

**IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO)**

B E T W E E N:

THE BRANT COUNTY BOARD OF EDUCATION

Appellant

- and -

CAROL EATON AND CLAYTON EATON

Respondents

- and -

ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, ATTORNEY GENERAL FOR BRITISH COLUMBIA THE ATTORNEY GENERAL FOR QUEBEC, the Canadian Foundation for Children, Youth and The Law, the Ontario Public School Boards' Association, the Down Syndrome Association of Ontario, People First of Canada, Council of Canadians with Disabilities, Confédération des Organismes de Personnes Handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living and The Easter Seal Society of Canada

Intervenors

**BRIEF OF AUTHORITIES OF THE INTERVENER,
THE DOWN SYNDROME ASSOCIATION OF ONTARIO**

McCarthy Tétrault
Barristers and Solicitors
Suite 4700
Toronto Dominion Bank Tower
Toronto-Dominion Centre
Toronto, Ontario M5K 1E6

Tel: (416) 601-7725
Fax: (416) 868-0673

W.I.C. Binnie, Q.C.
Robert Fenton

of Counsel for The Down Syndrome
of Association of Ontario

Agent:

McCarthy Tétrault
Barristers and Solicitors
Suite 1000
275 Sparks Street
Ottawa, Ontario K1R 7X9

Tel: (613) 238-2000
Fax: (613) 563-9386

Colin Baxter
Ottawa agent for the intervener
The Down Syndrome Association
Ontario

(ii)

Hicks Morley Hamilton Stewart Storie
Barristers and Solicitors
30th Floor, T-D Bank Tower
Box 371, Toronto Dominion Centre
Toronto, Ontario M5K 1K8

Tel: (416) 864-7322
Fax: (416) 362-9680

Christopher G. Riggs, Q.C.
Brenda J. Bowlby

Solicitors for the Appellant
and for the intervener
Ontario Public School Boards'
Association

**Advocacy Resource Centre
for the Handicapped**
40 Orchard View Boulevard, Suite 225
Toronto, Ontario M4R 2B9

Tel: (416) 482-8255
Fax: (416) 482-2981

Janet C. Budgell

Solicitors for the Respondents

Agent:

Ogilvy Renault
1600 - 45 O'Connor Street
Ottawa, Ontario

Tel: (613) 780-8661
Fax: (613) 230-5459

Mary Gleason
Ottawa agent for the appellant
and for the intervener
Ontario Public School Boards'
Association

Agent:

Gowling, Strathy & Henderson
2600 - 160 Elgin Street
P.O. Box 466, Station D
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Tel: (613) 232-1781
Fax: (613) 563-9869

Henry Brown
Ottawa agent for
the respondents

(iii)

Attorney General for Ontario
Crown Law Office
720 Bay Street, 8th Floor
Toronto, Ontario M5G 2K1

Tel: (416) 326-2220
Fax: (416) 326-4181

Dennis W. Brown, Q.C.
John P. Zarudny

Agent:

Burke-Robertson
Barristers and Solicitors
70 Gloucester Street
Ottawa, Ontario K2P 0A2

Tel: (613) 236-9665
Fax: (613) 235-4430

Robert H. Houston
Ottawa agent for the Attorney
General for Ontario

Attorney General of British Columbia
Parliament Buildings
Room 232
Victoria, British Columbia V8V 1X4

Tel: (604) 387-4577

Agent:

Burke-Robertson
Barristers and Solicitors
70 Gloucester Street
Ottawa, Ontario K2P 0A2

Tel: (613) 236-9665

V. Jennifer Mackinnon
Ottawa agents for the
Attorney General
for British Columbia

Ministère de la Justice
1200, route de l'Eglise, 2ieme
Sainte-Foy, Quebec G1V 4M1

Tel: (418) 643-1477
Fax: (418) 646-1696

Me. Isabelle Harnois
Solicitors for the
Attorney General for Quebec

Agent:

Noel, Berthiaume, Aubry
111, rue Champlain
Hull, Quebec J8X 3R1

Tel: (819) 771-7393
Fax: (819) 771-5397

Sylvie Roussel
Ottawa agent for the
Attorney General for Quebec

(iv)

**Canadian Foundation for Children,
Youth & the Law**
405 - 720 Spadina Avenue
Toronto, Ontario M5S 2T9

Tel: (416) 920-1633

Cheryl Milne

Solicitors for the interveners
Canadian Foundation for Children,
Youth & the Law and Learning
Disabilities Association of Ontario

