérêt de la bonne administration de la justice, il pouvait être justifié d’exclure la presse de la salle d’audience pour un certain laps de temps. La Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire conféré au juge d’examiner les circonstances spécifiques de chaque cas jouait un rôle décisif quant à la validité de la disposition contestée. Puis, l’arrêt *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, a emboîté le pas en appliquant le critère de la mise en balance à un autre aspect de la bonne administration de la justice. Le juge Iacobucci a souligné que bien que l’arrêt *Dagenais* fût le point de départ de l’analyse, une interdiction de publication pouvait viser un large éventail d’objectifs :

Toutefois, la règle de common law d’après laquelle le juge du procès a examiné l’interdiction de publication en l’espèce est plus large que l’application particulière qu’elle a reçue dans *Dagenais*. Elle peut s’appliquer aux ordonnances qui doivent parfois être rendues dans l’intérêt de l’administration de la justice, qui englobe davantage que le droit à un procès équitable. [par. 31]

[16] The bans in *Dagenais* and *Mentuck* were based on the courts' common law jurisdiction to order publication bans. The authority for the exclusion order in *New Brunswick* was statutory. In all three cases, the orders were discretionary. In the cases at bar, the appellants argue that the order provided for in s. 517 *Cr. C.* fails the *New Brunswick* test because it is mandatory: the judge does not have a discretion to consider the justification for the ban in light of the circumstances of the case. The appellants add that there is no rational connection between the ban and the objective of the legislation and that the ban fails to meet the requirements of the minimal impairment and proportionality stages of the *Oakes* test. As can be seen from the above cases, bans are sometimes necessary, and whether they are justified depends on the context.

#### IV. Discretion as a Constitutional Threshold

[17] The appellants accept that a limited publication ban may be valid in some narrow circumstances. However, they contend that the existence of a judicial discretion amounts to a constitutional threshold. In my view, their position does not reflect this Court's approach to limits on freedom of expression.

[18] Whether a discretion exists is not determinative of the validity of a limit on freedom of expression. For example, the limit on access to the content of a search warrant prior to the execution of the warrant is not discretionary (*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175). To consider mandatory bans unconstitutional because the circumstances in which they apply cannot be scrutinized in a *Dagenais* analysis would be to turn the rule on its head. In *Dagenais*, Lamer C.J. explicitly stated that his analysis did not concern bans required by statute (pp. 856-57). Moreover, as Bastarache J. stated in *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 36, the *Dagenais* test was not meant to

[16] Dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*, l'interdiction reposait sur le pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances de non-publication en vertu de leur compétence de common law. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick*, l'ordonnance d'exclusion reposait sur un pouvoir conféré par la loi. Dans ces trois affaires, l'ordonnance était de nature discrétionnaire. En l'espèce, c'est le caractère impératif de l'ordonnance visée par l'art. 517 *C. cr.* qui fait prétendre aux appelants qu'elle ne satisfait pas au critère énoncé dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick* : le juge ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour examiner la justification de l'interdiction au regard des circonstances de l'affaire. En outre, selon les appelants, il n'existe pas un lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif de la loi, et l'interdiction ne respecte pas les volets de l'atteinte minimale et de la proportionnalité du test de l'arrêt *Oakes*. Comme le montrent ces affaires, l'interdiction est parfois nécessaire et sa justification dépend du contexte.

#### IV. Le pouvoir discrétionnaire en tant que seuil de validité constitutionnelle

[17] Les appelants reconnaissent qu'une interdiction restreinte de publication peut être valide dans des circonstances bien précises. Cependant, ils soutiennent que le pouvoir judiciaire discrétionnaire constitue un seuil de validité constitutionnelle. À mon avis, cette position ne reflète pas l'approche que la Cour a adoptée à l'égard des limites à la liberté d'expression.

[18] Le pouvoir discrétionnaire n'est pas le facteur qui détermine la validité d'une limite à la liberté d'expression. Par exemple, la restriction de l'accès au contenu d'un mandat de perquisition avant qu'il ne soit exécuté n'est pas de nature discrétionnaire (*Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175). Le fait de juger inconstitutionnelles des interdictions impératives parce que les circonstances dans lesquelles elles s'appliquent ne peuvent être analysées en conformité avec l'arrêt *Dagenais* reviendrait à inverser la règle. Dans *Dagenais*, le juge en chef Lamer a explicitement confirmé qu'il n'analysait pas les ordonnances de non-publication requises par la loi (p. 856-857). En outre, comme l'a affirmé

apply to all limits on freedom of expression; rather, it was designed for and applies to discretionary orders (see also *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 31). Discretionary bans are constitutional because the test developed in *Dagenais/Mentuck* incorporates the essence of the balancing exercise mandated by the *Oakes* test. Indeed, as Lamer C.J. said in *Dagenais*, “[i]f legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself” (p. 874 (emphasis in original)). The validity of a statutory mandatory ban, such as the one at issue and the one provided for in s. 539 *Cr. C.* with respect to evidence led at a preliminary inquiry, will be determined by conducting an analysis based on the *Oakes* test.

## V. The Oakes Test

[19] The various stages of the *Oakes* test are well known. When a protected right is infringed, the government must justify its action by identifying a pressing and substantial objective, by demonstrating that there is a rational connection between the objective and the infringement, and by showing that the means chosen interferes as little as possible with the right and that the benefits of the measure taken outweigh its deleterious effects.

### A. *Pressing and Substantial Objective*

[20] The identification of Parliament’s objectives in adopting the mandatory ban is of great importance, as this will have a considerable impact on the analysis of the remaining stages of the test. As McLachlin J. (as she then was) noted in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144, “[c]are must be taken not to overstate the objective. The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the

le juge Bastarache dans l’arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, au par. 36, le test n’était pas censé s’appliquer à toutes les limites à la liberté d’expression, mais était plutôt destiné à s’appliquer aux ordonnances discrétionnaires (voir également *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 31). Les interdictions discrétionnaires sont constitutionnelles parce que le test des arrêts *Dagenais* et *Mentuck* incorpore l’essence de la mise en balance prescrite par le test de l’arrêt *Oakes*. De fait, le juge en chef Lamer a dit dans *Dagenais* : « Si, aux termes d’une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d’une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte* » (p. 874 (souligné dans l’original)). Le juge peut décider du sort réservé aux interdictions impératives créées par la loi, comme celle qui nous occupe en l’espèce et celle prévue à l’art. 539 *C. cr.* qui porte sur la preuve présentée à l’enquête préliminaire, en procédant à une analyse fondée sur le test de l’arrêt *Oakes*.

## V. Le test de l’arrêt Oakes

[19] Les divers volets du test de l’arrêt *Oakes* sont bien connus. Lorsqu’il y a atteinte à un droit protégé, le gouvernement est appelé à justifier la mesure qu’il a prise en énonçant un objectif urgent et réel, en démontrant qu’il existe un lien rationnel entre l’objectif et l’atteinte portée au droit, et en montrant que le moyen choisi porte le moins possible atteinte au droit et que les effets bénéfiques de la mesure prise l’emportent sur ses effets préjudiciables.

### A. *Objectif urgent et réel*

[20] La détermination des objectifs que visait le législateur lorsqu’il a adopté la disposition relative à l’interdiction impérative revêt une grande importance, car elle influencera considérablement l’analyse des autres volets du test. Comme l’a signalé le juge McLachlin (maintenant Juge en chef de notre Cour) au par. 144 de l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, « [i]l faut veiller à ne pas surestimer l’objectif. Aux

infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised” (emphasis in original). Moreover, in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 76, McLachlin C.J. endorsed the following comment by President Barak: “Whereas the rational connection test and the least harmful measure test are essentially determined against the background of the proper objective, and are derived from the need to realize it, the test of proportionality (*stricto sensu*) examines whether the realization of this proper objective is commensurate with the deleterious effect upon the human right” (A. Barak, “Proportional Effect: The Israeli Experience” (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 374). This suggests that all steps of the *Oakes* test are premised on a proper identification of the objective of the impugned measure.

[21] The mandatory publication ban is but one of numerous interrelated measures adopted as part of a sweeping reform of the rules on bail. Parliament’s objective in adopting the ban has to be identified by examining the provision in question in the context of the entire reform package. To assess the validity of the limit, it is necessary to understand the part the provision plays within the broader scheme of the reform.

[22] In the Ontario Court of Appeal, both the majority and the dissent expressed the view that the objective of the provision is to foster trial fairness. Trial fairness is a concept that can be interpreted in different ways. Although in *Dagenais* it was limited to averting jury bias by banning pre-trial publicity, this narrow view is not the only one recognized in the caselaw. Trial fairness has also been understood as encompassing all measures whose purpose it is to protect the fundamental rights of the accused (see *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 29; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; and P. Mirfield, “The Early Jurisprudence of

fins d’une analyse fondée sur l’article premier, l’objectif pertinent est l’objectif de la mesure attentatoire, puisque c’est cette dernière et rien d’autre que l’on cherche à justifier. Si l’on formule l’objectif de façon trop large, on risque d’en exagérer l’importance et d’en compromettre l’analyse » (souligné dans l’original). De plus, dans l’arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 76, la juge en chef McLachlin a souscrit aux propos suivants formulés par le président Barak : [TRADUCTION] « Alors que le critère du lien rationnel et celui de la mesure la moins attentatoire sont essentiellement considérés dans le contexte de l’objectif approprié et reposent sur la nécessité de l’atteindre, le critère de la proportionnalité (au sens strict) porte sur la question de savoir si l’atteinte de cet objectif véritable est proportionnée aux effets préjudiciables sur le droit de la personne » (A. Barak, « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 374). Cela indique que tous les volets du test établi dans *Oakes* reposent sur une détermination appropriée de l’objectif de la mesure contestée.

[21] L’interdiction impérative de publier n’est qu’une des nombreuses mesures interdépendantes qui ont été adoptées dans le cadre de la réforme en profondeur des règles sur la mise en liberté sous caution. Il faut définir l’objectif du législateur lorsqu’il a adopté l’interdiction en situant la disposition en question dans le contexte de la réforme dans son ensemble. Afin d’apprécier la validité de la restriction, il faut comprendre le rôle que joue la disposition au regard de l’esprit général de la réforme.

