

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

v.

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

and

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

and

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

INDEXED AS: DAGENAIS v. CANADIAN BROADCASTING  
CORP.

File No.: 23403.

1994: January 24; 1994: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

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

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

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

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

c.

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

b et

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

c  
et

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

d

RÉPERTORIÉ: DAGENAIS c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

N<sup>o</sup> du greffe: 23403.

e

1994: 24 janvier; 1994: 8 décembre.

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

f

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

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

i

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

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

ity — Avenues available for third parties to challenge ban.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Cases Cited

By Lamer C.J.

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

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

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

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

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

### Jurisprudence

<sup>h</sup> Citée par le juge en chef Lamer

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

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

By McLachlin J.

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

By Gonthier J. (dissenting)

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

By La Forest J. (dissenting)

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

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

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

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

Citée par le juge McLachlin

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

Citée par le juge Gonthier (dissident)

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

Citée par le juge La Forest (dissident)

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

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

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

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

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

### Statutes and Regulations Cited

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

### Lois et règlements cités

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

### Authors Cited

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

### Doctrine

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

<sup>a</sup> Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LAMER C.J. —

<sup>b</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER —

### I. Factual Background

### I. Les faits

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Decisions Below

### *Ontario Court of Justice (General Division)*

Gotlib J. made the following orders:

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

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

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

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

## II. Décisions des instances inférieures

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

Le juge Gotlib a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

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

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

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

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

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

She summarized her position in the following manner:

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

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

The Court of Appeal made the following orders:

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

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

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

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

Elle a résumé ainsi sa position:

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

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

La Cour d'appel a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

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

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

(b) Paragraph 3 of the Judgment shall read:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. Analysis

#### A. *Introduction*

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

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

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

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

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

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

### III. Analyse

#### A. *Introduction*

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

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

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

## B. Jurisdiction

### (1) General Principles

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

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

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

## B. La compétence

### (1) Principes généraux

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

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

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

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

(i) *Criminal Code*

Section 674 of the *Criminal Code* provides that:

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

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

(ii) *Supreme Court Act*

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

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

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

(i) *Le Code criminel*

L'article 674 du *Code criminel* dispose:

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

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

(ii) *La Loi sur la Cour suprême*

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40. ...

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

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

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

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

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

40. ...

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

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

Section 40(1) states that:

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

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

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

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

Le paragraphe 40(1) porte:

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

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

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

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

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

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

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

(iii) *Civil*

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

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

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

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

(iii) *Les procédures civiles*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### (iv) *Extraordinary Remedies*

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

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

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

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

#### (iv) *Les redressements extraordinaires*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

(v) *Charter*

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

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

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

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

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

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

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

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

a (v) *La Charte*

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) General Guidelines for Practice

(i) *Preliminary Comments*

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

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

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

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

(2) Directives générales pour la pratique

(i) *Commentaires préliminaires*

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

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

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

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

6.04 (1) The notice of application shall be served on all parties and, where there is uncertainty whether anyone else should be served, the applicant may make a motion without notice to a judge for an order for directions.

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

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

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

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

6.04 (1) L'avis de demande est signifié à toutes les parties. En cas de doute quant à l'obligation de le signifier à une autre personne, le requérant peut demander des directives à un juge par voie de requête, sans préavis.

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

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

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

(ii) *For the Crown and the Accused*

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

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

(ii) *Le ministère public et les accusés*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(iii) *For the Media*

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

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

(iv) *For the Court*

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

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

(iii) *Les médias*

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

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

(iv) *Le tribunal*

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

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

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

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

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

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

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

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

(iii) *Conclusions about Jurisdiction*

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

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

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

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

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

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

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

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

(iii) *Conclusions sur la compétence*

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

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

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

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

### C. Publication Bans

#### (1) The Analytical Approach

Challenges to publication bans may be framed in several different ways, depending on the nature of the objection to the ban. If legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself. Similarly, if a common law rule requires a judge to order a publication ban or authorizes a judge to order a publica-

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

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

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

### h C. Les interdictions de publication

#### (1) La méthode analytique

La contestation d'une interdiction de publication peut prendre différentes formes, suivant la nature de l'opposition à l'interdiction. Si, aux termes d'une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d'une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte*. De même, si une règle de



tion ban that infringes *Charter* rights in a manner not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the common law rule.

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

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

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

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

common law contraint un juge ou l'autorise à rendre une ordonnance de non-publication qui viole des droits garantis par la *Charte* d'une façon qui n'est pas raisonnable et qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, toute opposition à cette ordonnance devrait revêtir la forme d'une contestation de la règle de common law, fondée sur la *Charte*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A publication ban should only be ordered when:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### (3) Some General Comments About Publication Bans

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

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

### (3) Commentaires généraux sur les interdictions de publication

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

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

(i) *Rejecting the Clash Model*

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

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

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

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

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

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

(i) *Rejeter le modèle du conflit*

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

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

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

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

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



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

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

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

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

- encourage the reporting of sexual offences;

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

- protect national security.

It should also be recognized that not ordering bans may:

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

- prevent perjury by placing witnesses under public scrutiny;

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

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

- promote the public discussion of important issues.

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

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

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

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

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

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

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

- maintenir la sécurité nationale.

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

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

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

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

- diminuer le crime au moyen de sa désapprobation publique;

- promouvoir la discussion en public de questions importantes.

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

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

(ii) *The Efficacy of Some Publication Bans*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### (4) General Guidelines

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

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

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

#### (4) Directives générales

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

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



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

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

#### IV. Disposition

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

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

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

#### IV. Dispositif

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

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

The appeal is allowed.

The following are the reasons delivered by

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

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

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

Le pourvoi est accueilli.

Version française des motifs rendus par

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I would dismiss the appeal.

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

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

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

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

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

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

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

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

Les motifs suivants ont été rendus par

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## I. Jurisdiction

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

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

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

## I. Compétence

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 1. *The Criminal Code*

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

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

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

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

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

#### 1. *Le Code criminel*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Section 24(1) of the Charter

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

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

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

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

### 3. Le paragraphe 24(1) de la Charte

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

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



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

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

Later, at p. 958, he repeated:

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

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

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

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

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

Plus loin, à la p. 958, il a répété:

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

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

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