Agent:

South Ottawa Community Legal Services
406 - 1355 Bank Street
Ottawa, Ontario K1H 8K7

Tel: (613) 733-0140

Chantal Tie

Ottawa agent for the interveners
Canadian Foundation for Children,
Youth & the Law and Learning
Disabilities Association of Ontario

McMillan Binch
P.O. Box 38
South Tower
Royal Bank Plaza
Toronto, Ontario M5J 2T7

Tel: (416) 865-7143

David W. Kent
Melanie Yach

Sanson & Hart
701 - 123 Edward Street
Toronto, Ontario M5G 1E2

Tel: (416) 591-9193

Geri Sanson

Solicitors for the interveners
Canadian Association for Community
Living, Confédération des Organismes de
Personnes Handicapées du Québec,
Council of Canadians with Disabilities and
People First of Canada

Agent:

Gowling, Strathy, & Henderson
2600 - 160 Elgin Street
Box 466, Station A
Ottawa, Ontario K1N 8S3

Tel: (613) 786- 0139

Henry Brown

Ottawa agent for the interveners
Canadian Association for Community
Living, Confédération des Organismes de
Personnes Handicapées du Québec,
Council of Canadians with Disabilities and
People First of Canada

(v)

Eberts Symes Street & Corbett
200 - 8 Price Street
Toronto, Ontario M4W 1Z4

Tel: (416) 920-3030
Fax: (416) 920-3033

Mary Eberts
Lucy K. McSweeney

Solicitors for the intervener
The Easter Seal Society of Canada

Agent:

Lang Michener
300 - 50 O'Connor Street
Ottawa, Ontario K1P 6L2

Tel: (613) 232-7171
Fax: (613) 232-3191

Eugene Meehan
Ottawa agent for the intervener
The Easter Seal Society of Canada

**IN THE SUPREME COURT OF CANADA
(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO)**

B E T W E E N:

THE BRANT COUNTY BOARD OF EDUCATION

Appellant

- and -

CAROL EATON AND CLAYTON EATON

Respondents

- and -

ATTORNEY GENERAL FOR ONTARIO, ATTORNEY GENERAL FOR BRITISH COLUMBIA THE ATTORNEY GENERAL FOR QUEBEC, the Canadian Foundation for Children, Youth and The Law, the Ontario Public School Boards' Association, the Down Syndrome Association of Ontario, People First of Canada, Council of Canadians with Disabilities, Confédération des Organismes de Personnes Handicapées du Québec, the Canadian Association for Community Living and The Easter Seal Society of Canada

Intervenors

TABLE OF CONTENTS

Tab No.

- 1 *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1987] 1 S.C.R. 1114*
- 2 *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment & Immigration Commission), [1989] 2 S.C.R. 1110*
- 3 *Bank of British Columbia v. Canadian Broadcasting Corporation* (1995) 10 B.C.L.R. (3d) 201 (B.C.C.A.)
- 4 *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corporation* [1994] 3 S.C.R. 835
- 5 *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)* [1991] 2 S.C.R. 22

2. That the Tribunal appointed by the Canadian Human Rights Commission erred in law and exceeded its jurisdiction by imposing upon your Applicant a specific and detailed program containing mandatory quotas to redress alleged discriminatory practices, contrary to Section 41 of the Canadian Human Rights Act.
3. That the Tribunal appointed by the Canadian Human Rights Commission erred in law and exceeded its jurisdiction by ordering that your Applicant carry out said program without consultation with the Canadian Human Rights Commission as required by Section 41(2)(a) of the Canadian Human Rights Act.

In fact, both before the Federal Court of Appeal and before this Court, issue was joined primarily on the second ground of appeal, the jurisdiction of the Tribunal under s. 41(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* to make the impugned order.

Section 41(2) reads:

41. (1) ...

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future;

(b) that such person make available to the victim of the discriminatory practice on the first reasonable occasion such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(d) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facil-

a. 2. Le tribunal constitué par la Commission canadienne des droits de la personne a commis une erreur de droit et a outrepassé sa compétence en imposant à la requérante un programme précis et détaillé comportant des quotas obligatoires pour remédier aux actes discriminatoires allégués, contrairement à l'art. 41 de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

b. 3. Le tribunal constitué par la Commission canadienne des droits de la personne a commis une erreur de droit et a outrepassé sa compétence en ordonnant à la requérante de mettre en œuvre ledit programme sans consulter la Commission canadienne des droits de la personne, comme le requiert l'al. 41(2)a) de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

c. En fait, tant devant la Cour d'appel fédérale que devant nous, la contestation a été liée principalement quant au second moyen d'appel, soit la compétence du tribunal, en vertu de l'al. 41(2)a) de la d. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, pour rendre l'ordonnance contestée.