[22] En Cour d’appel de l’Ontario, tant la majorité que la dissidence ont exprimé l’opinion que l’objet de la disposition est de favoriser l’équité du procès. Il s’agit là d’une notion qui peut être interprétée de différentes façons. Bien que dans l’arrêt *Dagenais* l’équité du procès se soit limitée à l’assurance d’un jury impartial grâce à une interdiction de publicité préalable au procès, cette interprétation étroite n’est pas la seule reconnue par la jurisprudence. L’équité du procès peut également être définie comme s’entendant de toutes les mesures visant à protéger les droits fondamentaux de l’accusé (voir *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206,

Judicial Disrepute” (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, at pp. 444 and 452). To define the interests at issue, therefore, the context must be taken into account. Rosenberg J.A., who wrote the dissenting reasons in the Ontario case, embraced a view of trial fairness which accurately identifies the objectives Parliament appears to have been pursuing in adopting the various components of the bail reform and, more particularly, in enacting the provision establishing the right to a mandatory ban:

The interest in a fair trial embraces not simply the narrow interest of preventing potential jurors from being influenced by prejudicial material that might be disclosed at a bail hearing, but other interests intended to safeguard the accused’s and society’s interest in a fair trial. Those interests include preventing diversion of the accused’s scarce resources to fight opposition to a publication ban and preventing delay of the bail hearing. As regards the latter, keeping accused in custody interferes with their ability to defend the case. The objectives of ensuring expeditious bail hearings, avoiding unnecessary detention of accused and allowing accused to retain scarce resources to defend their cases are all inextricably linked to the objective of ensuring a fair trial. [para. 38]

[23] As I mentioned above, the bail reform was implemented following the Ouimet Report, according to which there appeared to be a correlation between pre-trial custody, conviction, and custodial sentences. The Report’s authors stressed the fact that a first offender’s initial encounter with the justice system was crucial and could have dire consequences for the accused and his or her family. Measures were required to protect an accused person, who could bear a stigma even after being acquitted. In this context, Parliament’s primary objective can be defined on the basis of an understanding of trial fairness that is not limited to averting jury bias. Given the particular emphasis placed in the Ouimet Report on ensuring expeditious bail hearings, I would define Parliament’s objectives as (1) to safeguard the right to a fair trial; and (2) to

par. 29; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; et P. Mirfield, « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, p. 444 et 452). Afin de définir les droits en cause, il faut donc tenir compte du contexte. Le juge Rosenberg, qui a rédigé les motifs dissidents dans l’affaire ontarienne a adopté une conception de la notion d’équité du procès qui épouse bien les objectifs que le législateur semble avoir cherché à atteindre en adoptant les divers éléments de la réforme de la mise en liberté sous caution, et plus particulièrement, en adoptant la disposition conférant le droit à une interdiction impérative :

[TRADUCTION] Le droit à un procès équitable s’entend non seulement du droit restreint d’empêcher les jurés potentiels d’être influencés par des éléments préjudiciables qui pourraient être divulgués lors de l’enquête sur remise en liberté provisoire, mais aussi d’autres droits destinés à protéger les droits de l’accusé et de la société à un procès équitable. Il s’agit notamment d’empêcher que l’accusé consacre le peu de ressources qu’il peut avoir à contester une opposition à l’interdiction de publication et à empêcher que l’enquête sur remise en liberté provisoire ne soit retardée. Dans ce dernier cas, maintenir l’accusé en détention nuit à sa capacité de contester la preuve. Les objectifs consistant à assurer la tenue rapide de l’enquête sur remise en liberté provisoire, à éviter la détention inutile de l’accusé et à permettre à ce dernier de consacrer le peu de ressources dont il peut disposer à la défense de sa cause sont inextricablement liés à l’objectif consistant à assurer un procès équitable. [par. 38]

[23] Comme je l’ai mentionné précédemment, la réforme de la mise en liberté sous caution a été mise en œuvre après la publication du rapport Ouimet, selon lequel il semble y avoir une corrélation entre la détention avant le procès, la condamnation et la peine d’emprisonnement. Les auteurs du rapport ont insisté sur le fait que le contact initial du contrevenant qui en est à sa première infraction avec le système de justice est crucial et peut avoir des conséquences désastreuses pour l’accusé et sa famille. Des mesures étaient nécessaires afin de protéger l’accusé, qui pouvait être stigmatisé même après avoir été acquitté. Dans ce contexte, l’objectif principal du législateur peut être défini selon une interprétation de la notion d’équité du procès qui ne se limite pas au désir d’éviter la contamination du jury. Compte tenu de l’insistance particulière du

ensure expeditious bail hearings. These objectives were to be achieved by establishing a process that facilitated early release of an accused in order to mitigate the harshness of his or her interaction with the criminal justice system, limit the stigma as far as possible, and ensure that the trier of fact remains impartial. In view of the facts noted in the Ouimet Report, these objectives were undeniably pressing. Since they are solidly grounded in *Charter* values, they are also substantial.

[24] The appellants argue that to accept ensuring expeditious bail hearings as an objective would be to apply the “shifting purpose” doctrine this Court explicitly rejected in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 494, the Court held that the concepts of moral corruption and harm to society are not distinct, but are inextricably linked. In the same way, the objectives of ensuring expeditious bail hearings and fostering trial fairness are inextricably linked, as the latter embraces the former. As a result, this formulation of the objectives not only does not attract the prohibition against the shifting purpose doctrine, it is rooted in the Ouimet Report’s analysis.

#### B. *Rational Connection*

[25] At the next stage of the *Oakes* test, it must be asked whether there is a rational connection between the adopted means and Parliament’s objectives. “The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so” (*Hutterian Brethren*, at para. 48). Absent conclusive scientific or empirical evidence of a rational connection, one can be found by applying reason and logic: *RJR-MacDonald*, at para. 158; *Butler*, at p. 503; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 776; *Thomson Newspapers*, at paras. 104-7.

rapport Ouimet sur la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement, je définirais comme suit les objectifs du législateur : (1) préserver le droit à un procès équitable; (2) assurer la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement. L’atteinte de ces objectifs exigeait d’établir un mécanisme qui faciliterait la libération rapide de l’accusé afin d’atténuer la dureté de son contact avec le système de justice pénale, de limiter le plus possible la stigmatisation et de s’assurer de l’impartialité du juge des faits. Compte tenu des faits exposés dans le rapport Ouimet, ces objectifs étaient indéniablement urgents. Comme ils sont solidement ancrés dans les valeurs consacrées par la *Charte*, ils sont également réels.

[24] Les appelants soutiennent que de reconnaître comme objectif la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement revient à appliquer la doctrine de l’« objet changeant » que la Cour a expressément rejetée dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans l’arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 494, la Cour a conclu que les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société ne sont pas distinctes, mais plutôt inextricablement liées. De même, les objectifs d’assurer la tenue rapide des enquêtes sur cautionnement et de favoriser l’équité du procès sont inextricablement liés, le dernier englobant le premier. Ainsi, non seulement cette formulation des objectifs n’est pas visée par la doctrine de l’objet changeant, mais elle repose sur l’analyse du rapport Ouimet.

#### B. *Le lien rationnel*

[25] Le volet suivant du test de l’arrêt *Oakes* requiert un examen du lien rationnel entre les moyens utilisés et les objectifs poursuivis par le législateur. « Le gouvernement doit démontrer qu’il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l’objectif, et non qu’elle y contribuera effectivement » (*Hutterian Brethren*, par. 48). En l’absence de preuve scientifique ou empirique concluante concernant le lien, on peut établir l’existence d’un lien rationnel sur le fondement de la raison et de la logique : *RJR-MacDonald*, par. 158; *Butler*, p. 503; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 768 et 776; *Thomson Newspapers*, par. 104-107.

[26] In the cases at bar, since the mandatory publication ban is only one part of a whole, the enquiry cannot be limited to the ban itself. Therefore, when asking whether the mandatory publication ban is rationally connected to the objectives of protecting the right of the accused to a fair trial and ensuring expeditious bail hearings, the Court must consider other measures which might be linked to, or even dependent on, the ban.

[27] The mechanisms in place are closely linked. They illustrate the expeditious nature of the bail hearing and the ultimate objective of safeguarding the right to a fair trial. For instance, s. 503(1)(a) *Cr. C.* requires that a person who is arrested and detained be taken before a justice “without unreasonable delay” and in any event within 24 hours after the arrest. Section 515 *Cr. C.* provides that the justice *shall* release the person unless the prosecution shows cause why the detention should be continued. The grounds that can be relied on to deny the person’s release are limited. In the short time it has before it must show cause why the detention of the accused is justified, the prosecution has to gather the evidence it intends to use at the bail hearing, which means it may have insufficient time to meet with witnesses and further investigate the matters relevant to bail. Section 516(1) *Cr. C.* provides that the adjournment of a bail hearing cannot exceed three days except with the consent of the accused; and orders can be reviewed at the request of the accused provided that the accused has given the prosecution two days’ notice (s. 520(1) and (2) *Cr. C.*).

[28] To avoid any delay prejudicial to an accused who ought to be released, while at the same time ensuring that those who do not meet the criteria for release are kept in custody, compromises had to be made regarding the nature of the evidence to be adduced at the bail hearing. There are practically no prohibitions as regards the evidence the prosecution can lead to show cause why the detention of the accused in custody is justified. According

[26] Dans les affaires en cause en l’espèce, comme l’interdiction impérative de publication n’est qu’un morceau d’un tout, l’examen ne saurait se limiter à l’interdiction même. Par conséquent, lorsqu’on se demande si l’interdiction impérative de publication a un lien rationnel avec les objectifs de protection du droit de l’accusé à un procès équitable et de tenue rapide des enquêtes sur cautionnement, l’examen doit tenir compte d’autres mesures qui pourraient être liées à l’interdiction, voire dépendre d’elle.

[27] Les mécanismes en place sont intimement liés. Ils font ressortir le caractère expéditif de l’enquête sur remise en liberté provisoire et l’objectif ultime de préserver l’équité du procès. Par exemple, l’al. 503(1)a) *C. cr.* prévoit qu’une personne qui est arrêtée puis mise sous garde doit être conduite devant un juge de paix « sans retard injustifié » et, dans tous les cas, dans un délai de 24 heures suivant son arrestation. Selon l’art. 515 *C. cr.*, le juge de paix *doit* mettre la personne en liberté, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des motifs justifiant sa détention continue. Seuls des motifs restreints peuvent être invoqués pour refuser la mise en liberté. Dans le court délai accordé pour justifier la détention, la poursuite doit réunir les éléments de preuve qu’elle entend utiliser à l’enquête sur remise en liberté provisoire, ce qui signifie qu’elle pourrait ne pas avoir le temps de rencontrer les témoins et de mener une enquête plus poussée sur les questions pertinentes pour le cautionnement; le par. 516(1) *C. cr.* prévoit que l’ajournement d’une enquête sur remise en liberté provisoire ne peut dépasser trois jours, sauf avec le consentement du prévenu; l’ordonnance peut être révisée à la demande de l’accusé après que celui-ci a donné un préavis de deux jours au poursuivant (par. 520(1) et (2) *C. cr.*).

[28] Afin d’éviter tout retard qui serait préjudiciable à un accusé devant être mis en liberté tout en s’assurant que ceux qui ne satisfont pas aux conditions demeurent en détention, il a fallu trouver des compromis quant à la nature de la preuve produite lors de l’enquête sur remise en liberté provisoire. Il n’y a pratiquement aucune interdiction quant à ce que le poursuivant peut produire en preuve afin de démontrer que l’accusé doit être placé en détention.

to s. 518(1)(e) *Cr. C.*, the prosecutor may lead any evidence that is “credible or trustworthy”, which might include evidence of a confession that has not been tested for voluntariness or consistency with the *Charter*, bad character, information obtained by wiretap, hearsay statements, ambiguous post-offence conduct, untested similar facts, prior convictions, untried charges, or personal information on living and social habits. The justice has a broad discretion to “make such inquiries, on oath or otherwise, of and concerning the accused as he considers desirable” (s. 518(1)(a)). The process is informal; the bail hearing can even take place over the phone (s. 515(2.2)).