Le paragraphe 41(2) porte:

41. (1) ...

e. (2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

f. g. a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);

h. b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

i. h. c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte; et

j. d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il fixe, des frais supplémentaires causés, pour recourir à d'autres biens, services, installations

ties or accommodation and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

Hugessen J. allowed the application and set aside part of the Tribunal's Order, [1985] 1 F.C. 96. Insofar as the Tribunal's findings of discrimination were concerned, Hugessen J. was satisfied that no ground had been shown which would justify intervention by the Court under the provisions of s. 28 of the *Federal Court Act*. Likewise, he was not persuaded that the Tribunal committed any excess of jurisdiction in Parts 1 and 3 of the Order under review.

The only part of the Order which gave him concern was the "Special Temporary Measures" section contained in Part 2 and, in particular, paragraph 2 thereof, which imposed a hiring goal of 25 per cent on CN until such time as the goal of 13 per cent female involvement in the non-traditional work force had been achieved.

Justice Hugessen's judgment turned on his interpretation of the words "take measures ... to prevent" in the English text, and "prendre des mesures destinées à prévenir" in the French text of s. 41(2)(a). The crux of the judgment, it appears to me, is found in the following short paragraph which draws a sharp and determinative distinction between "prevention" and "cure" (at p. 102):

The sole permissible purpose for the order is prevention; it is not cure. The text requires that the order look to the avoidance of future evil. It does not allow restitution for past wrongs.

Hugessen J. quoted s. 15(1) of the Act, to which s. 41(2)(a) makes reference. It is the subsection which deals expressly with employment equity programs and it reads:

15. (1) It is not a discriminatory practice for a person to adopt or carry out a special program, plan or arrangement designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status or physical

ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

Le juge Hugessen a accueilli la demande et annulé en partie l'ordonnance du tribunal: [1985] 1 C.F. 96. En ce qui concerne les constatations de discrimination du tribunal, le juge Hugessen était convaincu qu'on n'avait établi aucun motif justifiant l'intervention de la cour en vertu des dispositions de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. De même, on n'a pas réussi à le persuader que le tribunal avait outrepassé sa compétence dans les première et troisième parties de l'ordonnance en cause.

La seule partie de l'ordonnance qui le préoccupait était la section intitulée «Mesures spéciales temporaires» contenue dans la deuxième partie et, notamment, son paragraphe 2, qui impose au CN un objectif d'embauche de 25 pour 100 jusqu'à ce que l'objectif de 13 pour 100 de main-d'œuvre féminine dans des emplois non traditionnels ait été atteint.

L'opinion du juge Hugessen reposait sur son interprétation des termes «prendre des mesures destinées à prévenir» de la version française et «take measures [...] to prevent» de la version anglaise, qui figurent à l'al. 41(2)a). On trouve le fondement de son opinion, me semble-t-il, dans le petit paragraphe suivant qui établit une distinction nette et décisive entre «prévention» et «réparation» (à la p. 102):

Le seul objectif permis que peut viser l'ordonnance est la prévention et non la réparation. Le texte de loi exige de l'ordonnance qu'elle prévienne la répétition d'actes discriminatoires. Il ne permet pas de réparer les préjudices déjà causés.

Le juge Hugessen a cité le par. 15(1) de la Loi, auquel renvoie l'al. 41(2)a). C'est ce paragraphe qui traite expressément des programmes d'équité en matière d'emploi; il est ainsi conçu:

15. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait d'adopter ou de mettre en œuvre des programmes ou des plans ou de prendre des arrangements spéciaux destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés directement ou indirectement sur leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur âge, leur sexe.

handicap of members of that group, by improving opportunities respecting goods, services, facilities, accommodation or employment in relation to that group.

Hugessen J. dealt with s. 15(1) by stating that the programs which s. 15(1) protects as non-discriminatory are voluntary in nature; by contrast, the measures which s. 41(2)(a) permits are imposed by order of the Tribunal. Section 41(2)(a) is limited to prevention in the future whereas s. 15(1) allows "the sins of the fathers to be visited upon the sons". He therefore held that when the Tribunal exercises its power under s. 41 to order the adoption of a program envisaged by s. 15, it can only order that kind of program which will meet the purposive requirements of s. 41. Hugessen J. was willing to concede that the fixing of a goal of 13 per cent women in non-traditional posts in CN in the St. Lawrence Region was a legitimate means of setting a measurable standard against which the achievement of the ultimate purpose of the order could be tested, but he emphasized that the purpose, as required by law, could only be the prevention of future acts of discrimination.