[29] The appellants consider it significant that the mandatory publication ban was not part of the initial reform package and was not commented on during the debate in Parliament when the legislation was introduced a few years later. Two points have to be made with respect to this argument. The first is found in the Ouimet Report itself, and the second relates to the ban on publishing evidence taken at preliminary inquiries.

[30] As we have seen, Parliament chose to follow most of the recommendations of the Ouimet Report. It is therefore safe to say that Parliament found sufficient justification for reform in the comments of the Report’s authors. They had recommended that, if the accused sought a ban, it be mandatory. In addition, they had recommended that the justice advise an unrepresented accused of the right to a ban. The explanation they had given for these recommendations was that as soon as the accused was brought before the justice, the prosecutor needed to be able to provide arguments sufficiently convincing to warrant detention. It was understood that information so provided would not necessarily be relevant or admissible at trial. The mandatory ban was seen as a measure “taken to prevent prejudicing the accused at his trial by the dissemination of

Selon l’al. 518(1)e) *C. cr.*, le poursuivant peut présenter toute preuve « plausible ou digne de foi », soit notamment les confessions dont on n’a pas vérifié le caractère volontaire ou la conformité à la *Charte*, la preuve de mauvaise moralité, la preuve obtenue par écoute électronique ou la preuve par ouï-dire, tout comportement ambigu postérieur à l’infraction, la preuve de faits similaires qui n’a été soumise à aucun examen, les déclarations de culpabilité antérieures, les accusations en instance n’ayant fait l’objet d’aucun procès, ainsi que les renseignements personnels concernant le mode de vie et les habitudes sociales. Le juge de paix dispose d’un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet de « faire, auprès du prévenu ou à son sujet, sous serment ou autrement, les enquêtes qu’il estime opportunes » (al. 518(1)a)). Le processus est informel et l’enquête sur remise en liberté provisoire peut même avoir lieu par téléphone (par. 515(2.2)).

[29] Pour les appelants, l’absence de l’interdiction impérative de publication de la réforme initiale et de commentaires au cours des débats qui se sont déroulés au Parlement lors de son adoption quelques années plus tard est significative. Il faut préciser deux points en réponse à cet argument. Le premier se trouve dans le rapport Ouimet et le second se rapporte à l’interdiction de publication concernant les éléments de preuve recueillis lors d’une enquête préliminaire.

[30] Nous avons vu que le législateur a choisi de suivre la plupart des recommandations du rapport Ouimet. Par conséquent, on peut affirmer sans risque d’erreur que les commentaires de ses auteurs ont été jugés suffisants pour justifier la réforme. Ils avaient recommandé, d’abord, que si l’accusé sollicitait une interdiction celle-ci soit impérative et, ensuite, que le juge informe un accusé non représenté par avocat de son droit à une interdiction de publication. Ils avaient expliqué ces recommandations en affirmant que dès que l’accusé était conduit devant les instances judiciaires, le poursuivant devait être en mesure de fournir des arguments suffisamment convaincants pour justifier la détention. Il était tenu pour acquis que les renseignements ainsi fournis ne seraient pas nécessairement pertinents, ni admissibles en preuve au procès. L’interdiction

prejudicial matter which would not be relevant or admissible at his trial” (Ouimet Report, at p. 110). It can be inferred from this that the interests to be protected included not only the avoidance of stigmatization of the accused, but also trial fairness. In view of the strength of the recommendation and the fact that no explanation was given for omitting the ban from the initial bill, it is safe to assume that the purpose of including it was to rectify this omission. Therefore, in my view, no argument can be drawn from the fact that the ban was not part of the initial version of the new bail provisions of the *Criminal Code*.

[31] Furthermore, mandatory publication bans were not unknown at the time of the Ouimet Report. For instance, s. 539 *Cr. C.* requires that a ban on the publication of evidence adduced at a preliminary inquiry be ordered should the accused apply for one. That ban was discussed by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Minister Turner justified it as follows:

We are not talking about a situation of legitimate publicity at an open trial once the jury is empanelled. If the evidence at the preliminary inquiry is then brought into the trial it becomes part of the evidence of the trial. What we are trying to prevent is a preliminary pre-trial by newspaper prior to the time that a magistrate may have bound a man over for trial. He may find that the charges are dismissed but the damage has been done.

(*Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 11, 1st Sess., 28th Parl., March 18, 1969, at pp. 501-2)

These comments go beyond averting jury bias. They address the broader goal of protecting the right to a fair trial.

[32] A direct, and helpful, analogy can be drawn between the ban at a preliminary inquiry and the one at a bail hearing. In both these types of proceedings, the evidentiary threshold is far lower

impérative était perçue comme une mesure s’imposant « pour éviter de porter préjudice à l’accusé lors de son procès par la diffusion, à ce premier stade, de renseignements dommageables qui ne seraient ni pertinents, ni admissibles en preuve » (rapport Ouimet, p. 118). On peut en déduire que son droit censé être protégé englobait non seulement le fait d’éviter que l’accusé ne soit stigmatisé, mais aussi l’équité de son procès. Compte tenu de la force de la recommandation et du manque d’explication sur l’absence de l’interdiction dans le projet de loi initial, on peut présumer sans risque de se tromper que la modification visait à corriger cette omission. Ainsi, à mon avis, l’absence de l’interdiction dans la version initiale des nouvelles dispositions du *Code criminel* sur la mise en liberté sous caution ne donne ouverture à aucun argument.

[31] En outre, on avait déjà recours à l’interdiction impérative de publication à l’époque du rapport Ouimet. Par exemple, l’art. 539 *C. cr.* prévoit qu’il faut prononcer une ordonnance de non-publication quant à la preuve recueillie lors de l’enquête préliminaire si l’accusé en fait la demande. Cette interdiction a été examinée par le Comité permanent de la justice et des questions juridiques. Le ministre Turner l’a justifiée dans les termes suivants :

[INTERPRÉTATION] Nous ne parlons pas d’une publicité légitime autour d’un procès public lorsque le jury est constitué. Lorsque le témoignage à l’enquête préliminaire est publié au procès, il devient incorporé aux témoignages du procès. Ce que nous voulons empêcher, c’est qu’un procès préliminaire soit fait par les journaux avant que le magistrat ait envoyé un homme subir son procès. Il arrive que les accusations soient abandonnées, mais le mal a été fait.

(*Procès-verbaux et témoignages*, n<sup>o</sup> 11, 1<sup>re</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 18 mars 1969, p. 501-502)

Ces commentaires visent davantage que la volonté d’éviter la contamination du jury. Ils abordent l’objectif plus général de la protection de l’équité du procès.

[32] Il est possible d’établir un parallèle direct et utile entre l’interdiction prononcée à l’enquête préliminaire et celle prononcée à l’enquête sur remise en liberté provisoire. Dans ces deux types

than proof beyond a reasonable doubt. The Crown need tender only enough evidence to make out a *prima facie* case, and the defence may for strategic reasons choose not to call witnesses or otherwise challenge the Crown's evidence. It follows that the publication of proceedings at the preliminary hearing may result in a one-sided view of the case that could have an impact on trial fairness.

[33] In summary, in my view, a rational connection can clearly be found in the interplay between the various components of the reform. I will discuss the benefits of the ban below; it will suffice at this point to mention that the ban prevents the dissemination of evidence which, for the sake of ensuring an expeditious hearing, is untested. This brings me to the third stage of the *Oakes* analysis, that of minimal impairment, which entails an assessment of the impact of the ban on free expression.

### C. *Minimal Impairment*

[34] In assessing the impact of the ban, the court must consider the nature of the expression at issue (*New Brunswick*, at para. 63). At this point, I would stress that the bail hearing is conducted at the very beginning of the criminal proceeding. Bail hearings often attract considerable media attention, especially in highly visible cases like the ones presently before this Court.

[35] To determine whether the limit impairs a right as little as possible, it must be assessed in light of the other measures adopted to meet Parliament's objectives. I touched on this issue above in the discussion on the rational connection. I would stress here that the fairness of the decision whether to grant bail, which is one of the components of the constitutional protection, will depend to a large extent on its timeliness. As pointed out by Rosenberg J.A. in the Ontario case (para. 38) and Slatter J.A. in the Alberta case (para. 36), if the justice were to hold a publication ban hearing, the accused would have to prepare for that hearing in

de procédures, la norme de preuve est beaucoup moins exigeante que celle de la preuve hors de tout doute raisonnable. Le ministère public n'a qu'à produire suffisamment d'éléments pour établir une preuve *prima facie* et la défense peut choisir, pour des raisons stratégiques, de ne faire entendre aucun témoin ou de ne pas contester autrement la preuve du ministère public. Il s'ensuit que la publication de procédures lors de l'audience préliminaire peut donner lieu à une vision biaisée de l'affaire qui pourrait avoir une incidence sur l'équité du procès.

[33] Bref, selon moi, le lien rationnel est clairement établi par la corrélation entre les divers éléments de la réforme. Je préciserai plus loin les avantages de l'interdiction, mais il suffit pour l'instant de faire observer qu'elle empêche la dissémination des éléments de preuve qui, pour que l'audience se déroule rondement, ne sont pas contestés. Cela m'amène au troisième volet de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes* : l'atteinte minimale, qui suppose l'évaluation de l'incidence de l'interdiction sur la liberté d'expression.

### C. *Atteinte minimale*

[34] Afin d'évaluer l'incidence de l'interdiction, il faut examiner la nature de l'expression en cause (*Nouveau-Brunswick*, par. 63). Je souligne ici que l'enquête sur remise en liberté provisoire a lieu au tout début de la procédure pénale. Il s'agit souvent du moment où l'attention des médias est à son apogée, surtout lorsqu'il s'agit d'affaires très médiatisées comme celles qui nous occupent en l'espèce.

[35] Afin de déterminer si la limite porte le moins possible atteinte à un droit, elle doit être appréciée en fonction des autres mesures mises en place pour atteindre les objectifs du législateur. J'ai déjà abordé cette question lorsque j'ai examiné le lien rationnel. Je veux insister ici sur le fait que le caractère équitable de la décision d'accorder une mise en liberté sous caution, qui est un des éléments de la protection constitutionnelle, sera largement tributaire du fait qu'elle a été rendue opportunément. Comme l'ont souligné le juge Rosenberg dans l'affaire ontarienne (par. 38) et le juge Slatter dans l'affaire albertaine, si le juge de paix devait

addition to preparing a rebuttal to the grounds the prosecution might raise to justify detaining him or her. The hurdles the accused would face in such a hearing are real.

[36] The authors of the Ouimet Report observed that the initial stage of the process is crucial (pp. 101-2). If a publication ban hearing were to be held, an additional burden would be placed on the accused at a time when he or she is extremely vulnerable. The accused might be a first-time offender who is overwhelmed by the criminal process, and may not have been able to consult his or her counsel of choice. At this point, accused persons will not have had the opportunity to learn what evidence the prosecution intends to adduce. They should be devoting their resources and energy to obtaining their release, not to deciding whether to compromise on liberty in order to avoid having evidence aired outside the courtroom. It is interesting that the Alberta Court of Appeal found it significant that neither the Crown nor Mr. White had attempted to justify a common law restriction in that court, to which the statutory mandatory ban does not apply; the court attributed this to the resources that would have to be expended to support such a restriction (para. 36).

[37] In light of the delay and the resources a publication ban hearing would entail, and of the prejudice that could result if untested evidence were made public, it would be difficult to imagine a measure capable of achieving Parliament's objectives that would involve a more limited impairment of freedom of expression. If issues unrelated to the release of the accused were added to the bail hearing, this would require the consideration of matters extraneous to the bail process and could have a domino effect on other bail hearings in the same forum, thereby delaying the administration of justice.

tenir une audience relative à l'interdiction de publication, l'accusé devrait se préparer en vue de cette audience et également préparer une réplique aux motifs que le poursuivant pourrait invoquer pour justifier sa détention (par. 36). L'accusé aurait à surmonter de réels obstacles.

[36] Les auteurs du rapport Ouimet ont constaté que les tout premiers moments du processus sont cruciaux (p. 109-110). Si une audience relative à l'interdiction était tenue, l'accusé se verrait imposer un fardeau additionnel au moment où il est extrêmement vulnérable. Le contrevenant, dont il pourrait s'agir de la première infraction, pourrait être submergé par le processus pénal et ne pas avoir consulté l'avocat de son choix. À ce stade, l'accusé n'aura pas eu la possibilité de savoir ce que le poursuivant a l'intention de produire en preuve. Il devrait consacrer ses ressources et son énergie à sa libération et non à décider s'il devrait compromettre sa liberté afin d'éviter que la preuve produite soit diffusée en dehors de la salle d'audience. Il est intéressant de noter que la Cour d'appel de l'Alberta a jugé significatif le fait que ni le ministère public ni M. White n'ont tenté de justifier une restriction reconnue en common law devant la Cour d'appel où l'interdiction n'est pas impérative, attribuant cette décision aux ressources que cela nécessiterait (par. 36).

[37] Compte tenu des délais qu'engendrerait une audience relative à l'interdiction de publication et des ressources qu'il faudrait y consacrer, combinés au préjudice pouvant découler de la publication d'éléments de preuve qui n'ont été soumis à aucun examen, il serait difficile de concevoir une mesure qui pourrait à la fois respecter les objectifs du législateur et moins empiéter sur la liberté d'expression. Le fait de soulever à l'enquête sur remise en liberté provisoire d'autres questions qui ne sont pas liées à la libération de l'accusé reviendrait à mettre en jeu des considérations étrangères au processus de mise en liberté sous caution et risquerait de provoquer un effet domino sur d'autres demandes relatives à la mise en liberté sous caution qui sont instruites devant le même tribunal, ce qui aurait pour effet de retarder l'administration de la justice.

[38] It is worth noting that the mandatory publication ban provided for in s. 517 is not an absolute ban either on access to the courts or on publication. The provision only prohibits the publication of evidence adduced, information given, representations made, and reasons given by the justice at a bail hearing. But the media can publish the identity of the accused, comment on the facts and the offence that the accused has been charged with, and that an application for bail has been made, as well as report on the outcome of the application. Journalists are also not prevented from informing the public of the legal conditions attached to the release of the accused.

[39] The temporary nature of the ban is another important factor. The ban ends when the accused is discharged after a preliminary inquiry, or at the end of the trial. In essence, it applies only with respect to the bail process, and the information it covers can eventually be made public once more complete information produced in accordance with the standards applicable to criminal trials is available.

[40] In summary, although information revealed at the bail hearing may no longer be newsworthy by the time the media can release it, the ban cannot be said to impair freedom of expression more than is necessary. The ban is limited to a preliminary stage of the criminal justice process and is not absolute, and the information the media are prevented from publishing is untested, and is often one-sided and largely irrelevant to the search for truth. The ban may make journalists' work more difficult, but it does not prevent them from conveying and commenting on basic, relevant information.

[41] The appellants suggest alternatives that would in their view be equally effective and trenchless on freedom of expression. They submit that any risk to a fair trial can be addressed by means

[38] Il est utile de rappeler que l'interdiction impérative de publication prévue à l'art. 517 ne constitue pas une interdiction totale d'accès aux tribunaux ou de publication d'information. La disposition interdit uniquement la publication de la preuve produite, des renseignements fournis, des observations faites et des motifs exposés par le juge de paix lors d'une enquête sur remise en liberté provisoire. Toutefois, les médias peuvent publier l'identité de l'accusé, formuler des commentaires sur les faits ainsi que sur l'infraction dont l'accusé a été inculpé et révéler qu'une demande de mise en liberté sous caution a été présentée, ainsi que faire connaître l'issue de la demande. Les médias ne sont pas empêchés non plus d'informer le public des conditions légales rattachées à la mise en liberté de l'accusé.

[39] Le fait que l'interdiction soit temporaire constitue un autre facteur important. Elle prend fin à la suite de la libération à l'enquête préliminaire ou à la fin du procès. Essentiellement, l'interdiction ne concerne que le processus de mise en liberté sous caution et tous les renseignements qu'elle vise pourront en définitive être rendus publics, lorsque des renseignements plus complets produits conformément aux normes applicables aux procès criminels seront connus.

[40] En résumé, bien que les renseignements révélés à l'enquête sur remise en liberté provisoire puissent ne plus être dignes d'intérêt lorsque les médias sont autorisés à les diffuser, on ne peut prétendre que l'interdiction porte atteinte à la liberté d'expression plus que cela ne soit nécessaire. L'interdiction ne concerne qu'une étape préliminaire du processus pénal, elle n'est pas totale et l'information que les médias ne peuvent relater n'a pas été vérifiée en plus d'être souvent unilatérale et généralement peu pertinente pour la quête de la vérité. L'interdiction peut compliquer le travail des médias, mais ils ne sont pas empêchés de communiquer des renseignements élémentaires pertinents et de les commenter.

[41] Les appelants affirment qu'il existe d'autres solutions qui seraient tout aussi efficaces et porteraient moins atteinte à la liberté d'expression. Selon eux, il est possible d'écarter tout risque de

of procedures that arise later in the process, such as challenges for cause, changes of venue and sequestration. The alternatives put forward are unsatisfactory. All of them relate solely to the need to avert bias. They do not address the other considerations which favour a publication ban, namely the need to ensure an expeditious bail hearing and an early release of the accused.

[42] The appellants also suggest that a time-limited publication ban could be imposed at the outset of the bail hearing that would last only until the end of that hearing, at which time a hearing would be held on the merits of continuing the ban. This suggestion is no more acceptable than the first. The parties need to know at the bail hearing if the information given there will be published. Accused persons could alter their approaches to the bail hearing, or perhaps even forego requesting bail, if they know that everything they say could be in the newspaper the next morning.

[43] If they know that evidence could be published, accused persons might have to make decisions they would not otherwise have made at a time when they can only speculate on what the Crown intends to adduce at the bail hearing. Such decisions would take time, would require them to make strategic choices and could compromise their rights to silence and to liberty. In *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, this Court upheld s. 442(3) *Cr. C.*, which provided for a mandatory ban on publishing the identity of a complainant in a sexual assault case should the complainant apply for one. Lamer J. (as he then was) stressed the importance of the certainty component of the ban at issue in that case:

Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty

compromettre l'équité du procès par le recours subséquent à des procédures comme la récusation motivée, le renvoi de l'affaire devant un autre tribunal et la séquestration du jury. Les solutions mises de l'avant ne sont pas satisfaisantes. Tous ces mécanismes tiennent uniquement au fait qu'il est nécessaire d'empêcher la contamination du jury. Ils ne tiennent pas compte d'autres considérations qui justifient l'interdiction de publication, soit la nécessité d'assurer la tenue rapide de l'enquête et la libération rapide de l'accusé.

[42] Les appelants ont aussi suggéré qu'une interdiction de publication de courte durée puisse être ordonnée dès le début de l'enquête sur remise en liberté provisoire et que cette ordonnance durerait uniquement jusqu'à la fin de l'audience, moment auquel on pourrait procéder à une audition sur l'opportunité de maintenir l'interdiction. Cette suggestion ne peut davantage être retenue. Les parties doivent savoir à l'enquête sur remise en liberté provisoire si les renseignements recueillis pendant l'audience seront publiés. L'accusé est susceptible de modifier son approche à l'égard de cette enquête sur remise en liberté provisoire, voire de renoncer à demander sa mise en liberté sous caution, s'il sait que tout ce qu'il dit se retrouvera dans les journaux le lendemain matin.

[43] S'il sait que la preuve risque d'être publiée, l'accusé pourrait être appelé à prendre des décisions qu'il ne prendrait peut-être pas autrement à un moment où il ne peut que tenter de deviner ce que le ministère public a l'intention de produire en preuve à l'enquête sur remise en liberté provisoire. Cette décision requiert du temps, des choix stratégiques et peut-être un compromis sur son droit de garder le silence et sur son droit à la liberté. Dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, la Cour a confirmé la validité du par. 442(3) *C. cr.*, qui prévoyait une interdiction impérative de publier l'identité d'un plaignant dans une affaire sexuelle lorsque celui-ci en faisait la demande. Le juge Lamer (plus tard juge en chef) a souligné l'importance de la certitude de l'interdiction en cause dans cette affaire :

De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation

with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it. [Emphasis in original; p. 132.]

In the Ontario case, the Ontario Court of Appeal accepted the certainty argument in the context of the bail hearing. I agree with Rosenberg J.A. that, “[w]ithout knowing whether or not the publication ban will be in place, the accused cannot know whether to take the risk of contesting bail to possibly obtain the immediate reward of release at the cost of the more serious risk of poisoning the minds of jurors at the subsequent trial” (para. 63). On this same basis, I would reject the suggestion that the publication of information be authorized at the time of the bail hearing and that a discretionary ban then be imposed closer to the trial date.

[44] It follows that a publication ban hearing, whether held before or after the bail hearing, is not a reasonable alternative to a mandatory ban. I would add that in view of the timing of such a hearing and of how little the accused would know about the information the prosecutor would be conveying, it would be difficult for the accused to discharge the burden of showing that the ban would be “necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial” (*Dagenais*, at p. 878 (emphasis deleted)). Therefore, the justice would have difficulty performing his or her duties in a judicial manner.

[45] For similar reasons, I am also of the opinion that to hold that the ban is discretionary solely with respect to the justice's reasons would not serve

d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace puisqu'elle priverait la victime de cette certitude. À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur. [Souligné dans l'original; p. 132.]