The judge went on to examine the requirement that until the goal was achieved, CN had to hire one woman for each four entries into its unskilled blue-collar labour force. He quoted *inter alia* the following passage from the decision of the Tribunal:

It will be difficult in the case of CN to remedy the marked disparity resulting from years of discriminatory practices. It is to be hoped that, with time, the imbalance will be reduced. However, it is our view that this will not be possible without the imposition of an affirmative action program.

He concluded (at p. 104):

There is nothing of prevention in this. The measure imposed is, and is stated to be, a catch-up provision whose purpose can only be to remedy the effects of past discriminatory practices. That purpose is not one which is permitted by section 41.

Hugessen J. confessed to a "certain sense of frustration" in coming to the conclusion that the Tri-

leur situation de famille ou leur handicap physique en améliorant leurs chances d'emploi ou d'avancement ou en leur facilitant l'accès à des biens, des services, installations ou moyens d'hébergement.

- ^a Le juge Hugessen a traité le par. 15(1) en disant que les programmes que cette disposition considère comme non discriminatoires sont volontaires par nature; par contre, les mesures que vise l'al. 41(2)a sont imposées par ordonnance du tribunal. L'alinéa 41(2)a se limite à la prévention des actes à venir alors que le par. 15(1) permet de «punir les enfants pour les péchés de leurs pères». Il conclut donc que, lorsque le tribunal exerce le pouvoir que lui confère l'art. 41 d'ordonner l'adoption d'un programme envisagé à l'art. 15, il ne peut ordonner que l'adoption de programmes conformes aux objectifs visés par l'art. 41. Le juge Hugessen était disposé à admettre que le fait de fixer un objectif de 13 pour 100 de femmes dans des postes non traditionnels au CN, pour la région du St-Laurent, constituait un moyen légitime d'établir une norme mesurable permettant de vérifier si l'objectif ultime de l'ordonnance avait été atteint, mais il a souligné que cet objectif, suivant la Loi, ne pouvait être que la prévention de futurs actes discriminatoires.

- ^f Il a ensuite examiné l'obligation qui était imposée au CN d'embaucher, jusqu'à ce que cet objectif soit atteint, une femme sur quatre nouveaux employés venant s'ajouter à sa main-d'œuvre manuelle non spécialisée. Il a cité notamment le passage suivant de la décision du tribunal:

- ^h Il sera difficile dans le cas du CN de remédier à la disproportion marquée qui résulte de pratiques suivies depuis des années. Il faut espérer qu'avec le temps, le déséquilibre sera réduit, mais il nous apparaît que la chose ne sera pas possible sans l'imposition d'un programme d'action positive dans le cas qui nous occupe.

Il a conclut en disant ceci (à la p. 104):

- ⁱ Cela n'a rien à voir avec la prévention. Suivant les mots mêmes du tribunal, la mesure imposée est une mesure de rattrapage dont l'objectif ne peut être que de remédier aux conséquences des actes discriminatoires déjà commis. Or, cet objectif ne fait pas partie de ceux que l'article 41 autorise.

- ^j Le juge Hugessen a avoué ressentir «un certain sentiment d'insatisfaction» à conclure que le tribu-

bunal had exceeded its powers in making the order, stating: "On a purely impressionistic basis, neither the goal of 13% nor the imposed hiring quota of 25% strike me as being *per se* unreasonable".

I have dealt at some length with the judgment of Hugessen J. because (i) it is the majority judgment of the Court and (ii) with great respect, I disagree with it. Pratte J., in a short judgment, sided with Hugessen J. in the view that the Tribunal's power was limited to prescribing measures for the purpose of preventing the recurrence of the discriminatory practices which had been found to exist and not to remedy the consequences of past discrimination. Pratte J. would have gone further than Hugessen J., however, and would also have set aside the second and third parts of the Order of the Tribunal. MacGuigan J. wrote a strong and cogent dissent to which I will make reference below, concluding that the Order of the Tribunal was within its jurisdiction under s. 41(2)(a). It is a view which I share.

The Attorney General of Canada did not file a factum or make any representations in the proceedings before our Court.