Dans l'affaire ontarienne, la Cour d'appel de l'Ontario a accepté l'argument de la certitude pour les besoins de l'enquête sur remise en liberté provisoire. Je suis d'accord avec le juge Rosenberg lorsqu'il explique que : [TRADUCTION] « S'il ne sait pas si l'interdiction de publication sera prononcée, l'accusé ne peut savoir s'il doit prendre le risque de contester la demande de cautionnement afin de peut-être pouvoir être libéré sur-le-champ aux dépens du risque plus grave de voir empoisonner l'esprit des jurés lors du procès subséquent » (par. 63). Pour les mêmes motifs, je rejette également la suggestion de permettre la publication des renseignements au moment de l'enquête sur remise en liberté provisoire puis d'imposer une interdiction discrétionnaire à l'approche du procès.

[44] Il s'ensuit qu'une audience relative à l'interdiction qu'elle soit tenue avant ou après l'enquête sur remise en liberté provisoire ne constitue pas une solution de rechange raisonnable à une interdiction impérative. J'ajouterai également que, compte tenu du moment où elle aurait lieu et de la connaissance limitée de l'accusé à l'égard des renseignements que le poursuivant pourrait communiquer, il serait difficile pour l'accusé de s'acquitter du fardeau qui lui incombe de démontrer que l'interdiction « est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable » (*Dagenais*, p. 878 (soulignement omis)). Par conséquent, le juge de paix devrait faire des efforts considérables pour exercer ses fonctions judiciaires comme un juge se doit de le faire.

[45] Pour des motifs semblables, j'estime également qu'une conclusion portant que l'interdiction n'est discrétionnaire qu'à l'égard des motifs

the objectives of the provision. Even if it could be argued that the justice could expeditiously give reasons that would not unduly risk jury bias or otherwise feed dangerous pre-trial publicity, to impose such constraints on the justice at this time would be unacceptable. This would inevitably invite the parties to present arguments on the discretionary ban and on the content of the reasons likely to be published. Preparing arguments takes time and resources. Moreover, one should not underestimate the complexity of crafting meaningful reasons without disclosing potentially determinative untested evidence at a stage at which neither the justice nor the accused can foresee what information will be prejudicial to the right of the accused to a fair trial.

[46] The fact that Parliament chose to make the ban discretionary where the prosecutor is the applicant does not undermine the legislation's objectives. The prosecutor is in a better position than the accused to meet the *Dagenais* test. Unlike the accused, the prosecutor knows exactly what allegations are to be made against the accused and also knows what evidence will likely be introduced at trial. Moreover, the prosecutor does not face the problem of finding resources such as, most importantly, for counsel for both the publication ban and the bail hearings.

[47] The majority of the Ontario Court of Appeal read the provision down in part, limiting the mandatory publication ban to cases in which a jury trial is possible. They concluded that "[f]air trial rights cannot be said to be at risk where a judge, sitting alone, is exposed to prejudicial information which should not be admitted at trial" (para. 185). The dissent would have read out the mandatory nature of the ban. As they pointed out, the practical impact of the majority's conclusion is limited, since at the time of the bail hearing, the accused has usually not yet made an election and not yet ruled out the possibility of being tried by a jury. If the case involves a hybrid offence, the prosecution may not yet have

du juge ne servirait pas les objectifs de la disposition. Même s'il est possible de soutenir que le juge pourrait rapidement motiver sa décision sans risquer indûment de contaminer le jury ou plus généralement d'alimenter dangereusement la publicité antérieure au procès, il serait inacceptable de lui imposer de telles contraintes à cette étape du processus. Inévitablement, les parties estiment qu'elles peuvent présenter des arguments sur l'interdiction discrétionnaire et sur la teneur des motifs devant être publiés. Préparer des arguments nécessite du temps et des ressources. De plus, il ne faut pas sous-estimer la difficulté qu'il y a à rédiger des motifs valables sans divulguer des éléments de preuve non vérifiés et potentiellement déterminants à une étape où ni le juge ni l'accusé ne peuvent prévoir quel renseignement portera atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable.

[46] Le fait que le législateur ait choisi de rendre l'interdiction discrétionnaire lorsque le poursuivant est le demandeur ne compromet pas les objectifs visés par la loi. Le poursuivant est mieux placé que l'accusé pour satisfaire au test énoncé dans l'arrêt *Dagenais*. Contrairement à l'accusé, le poursuivant connaît précisément les allégations contre l'accusé et les éléments de preuve qui sont susceptibles d'être présentés lors du procès. De plus, le poursuivant n'est pas confronté au problème de devoir trouver des ressources soit, plus particulièrement, un avocat qui pourra le représenter à l'audience relative à l'interdiction de publication et à celle relative à la mise en liberté sous caution.

[47] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont procédé à une lecture atténuée de manière à limiter l'application des ordonnances impératives de non-publication aux affaires où un procès devant jury était possible. Ils ont conclu que [TRADUCTION] « [l]e droit à un procès équitable ne saurait être considéré à risque lorsqu'un juge, siégeant seul, est exposé à des renseignements préjudiciables qui ne devraient pas être admis au procès » (par. 185). Les juges minoritaires ont interprété largement la nature impérative de l'interdiction. Comme ils l'ont souligné, la conclusion des juges majoritaires a peu d'effets concrets compte tenu du fait que, lors de l'enquête sur remise en liberté

decided on the mode of prosecution. The fact that only a small percentage of criminal charges are actually heard by a jury is therefore not determinative. Because the bail hearing is held at the beginning of the process, even if the provision is read down as the majority have done, the ban would still apply in the vast majority of cases. Thus, this alternative cannot be accepted. Not only does it fail to respond to the appellants' concerns, but it fails to settle the timing and resource issues that arise in respect of the proposed publication ban hearing.

[48] One last alternative was suggested: imposing a discretionary ban limited to prejudicial evidence. In my view, this suggestion presents the same difficulties as those that any publication ban hearing would entail. As I mentioned above, at this early stage of the procedure allocation of time and resources should focus on the fairness of the trial of the accused.

[49] I conclude that the mandatory publication ban is integral to a series of measures designed to foster trial fairness and ensure an expeditious bail hearing. It meets the requirements of the minimal impairment stage of the *Oakes* test. But this does not complete the analysis. The ban must also be found to have benefits that outweigh its deleterious effects.

#### D. *Deleterious Versus Salutory Effects*

[50] As the Chief Justice stated in *Hutterian Brethren* (at para. 76), the final stage of the *Oakes* analysis is not a reiteration of the previous ones. Whereas the focus of the first three stages is on Parliament's objective, the final stage concerns the consequences of the impugned measure.

[51] When the consequences of the mandatory ban are considered, several salutary effects can be

provisoire, l'accusé n'a habituellement pas encore fait son choix et n'a généralement pas exclu la possibilité d'être jugé devant un jury. Dans le cas d'une infraction mixte, le poursuivant peut ne pas avoir fait de choix définitif quant au mode de poursuite. Par conséquent, le fait que seul un faible pourcentage de toutes les accusations criminelles soit en définitive instruit devant un jury n'est pas déterminant. Puisque l'enquête sur la remise en liberté a lieu au début du processus, même avec l'interprétation restrictive faite par les juges majoritaires, l'interdiction s'appliquerait tout de même dans la vaste majorité des cas. Cette solution ne peut donc être retenue. Non seulement elle ne répond pas aux préoccupations des appelants, mais elle ne règle pas les problèmes de délais et de ressources liés à une audience relative à l'interdiction.

[48] La dernière solution proposée consiste à imposer une interdiction discrétionnaire se limitant aux éléments de preuve préjudiciables. À mon avis, cette solution présente les mêmes difficultés que pour n'importe quelle audience relative à l'interdiction. Comme je l'ai déjà dit, aussi tôt dans la procédure, le temps et les ressources doivent être consacrés à assurer l'équité du procès de l'accusé.

[49] Je conclus que l'interdiction impérative fait partie intégrante d'une série de mesures destinées à préserver l'équité du procès et à assurer la tenue rapide de la mise en liberté sous caution. L'interdiction impérative respecte le volet de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes*. L'analyse ne s'arrête toutefois pas là. L'interdiction doit aussi procurer des avantages qui l'emportent sur ses effets préjudiciables.

#### D. *Effets préjudiciables et effets bénéfiques*

[50] Comme l'a affirmé la juge en chef dans l'arrêt *Hutterian Brethren* (par. 76), le dernier volet de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes* n'est pas une répétition des étapes précédentes. Alors que les trois premiers volets sont axés sur l'objectif du législateur, le dernier met en cause les conséquences de la mesure contestée.

[51] Lorsqu'on examine les conséquences de l'interdiction impérative, on constate que cette dernière

identified. First of all, it limits the deprivation of the liberty of the accused by confining the issues at the bail hearing to those specifically related to bail. The first day in custody may be overwhelming for an accused; this is especially true if the conditions of detention are unsatisfactory. The potential hardship at this initial stage cannot be underestimated. In *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 47, Iacobucci J. (dissenting, but not on this point) stated:

At the heart of a free and democratic society is the liberty of its subjects. Liberty lost is never regained and can never be fully compensated for; therefore, where the potential exists for the loss of freedom for even a day, we, as a free and democratic society, must place the highest emphasis on ensuring that our system of justice minimizes the chances of an unwarranted denial of liberty.

A day in the life of an accused person may have a lifelong impact. In addition to protecting this very important liberty interest, the ban means that accused persons can focus their energy and resources on their liberty interests rather than on their privacy interests. It ensures that they will not renounce their right to liberty in order to protect their reputations. It also ensures that the public will not be influenced by untested, one-sided and stigmatizing information bearing on issues that are often irrelevant to guilt. It ensures consistency with the objectives of other publication bans provided for in the *Criminal Code*, such as the one under s. 539 concerning evidence produced at a preliminary inquiry.

[52] Another relevant aspect of the bail hearing which is of particular importance in the assessment of the effect of the ban is the fact that the information relevant to interim release often relates to the character of the individual accused and not to the crime (see J. E. Pink and D. C. Perrier, eds., *From Crime to Punishment: An Introduction to the Criminal Law System* (6th ed. 2007), at p. 92). Evidence will bear not on whether the accused committed the crime, but on the accused as an

a plusieurs effets bénéfiques. Tout d'abord, elle restreint l'atteinte à la liberté de l'accusé en limitant les questions durant l'enquête sur remise en liberté provisoire à ce qui est pertinent pour la mise en liberté sous caution. Le tout premier jour de détention peut se révéler pénible pour un accusé, surtout lorsque les conditions de détention sont insatisfaisantes. Le préjudice potentiel à ce stade initial ne doit pas être sous-estimé. Dans l'arrêt *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 47, le juge Iacobucci (dissident, mais non sur ce point) s'est exprimé dans les termes suivants :

La liberté du citoyen est au cœur d'une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. Par conséquent, dès qu'il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d'une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté.

Une journée dans la vie d'un accusé peut avoir des répercussions permanentes. En plus de protéger ce droit à la liberté très important, l'interdiction permet à l'accusé de concentrer son énergie et ses ressources sur son droit à la liberté plutôt que sur son droit à la vie privée. Elle écarte le risque que l'accusé renonce à son droit à la liberté afin d'éviter que sa réputation ne soit ternie. Elle évite aussi que le public ne soit influencé par des renseignements non vérifiés, unilatéraux et stigmatisants portant sur des questions souvent non pertinentes en ce qui a trait à la culpabilité. Elle assure une uniformité et respecte les objectifs d'autres interdictions de publication prévues au *Code criminel* — notamment à l'art. 539, qui porte sur la preuve produite à l'enquête préliminaire.

[52] Il est un autre élément pertinent de l'enquête sur remise en liberté provisoire qui revêt une importance certaine pour l'appréciation de l'effet de l'interdiction : que les renseignements pertinents pour la mise en liberté provisoire se rapportent souvent à la personnalité de l'accusé et non au crime (voir J. E. Pink et D. C. Perrier, dir., *From Crime to Punishment : An Introduction to the Criminal Law System* (6<sup>e</sup> éd. 2007), p. 92). La preuve ne porte pas sur la question de savoir si l'accusé a commis

individual: what kind of person he or she is, and whether he or she is likely to be a danger for society or to appear at trial. This aspect is important where several accused persons have conflicting interests. In such a case, one accused might choose at the bail hearing to denounce a co-accused as the “bad guy” and to adduce additional untested evidence for that purpose (see (2006), 211 C.C.C. (3d) 234, at para. 116, *per* Durno J.). In such circumstances, a mandatory ban limits the pre-trial disclosure of information that may be inadmissible at trial or highly unreliable.

[53] In addition, two experienced Crown counsel confirmed in affidavits that duty counsel conduct most bail hearings in Ontario; they often prepare for and conduct them under difficult circumstances. For example, they may have to work under serious time constraints and other constraints related to facilities, and the circumstances in which they interview and provide information to the accused are far from ideal. Also, newly arrested accused persons often have only a limited understanding of the court system and the charges facing them, and a limited ability to instruct counsel (see Ontario Court of Appeal reasons, at para. 24, *per* Rosenberg J.A.).

[54] It is in this context that an accused can apply for a publication ban, and when such an application is made, the justice has no discretion. The ban must be ordered. It applies to the evidence taken, information given and representations made at the hearing, and to any reasons given for the order made under s. 515. It remains in effect until the accused is discharged after a preliminary inquiry or until the end of the trial, as the case may be. A large part of the evidence taken at the bail hearing is presumptively inadmissible at trial. Thus, criminal records, prior consistent statements and post-offence conduct, which may be mentioned at the bail hearing, might not be admitted in evidence at trial. While it is true that all information about the accused might arouse the public’s curiosity, such information is

le crime, mais sur l’accusé en tant qu’individu : le genre de personne qu’il est; s’il est susceptible de constituer un danger pour la société ou de comparaître à son procès. Cet aspect est important lorsque plusieurs accusés ont des intérêts opposés. C’est ainsi que l’un des accusés peut décider, à l’enquête sur remise en liberté provisoire, de dénoncer un coaccusé en affirmant qu’il est le « méchant » et, à cet effet, de présenter d’autres éléments de preuve non vérifiés (voir (2006), 211 C.C.C. (3d) 234, par. 116, le juge Durno). Dans de telles circonstances, l’interdiction impérative limite la divulgation préalable de renseignements qui pourraient, au moment du procès, être irrecevables ou très peu fiables.

[53] En outre, deux procureurs de la Couronne d’expérience ont confirmé par affidavit qu’en Ontario ce sont des avocats commis d’office qui procèdent à la plupart des enquêtes sur cautionnement; souvent, ils préparent et dirigent ces enquêtes dans des circonstances difficiles. Par exemple, ils peuvent être soumis à des délais très serrés et à d’autres contraintes liées aux installations, et les conditions dans lesquelles ils interrogent l’accusé et lui communiquent des renseignements sont loin d’être idéales. De même, les accusés arrêtés depuis peu n’ont souvent qu’une compréhension limitée du système judiciaire et des accusations qui pèsent sur eux, de même qu’une capacité limitée de donner des directives à leur avocat (voir les motifs de la Cour d’appel de l’Ontario, par. 24, le juge Rosenberg).

[54] C’est dans ce contexte qu’un accusé peut demander une interdiction de publication, et lorsqu’il le fait, le juge n’a aucun pouvoir discrétionnaire. Il doit prononcer l’ordonnance. L’interdiction s’applique aux témoignages recueillis, aux renseignements fournis et aux observations formulées à l’audience, de même qu’aux motifs étayant l’ordonnance prononcée en vertu de l’art. 515. L’interdiction demeure en vigueur jusqu’à ce que l’accusé soit libéré après une enquête préliminaire ou jusqu’à la fin du procès, selon le cas. Une grande partie de la preuve recueillie à l’enquête sur remise en liberté provisoire est présumée inadmissible. Ainsi, les casiers judiciaires, les déclarations antérieures compatibles et le comportement postérieur à l’infraction, dont il peut être fait état à l’enquête

often irrelevant to the search for truth in relation to the offence, which is the actual purpose of the criminal trial.

[55] A discretionary ban would entail additional issues and adjournments, and would result in longer hearings. Feldman J.A., writing for the majority of the Ontario Court of Appeal in the Ontario case, mentioned a current problem in some overburdened Ontario bail courts (at paras. 198-99): in *R. v. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL), De Filippis J. had described the backlog plaguing the bail courts and concluded that the accused in that case was the victim of systemic delay in the bail system and that his right to reasonable bail had been infringed. Deficiencies in the organization of certain courts cannot of course justify limits on freedom of expression. However, constraints are a fact of life, and courts must be alert to those constraints when assessing the consequences of any change to a process, such as the inclusion of a publication ban hearing.

[56] Be that as it may, the Ontario case illustrates how quickly an accused can be brought before a justice. The arrests were made on June 2, 2006. Between June 3 and June 12, each of the accused appeared in court at least once; for some of them, it was the third appearance. The bail hearings were held on June 12, 2006. The publication ban was then ordered, and it was to apply to all the accused. In light of notice requirements and the conflicting positions taken by counsel for the various accused, this could not have been done as quickly had a publication ban hearing been held.

sur remise en liberté provisoire, pourraient ne pas être admis en preuve au procès. S'il est vrai que tous les renseignements concernant l'accusé peuvent éveiller la curiosité du public, ces renseignements ne sont habituellement pas pertinents pour la recherche de la vérité à propos de l'infraction, qui est l'objet véritable du procès criminel.

[55] Une interdiction discrétionnaire susciterait des questions additionnelles et provoquerait des ajournements, ce qui prolongerait les audiences. La juge Feldman, s'exprimant pour les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire ontarienne, a fait état du problème d'encombrement qu'éprouvent actuellement certains tribunaux de l'Ontario chargés des remises en liberté sous caution (par. 198-199) : dans *R. c. Jevons*, 2008 ONCJ 559, [2008] O.J. No. 4397 (QL), le juge De Filippis avait décrit l'arriéré affligeant les tribunaux chargés des enquêtes sur cautionnement et avait conclu que, en l'occurrence, l'accusé était victime du retard systémique qui existait dans le système de cautionnement et qu'il y avait eu violation de son droit à une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable. Le fait qu'il y ait des lacunes dans l'organisation de certains tribunaux ne saurait bien sûr justifier des restrictions à la liberté d'expression. Cependant, les contraintes font partie de la vie et les tribunaux doivent en tenir compte lorsqu'ils évaluent les conséquences d'un changement à un processus, comme celui d'inclure une audience relative à l'interdiction de publication.

[56] Quoi qu'il en soit, l'affaire ontarienne illustre la rapidité avec laquelle un accusé peut être amené devant un juge. Dans cette affaire, les arrestations ont eu lieu le 2 juin 2006. Entre le 3 juin et le 12 juin, chacun des accusés a comparu en cour au moins une fois; pour certains d'entre eux, il s'agissait d'une troisième comparution. Les enquêtes sur cautionnement ont eu lieu le 12 juin 2006. L'ordonnance de non-publication a été prononcée et s'appliquait à l'ensemble des accusés. Il aurait été impossible de faire cela si des avis avaient dû être donnés et une audience tenue sur l'interdiction de publication, le tout tenant compte des positions divergentes qu'auraient défendues les avocats des divers accusés.

[57] The appellants argue that bail hearings would almost never be delayed if the ban were discretionary because the *Dagenais* test would rarely be met, since jury bias is purely speculative. As a result, counsel would seldom bring motions for bans. This proposition is based on the assumption that accused would renounce their interest in trial fairness to ensure an expeditious hearing. This is exactly the kind of compromise the mandatory ban is intended to avoid. The appellants' argument is in fact based on the incorrect view that the ban has nothing to do with the rights of the accused to a fair trial and to fair access to bail. It is simply wrong to assume that neither the bail hearing itself nor the disclosure of information, evidence or the reasons for the justice's order would have any effect on the accused's interests.

[58] However, the deleterious effects of a publication ban should not be downplayed. Section 517 *Cr. C.* bars the media from informing the population on matters of interest which could otherwise be subject more widely to public debate: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. To this extent, it impairs "[t]he freedom of individuals to discuss information about the institutions of government, [and] their policies and practices" (*New Brunswick*, at para. 18).

[59] The ban prevents full public access to, and full scrutiny of, the criminal justice process. Moreover, the bail hearing may attract considerable media attention and its outcome may not be fully understood by the public, as was apparently the case when Mr. White in the Alberta case and certain of the accused in the Ontario case were initially released. In such cases, the media would be better equipped to explain the judicial process to the public if the information they could convey were not restricted.

[57] Les appelants soutiennent que les retards dans les enquêtes sur cautionnement seraient presque inexistantes si l'interdiction était discrétionnaire, et ce, parce qu'il est difficile de satisfaire au critère établi dans *Dagenais* étant donné que la partialité du jury relève de la spéculation. C'est pourquoi les avocats ne présenteraient que rarement des requêtes en interdiction. Cet argument repose sur la présomption que l'accusé renoncerait à son droit à un procès équitable au profit d'une audience rapide. C'est exactement le genre de compromis que l'interdiction impérative vise à éviter. L'argument des appelants repose en fait sur l'opinion erronée que l'interdiction n'a rien à voir avec les droits de l'accusé à un procès équitable et à un accès équitable à une mise en liberté sous caution. Il est simplement erroné de présumer que ni l'enquête sur remise en liberté provisoire elle-même, ni la divulgation de renseignements, de la preuve ou des motifs étayant l'ordonnance du juge n'ont aucune incidence sur les droits de l'accusé.

[58] Cependant, il ne faut pas minimiser les effets néfastes d'une interdiction de publication. L'article 517 *C. cr.* empêche les médias d'informer la population sur des sujets d'intérêt qui, autrement, pourraient faire l'objet de vastes débats publics : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Dans cette mesure, il porte atteinte à la « [l]a liberté des individus d'échanger de l'information sur les institutions de l'État, et sur les politiques et pratiques de ces institutions » (*Nouveau-Brunswick*, par. 18).