III

Interpreting Human Rights Legislation

Let me emphasize at the outset that the Human Rights Tribunal's findings of fact that the hiring practices of Canadian National in the St. Lawrence Region constituted systemic discrimination are not at issue before this Court. Moreover, the argument that the Human Rights Tribunal lacked jurisdiction because the Commission failed first to consult with CN in breach of s. 41(2)(a) was not pursued with great vigour. In my view, the lack of emphasis upon that argument was wise for it holds no merit. The real controversy relates solely to the legality of the remedial order issued by the Human Rights Tribunal.

nal a outrepassé ses pouvoirs en rendant l'ordonnance, disant: «De prime abord, ni l'objectif de 13 %, ni le quota d'embauchage de 25 % ne m'apparaissent, en eux-mêmes, déraisonnables».

a

J'ai traité assez longuement de l'opinion du juge Hugessen parce que: (i) elle représente l'arrêt des juges formant la majorité de la Cour et (ii), avec beaucoup d'égards, je ne la partage pas. Le juge Pratte, dans une courte opinion, s'est rallié au juge Hugessen en se disant d'avis que le pouvoir du tribunal se limitait à prescrire des mesures destinées à prévenir la récurrence des actes discriminatoires constatés et non de remédier aux conséquences d'actes discriminatoires antérieurs. Toutefois, il serait allé plus loin que le juge Hugessen et aurait aussi annulé les seconde et troisième parties de l'ordonnance du tribunal. Le juge MacGuigan a inscrit une dissidence énergique et convaincante, à laquelle je me référerai plus loin, concluant que l'ordonnance du tribunal était conforme à sa compétence en vertu de l'al. 41(2)a). C'est une opinion que je partage.

b

c

d

e

f

III

L'interprétation de la législation sur les droits de la personne

Qu'il me soit permis, au départ, de souligner que les constatations de fait du tribunal des droits de la personne suivant lesquelles les pratiques d'embauche du Canadian National dans la région du St-Laurent constituent de la discrimination systémique, ne sont pas en cause devant nous. De plus, l'argument portant que le tribunal des droits de la personne n'avait pas compétence parce que la Commission n'a pas consulté le CN, contrairement à l'al. 41(2)a), n'a pas été invoqué avec beaucoup de vigueur. À mon avis, on a bien fait de ne pas insister là-dessus car l'argument est sans fondement. Le vrai litige porte uniquement sur la légalité de l'ordonnance réparatrice rendue par le tribunal des droits de la personne.

g

i

j

I do not think the answer to the question posed in this appeal will be found by applying strict grammatical construction to the last twelve words of s. 41(2)(a). I say this for at least three reasons. First, such an approach renders meaningless the specific reference back to s. 15(1) contained in s. 41(2)(a). Section 15(1) of the Act is designed to save employment equity programs from attack on the ground of "reverse discrimination". If s. 41(2)(a) is read to limit the scope of such programs, no effective mandatory employment equity program could be undertaken in any circumstances, and the legislative protection offered to the principle of employment equity would be nullified. Second, in focussing solely upon the limited purposive aspect of s. 41(2)(a) itself, the dominant purpose of the *Canadian Human Rights Act* is ignored. Yet, we are not left in the dark as to the purpose of the Act as a whole. The drafters saw fit to include a specific statement of purpose in s. 2:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

(a) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap . . .

Third, the case-law of this Court, some of which post-dates the judgment of the Federal Court of Appeal in the present proceedings, has a direct bearing on the outcome of this appeal. The Court has spoken on the proper interpretive attitude towards human rights codes and acts.

Je ne pense pas qu'on puisse répondre à la question soulevée dans le présent pourvoi au moyen d'une interprétation grammaticale stricte de l'expression «prévenir les actes semblables» de l'al. 41(2)a), et ce, pour au moins trois raisons. En premier lieu, une telle solution fait perdre tout son sens à la référence expresse au par. 15(1) que fait l'al. 41(2)a). Le paragraphe 15(1) de la Loi vise à protéger les programmes d'équité en matière d'emploi contre toute contestation pour le motif qu'ils constituent de la «discrimination à rebours». Si l'al. 41(2)a) était interprété de façon à limiter la portée de ces programmes, aucun programme d'équité en matière d'emploi obligatoire et efficace ne pourrait être mis en œuvre dans quelques circonstances que ce soit et la garantie législative apportée au principe de l'équité en matière d'emploi se trouverait annulée. En deuxième lieu, en ne s'intéressant qu'à l'aspect limité des objectifs de l'al. 41(2)a) lui-même, on oublie le but premier de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Pourtant, on ne nous a pas laissé dans l'incertitude quant à l'objet général de la Loi. Ses rédacteurs ont jugé bon d'inclure une déclaration d'intention expresse à l'art. 2:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

i En troisième lieu, la jurisprudence de cette Cour, dont une partie est postérieure à l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale en l'espèce, a une incidence directe sur l'issue du présent pourvoi. La Cour s'est prononcée sur l'attitude à adopter quand il s'agit d'interpréter des lois et des codes sur les droits de la personne.