[59] L'interdiction empêche le public d'accéder pleinement au système de justice pénale et d'en faire l'examen approfondi dudit système. Qui plus est, il se pourrait que l'audience relative au cautionnement suscite un intérêt considérable auprès des médias et que son issue ne soit pas parfaitement comprise par le public, comme ça semble avoir été le cas lorsque M. White dans l'affaire albertaine et certains des accusés dans l'affaire ontarienne ont été libérés. En pareils cas, les médias seraient mieux en mesure d'expliquer le processus judiciaire au public si les renseignements qu'ils pouvaient divulguer n'étaient pas limités.

[60] Nonetheless, on balance, I must find that in the context of the bail process, the deleterious effects of the limits on the publication of information are outweighed by the need to ensure certainty and timeliness, to conserve resources, and to avert the disclosure of untested prejudicial information; in other words, to guarantee as much as possible trial fairness and fair access to bail. Although not a perfect outcome, the mandatory ban represents a reasonable compromise.

#### VI. Application to the Co-accused in the Ontario Case

[61] An additional issue is raised in the Ontario case: does the publication ban apply to all the co-accused? The *Criminal Code* is silent on this point, and a justice must resort to his or her common law jurisdiction. In my view, the Ontario courts correctly exercised their jurisdiction in answering the question in the affirmative. A publication ban will be effective only if it applies to all the accused. Clearly, the evidence against the parties will overlap to a great extent.

#### VII. Additional Issues in the Alberta Case

[62] In the Alberta case, the appellants raise a number of additional issues based on jurisdiction, mootness and *functus officio*. They also mention the Court of Appeal's criticism of the choice to raise the constitutional challenge in the context of a criminal proceeding rather than by bringing a civil action.

[63] Although these issues may give rise to interesting comments, the appellants expressly acknowledge that this Court does not need to rule on them, because it has jurisdiction to entertain the substance of the appeal in any event. It is therefore not necessary to deal with them.

[60] Tout bien considéré, je dois néanmoins conclure qu'en matière de mise en liberté sous caution, les effets préjudiciables des limites imposées à la publication des renseignements cèdent le pas à la nécessité d'assurer certitude et opportunité, de préserver les ressources et de prévenir la divulgation de renseignements préjudiciables non vérifiés; autrement dit, de garantir autant que possible l'équité du procès et un accès équitable à une mise en liberté sous caution. Même si la solution n'est pas parfaite, l'interdiction impérative représente un compromis raisonnable.

#### VI. Application aux coaccusés dans l'affaire ontarienne

[61] L'affaire ontarienne comporte une question additionnelle : l'interdiction de publication s'applique-t-elle à tous les coaccusés? Le *Code criminel* est muet sur ce point. Le juge de paix doit donc recourir à la compétence que lui confère la common law. À mon avis, les tribunaux de l'Ontario ont exercé correctement leur compétence en répondant à la question par l'affirmative. Une interdiction de publication ne peut être efficace que si elle s'applique à tous les accusés. De toute évidence, il y aura souvent, dans une large mesure, chevauchement des éléments de preuve présentés contre les parties.

#### VII. Autres questions soulevées dans l'affaire albertaine

[62] Dans l'affaire albertaine, les appelants soulèvent un certain nombre d'autres questions s'attachant à la compétence, au caractère théorique et à la règle du *functus officio*. Ils évoquent également le fait que la Cour d'appel a critiqué le choix de soulever la question constitutionnelle dans le cadre d'une instance criminelle plutôt que dans celui d'une action civile.

[63] Bien que ces questions puissent donner lieu à des commentaires intéressants, les appelants reconnaissent expressément qu'il n'est pas nécessaire qu'elles soient tranchées par la Cour qui, de toute façon, a compétence pour examiner le fond du pourvoi. Il n'est donc pas nécessaire de s'y arrêter.

VIII. Conclusion

[64] For these reasons, I would conclude that s. 517 *Cr. C.* infringes freedom of expression but that the limit can be demonstrably justified in a free and democratic society. Since the appellants sought to strike down the mandatory wording of the provision, I would dismiss their appeals. I would uphold the constitutionality of the provision and allow the cross-appeal in the Ontario case.

The following are the reasons delivered by

[65] ABELLA J. (dissenting) — This Court has a long pedigree in protecting the public's right to be aware of what takes place in the country's courtrooms. It is based on the premise that to maintain public trust in the justice system, the public must be able to see the judicial process at work. The public's ability to engage in meaningful discussion about *what* a judge decides, depends primarily on knowing *why* the particular decision is made. The jurisprudence has, as a result, consistently attempted to enhance both the visibility of the system and the confidence of the public. This emphasis on transparency is known as the open court principle. As Cory J. stated in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326:

[M]embers of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. . . . Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media. [Emphasis added; pp. 1339-40.]

(See also *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R.

VIII. Conclusion

[64] Pour ces motifs, je conclus que l'art. 517 du *C. cr.* porte atteinte à la liberté d'expression, mais que la justification de cette atteinte peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Puisque les appelants cherchaient à faire supprimer les termes de la disposition qui lui confèrent un caractère impératif, je suis d'avis de rejeter leurs pourvois. Je confirme la constitutionnalité de la disposition et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident dans l'affaire ontarienne.

Version française des motifs rendus par

[65] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La Cour protège depuis longtemps le droit du public d'être informé de ce qui se passe dans les salles d'audience du pays. Ce droit repose sur la prémisse que la confiance du public dans le système de justice ne peut être maintenue que si le public peut observer le déroulement du processus judiciaire. La capacité du public à débattre utilement de la *teneur* d'une décision judiciaire dépend essentiellement de sa connaissance des *motifs* de cette décision. D'où les efforts constants de la jurisprudence pour accroître la visibilité du système de justice et renforcer la confiance du public. C'est ce souci de transparence que traduit le principe de la publicité des débats judiciaires. Comme l'a dit le juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 :

[L]e public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. [. . .] C'est comme cela seulement qu'[l] peut [t] évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias. [Je souligne; p. 1339-1340.]

(Voir également *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC

442; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253.)

[66] The issue in this case is whether a ban on bail hearing information should be mandatory in every case where it is requested by the accused, or whether it should only be imposed when the accused is able to demonstrate that his or her fair trial interests demand it. I have had the benefit of reading the reasons of Deschamps J., but with great respect, I am of the view, like Rosenberg J.A. in the Ontario Court of Appeal (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82), and largely for his reasons, that the mandatory ban in s. 517 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, does not survive the final stage of the *Oakes* test. I also agree with him that the appropriate remedy is to sever the mandatory aspect of s. 517 and leave in place the discretion to order a ban, to be exercised in accordance with *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Mentuck*.

[67] Section 517 of the *Criminal Code* automatically prevents disclosure of the judge's reasons and of any information at a bail hearing whenever the accused requests a ban. Neither the public nor the press is prevented from actually being in court during the hearing, but what is mandatorily prohibited is the public dissemination of what is disclosed there until the trial is complete, a chronology that can take years to unfold. This has the effect, for all but the handful of people who are present in the courtroom, of denying access to information surrounding a key aspect of the criminal justice system — the decision whether or not to release an accused back into the community pending his

76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253.)

[66] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si l'interdiction de divulguer les renseignements obtenus dans le cadre de l'enquête sur remise en liberté provisoire devrait obligatoirement s'appliquer dans tous les cas où l'accusé en fait la demande, ou si elle ne devrait être imposée que dans les cas où il peut démontrer que son droit à un procès équitable l'exige. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de la juge Deschamps et, en toute déférence, j'estime, comme le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario (2009 ONCA 59, 94 O.R. (3d) 82) et en grande partie pour les mêmes motifs, que l'interdiction impérative prévue à l'art. 517 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne résiste pas au dernier volet du test de l'arrêt *Oakes*. Je suis également d'accord avec lui pour dire que la réparation appropriée consiste à retrancher l'élément impératif de l'art. 517, tout en laissant intact le pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance d'interdiction qui y est prévu et qui doit être exercé en conformité avec les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Mentuck*.

[67] L'article 517 du *Code criminel* prévoit l'interdiction automatique, sur demande de l'accusé, de divulguer les motifs exprimés par le juge et les renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur remise en liberté provisoire. Rien n'empêche le public ou la presse d'assister à l'audience, mais il est formellement interdit de diffuser ce qui y est révélé avant que le procès soit terminé, ce qui peut prendre des années. Ainsi, mis à part la poignée de personnes présentes dans la salle d'audience, nul n'a accès aux renseignements qui touchent un aspect essentiel du système de justice criminelle — soit la décision de relâcher ou non l'accusé dans la collectivité jusqu'à son procès. Il s'agit là d'une

or her trial. This denial is a profound interference with the open court principle.

[68] The seriousness of the infringement was compellingly summarized by Rosenberg J.A. as follows:

Section 517 cuts off meaningful and informed public debate about a fundamental aspect of the administration of criminal justice, the bail system, at the very time that the debate may be most important — when the decision is made to grant or deny bail. It also hinders debate in other circumstances of great public interest, as where an accused on bail commits another, perhaps serious crime. The public is left to speculate about why the accused was released and the justice system is unable to provide a timely and meaningful response because of the statutorily imposed silence. [para. 32]

[69] The importance of public awareness of the bail decision-making process was stressed in *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, where McLachlin C.J. expressed what is to me the underlying and driving principle in considering whether the mandatory nature of the ban in s. 517 is justified:

Where justice is not seen to be done by the public, confidence in the bail system and, more generally, the entire justice system may falter. [para. 26]

[70] This brings us to whether this harm is outweighed by the benefits of a mandatory ban. The major benefits attributed to the ban are the reduction in pre-trial publicity and delay. Each of these concerns, in my view, can largely be attenuated, and neither represents a sufficiently serious infringement of fair trial rights.

[71] Concerns over pre-trial publicity were addressed by this Court when it considered the question of discretionary bans in *Dagenais* and *Mentuck*. The new threshold articulated in those

atteinte grave au principe de la publicité des débats judiciaires.

[68] La gravité de cette atteinte a été résumée de façon convaincante par le juge Rosenberg :

[TRADUCTION] L'article 517 empêche la tenue d'un débat public utile et éclairé sur un aspect fondamental de l'administration de la justice criminelle, soit le système de remise en liberté provisoire, au moment précis où ce débat revêt peut-être le plus d'importance — c'est-à-dire au moment de la décision d'accorder ou non la remise en liberté provisoire. Il nuit également au débat dans d'autres circonstances d'un grand intérêt public, par exemple lorsqu'un accusé en liberté provisoire commet un autre crime peut-être encore plus grave. Le public ne peut que faire des hypothèses sur les raisons pour lesquelles l'accusé a été relâché et le système de justice n'est pas en mesure de lui fournir une réponse rapide et valable en raison du silence imposé par la loi. [par. 32]

[69] L'importance de permettre au public de suivre le processus décisionnel sur la remise en liberté provisoire a été soulignée dans l'arrêt *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, où la juge en chef McLachlin a formulé ce que je considère comme le principe sous-jacent et directeur qu'il convient d'appliquer pour déterminer si le caractère impératif de l'interdiction prévue à l'art. 517 est justifié :

Lorsque le public n'a pas l'impression que justice est rendue, il risque d'avoir moins confiance dans le système de mise en liberté sous caution et, de manière plus générale, dans tout le système de justice. [par. 26]

[70] Il faut donc se demander si cet effet négatif est supplanté par les avantages que l'on attribue à une interdiction impérative, dont les principaux seraient de réduire le délai et la publicité donnée à l'affaire avant le procès. À mon avis, les retards et cette publicité peuvent être atténués en grande partie et ne portent pas une atteinte suffisamment grave aux droits à un procès équitable.

[71] La Cour s'est intéressée aux problèmes découlant de la publicité donnée à une affaire avant le procès lorsqu'elle a examiné la question des interdictions discrétionnaires dans

cases was a high one, and bans were only to be imposed where they are “necessary” to protect against “real and substantial” risks to an accused’s fair trial rights (*Dagenais*, at p. 878), or “serious” risks to the administration of justice (*Mentuck*, at para. 32). Section 517, in granting an automatic ban at the request of an accused regardless of whether he or she can demonstrate such a degree of risk, completely collapses the constitutional framework in *Dagenais/Mentuck*, leaving out of the balance entirely the public’s presumptive right to know what goes on in a courtroom.

[72] Even if one is disinclined to accept what is to me the cogent evidence in the reasons of Rosenberg J.A. demonstrating how speculative the concerns over pre-trial publicity are, there remains the possibility of remedies such as a partial ban, challenges for cause, or a change of venue if there is a sufficient risk of prejudice. We should also be able to rely on the ability of a properly instructed jury to disregard irrelevant evidence, a reliance that is at the foundation of our belief in juries in criminal trials (*Dagenais*, at pp. 884-85; see also *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-93; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, at pp. 992-93). As Berger J.A. observed in the course of related proceedings in the Alberta appeal, where the accused had been released on bail after being charged with the murder of his pregnant wife:

The Applicant has been charged with second-degree murder. His preliminary hearing will not take place until the new year. If committed to stand trial, jury selection would begin months later. I very much doubt that prospective jurors would retain and recall the details of a 30 second news clip or a seven inch column summarizing submissions made by counsel, or reasons for decision pronounced by a bail judge. Even if some did, the usual admonitions to the array, challenges for cause, and jury instructions themselves, are, in my opinion,

*Dagenais* et dans *Mentuck*. Le nouveau critère formulé dans ces décisions est exigeant, et l’ordonnance de non-publication ne peut être rendue que lorsqu’elle est « nécessaire » pour écarter un risque « réel et important » pour les droits de l’accusé à un procès équitable (*Dagenais*, p. 878), ou un risque « sérieux » pour l’administration de la justice (*Mentuck*, par. 32). En créant une interdiction automatique sur demande de l’accusé, peu importe que celui-ci soit en mesure ou non de démontrer l’existence d’un risque de cette importance, l’art. 517 détruit complètement le cadre constitutionnel établi dans *Dagenais* et *Mentuck*, car il fait totalement abstraction du droit présumé du public de savoir ce qui se passe dans la salle d’audience.

[72] À supposer que l’on soit réticent à admettre ce qui, dans les motifs du juge Rosenberg, me semble démontrer de façon convaincante à quel point les problèmes liés à la publicité avant le procès sont hypothétiques, il est toujours possible de recourir à des solutions telles que l’interdiction partielle de publication, la récusation motivée ou le changement du lieu du procès si le risque de préjudice le justifie. De plus, nous devrions pouvoir avoir confiance en la capacité d’un jury ayant reçu des directives appropriées à écarter les éléments de preuve non pertinents, confiance sur laquelle repose notre foi dans les jurys en droit criminel (*Dagenais*, p. 884-885; voir également *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692-693; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, p. 992-993). Comme l’a fait remarquer le juge Berger de la Cour d’appel dans le cadre d’une procédure connexe dans le dossier provenant de l’Alberta, où l’accusé a été libéré sous caution après avoir été accusé du meurtre de son épouse enceinte :

[TRADUCTION] Le demandeur a été accusé de meurtre au deuxième degré. Son enquête préliminaire n’aura pas lieu avant la nouvelle année. S’il est renvoyé à procès, la sélection du jury commencera des mois plus tard. Je doute fortement que les jurés potentiels se souviennent en détail d’une séquence d’actualités de 30 secondes ou d’une chronique résumant dans une colonne de sept pouces les arguments des avocats ou les motifs de la décision du juge sur la remise en liberté provisoire. Et même s’ils s’en souvenaient, les mises en

sufficient safeguards to ensure that an impartial jury, true to their oaths, will be empanelled.

(*R. v. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255, at para. 17)

[73] In any event, s. 517 only protects an accused from disclosure of pre-trial information from a bail hearing. There is no legislative protection from potentially prejudicial pre-trial information that emanates from sources other than the bail hearing. In the absence of such a generalized ban, the benefit of a ban only on bail hearing information seems to me to be too porous to justify the seriousness of the infringement.

[74] The second benefit of a mandatory ban is said to be the reduction in delay. This is a concern only if one assumes that the request for a discretionary ban will substantially elongate the hearing. It is hard for me to see what evidence would routinely result in a protracted bail proceeding. A delay would also only result if one assumes that the media is entitled to notice in every case. I make no such assumption. While the decision to give notice is a matter of discretion for the judge hearing the bail application, it seems to me to be unrealistic to expect that submissions be invited from the media in every case where a publication ban in a bail hearing is requested.

[75] In the absence of such automatic notice, there will be, in the overwhelming number of cases, no undue delay. Those cases where the media is most likely to contest a ban are those few which have a higher profile. But I would not judge the desirability

garde habituelles adressées aux membres du tableau des jurés, les récusations motivées et les directives au jury elles-mêmes constituent, à mon avis, des protections suffisantes pour qu'un jury impartial, respectant son serment, puisse être constitué.

(*R. c. White*, 2005 ABCA 435, 56 Alta. L.R. (4th) 255, par. 17)

[73] Quoi qu'il en soit, l'art. 517 ne protège l'accusé que contre la divulgation des renseignements obtenus avant le procès dans le cadre de l'enquête sur remise en liberté provisoire. Il n'existe aucune protection législative contre le préjudice que pourrait lui causer la divulgation de renseignements obtenus autrement que dans le cadre de cette enquête. En l'absence d'une interdiction générale, les avantages d'une interdiction portant seulement sur les renseignements recueillis dans le cadre de l'enquête sur remise en liberté provisoire me semblent trop incertains pour justifier la gravité de l'atteinte.

[74] Le deuxième avantage d'une interdiction impérative serait celui de la réduction des délais. Cette question n'entre pourtant en jeu que si l'on tient pour avéré que la demande d'interdiction discrétionnaire augmenterait considérablement la durée de l'enquête. Je vois difficilement quel type de preuve ferait couramment traîner en longueur l'enquête sur remise en liberté provisoire. De même, il n'y aurait retard que dans l'hypothèse où les médias auraient droit à un préavis dans tous les cas. Or, cette hypothèse doit selon moi être rejetée. Bien que la décision de donner un préavis relève du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande de remise en liberté, il me semble irréaliste de s'attendre à ce que l'on invite les médias à formuler des observations chaque fois qu'une ordonnance de non-publication est demandée concernant les renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur remise en liberté provisoire.

[75] Comme le préavis n'est pas automatique, il n'y aura aucun retard indu dans la très grande majorité des cas. Les cas dans lesquels les médias sont le plus susceptibles de contester l'ordonnance de non-publication sont les quelques rares affaires

of a universal mandatory ban based on its effectiveness for a small percentage of cases.

[76] Public confidence in the justice system requires relevant information delivered in a timely way. A mandatory ban on the evidence heard and the reasons given in a bail application is a ban on the information when it is of most concern and interest to the public. Restrictions on the release of such information are only justified if their benefits outweigh their detrimental impact.

[77] Given that the salutary effects of the ban under s. 517 are not proportional to the harmful effects flowing from the infringement of the open court principle, I would allow the appeal in both the Ontario and Alberta cases and strike out the words in s. 517 that render the ban mandatory.

*Appeals dismissed and cross-appeal allowed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Toronto Star Newspapers Ltd. et al.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Canadian Broadcasting Corporation et al.: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.*

*Solicitors for the appellant Edmonton Sun, a Division of Sun Media Corporation: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal Her Majesty The Queen in Right of Canada and for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Brampton.*

*Solicitor for the respondent/appellant on cross-appeal A.A.: John Norris, Toronto.*

qui connaissent une très grande notoriété. Or, je ne jugerais pas de l'opportunité d'une interdiction impérative universelle sur la base de son efficacité dans une faible proportion des cas.

[76] La confiance du public dans le système de justice commande que les renseignements pertinents lui soient communiqués en temps opportun. L'interdiction impérative de communiquer la preuve présentée et les motifs donnés dans le cadre d'une demande de remise en liberté provisoire empêche la diffusion de renseignements à un moment où ils sont d'une importance et d'un intérêt considérables pour le public. Une restriction à la communication de ces renseignements ne saurait se justifier que lorsque les avantages qui en découlent l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[77] Puisque les effets bénéfiques de l'interdiction prévue à l'art. 517 ne sont pas proportionnés aux effets préjudiciables du non-respect du principe de la publicité des débats judiciaires, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi dans les deux dossiers, provenant de l'Ontario et de l'Alberta, et de supprimer de l'art. 517 les mots qui confèrent un caractère impératif à l'interdiction.

*Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs des appelantes/intimées au pourvoi incident Toronto Star Newspapers Ltd. et autres : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs des appelants la Société Radio-Canada et autres : Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.*

*Procureurs de l'appellant Edmonton Sun, une division de Sun Media Corporation : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée/appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine du chef du Canada et de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Brampton.*

*Procureur de l'intimé/appelant au pourvoi incident A.A. : John Norris, Toronto.*

*Solicitor for the respondent F.A.: Dennis Edney, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent S.A.: Peter G. Martin, Eganville, Ontario.*

*Solicitor for the respondent Qayyum Abdul Jamal: Anser Farooq, Toronto.*

*Solicitors for the respondents A.M.D. and Ahmad Mustafa Ghany: Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitors for the respondent S.V.C.: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen and for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Solicitors for the respondent Michael James White: Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.*

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

*Solicitors for the interveners N.S. and N.Y.: Hicks, Block, Adams, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association et al.: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé F.A. : Dennis Edney, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé S.A. : Peter G. Martin, Eganville, Ontario.*

*Procureur de l'intimé Qayyum Abdul Jamal : Anser Farooq, Toronto.*

*Procureurs des intimés A.M.D. et Ahmad Mustafa Ghany : Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé S.V.C. : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine et de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

*Procureurs de l'intimé Michael James White : Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.*

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

*Procureurs des intervenants N.S. et N.Y. : Hicks, Block, Adams, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des journaux et autres : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.*