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained. See s. 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, as amended. As Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87 has written:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The purposes of the Act would appear to be patently obvious, in light of the powerful language of s. 2. In order to promote the goal of equal opportunity for each individual to achieve "the life that he or she is able and wishes to have", the Act seeks to prevent all "discriminatory practices" based, *inter alia*, on sex. It is the practice itself which is sought to be precluded. The purpose of the Act is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination.

The last point is an important one and it deserves to be underscored. There is no indication that the purpose of the *Canadian Human Rights Act* is to assign or to punish moral blameworthiness. No doubt, some people who discriminate do so out of wilful ignorance or animus. Many of the first anti-discrimination statutes focussed solely upon the behaviour of such individuals, requiring proof of "intent" to discriminate before imposing any sanctions. See Walter S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (1982), at pp.

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant ^a une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets. Voir l'article 11 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 et ses modifications. Comme Elmer A. Driedger l'a écrit à la p. 87 de *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l'interprétation d'une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Les objets de la Loi sembleraient tout à fait évidents, compte tenu des termes puissants de l'art. 2. Pour que tous puissent avoir des chances égales d'«épanouissement», la Loi cherche à interdire «les considérations» fondées notamment sur le sexe. C'est l'acte discriminatoire lui-même que l'on veut prévenir. La Loi n'a pas pour objet de punir la faute, mais bien de prévenir la discrimination.

Ce dernier point est important et mérite d'être souligné. Rien n'indique que l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit d'attribuer une responsabilité morale ou de la punir. Il ne fait pas de doute que certaines personnes qui établissent des distinctions illicites le font délibérément ou par ignorance volontaire. Parmi les premières lois antidiscriminatoires, beaucoup s'intéressaient uniquement au comportement des personnes de ce genre et exigeaient la preuve de l'«intention» d'établir une distinction illicite pour

109-122. There were two major difficulties with this approach. One semantic problem was a continuing confusion of the notions of "intent" and "malice". The word "intent" was deprived of its meaning in common parlance and was used as a surrogate for "malice". "Intent" was not the simple willing of a consequence, but rather the desiring of harm.

This imputed meaning was coherent in the context of a statute designed to punish moral blameworthiness. However, as the second problem with a fault-based approach was revealed—that moral blame was too limited a concept to deal effectively with the problem of discrimination—an attempt was made by legislatures and courts to cleanse the word "intent" of its moral component. The emphasis upon formal causality was restored and the intent required to prove discrimination became the intent to cause a discriminatory result. The judgment of the Federal Court of Appeal in *Canadian National Railway Co. v. Canadian Human Rights Commission and Bhinder*, [1983] 2 F.C. 531, is an example of this approach (aff'd on different grounds in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561). The difficulty with this development was that "intent" had become so encrusted with the moral overtones of "malice" that it was often difficult to separate the two concepts. Moreover, the imputation of a requirement of "intent", even if unrelated to moral fault, failed to respond adequately to the many instances where the effect of policies and practices is discriminatory even if that effect is unintended and unforeseen. The stated purpose of human rights legislation (in the case of the Canadian Act, to prevent "discriminatory practices") was not fully implemented.

The first comprehensive judicial statement of the correct attitude towards the interpretation of human rights legislation can be found in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*,

que puissent être imposées des sanctions. Voir Walter S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (1982), aux pp. 109 à 122. Cette conception soulevait deux difficultés majeures. Il y

- a* avait d'abord un problème de sémantique: la confusion permanente entre la notion d'*«intention»* et celle d'*«intention de nuire»*. Le terme *«intention»* perdait son sens ordinaire pour devenir synonyme d'*«intention de nuire»*. L'*«intention»* ne consistait plus simplement à vouloir une conséquence, c'était vouloir nuire.
- b*

Le sens attribué était logique dans le contexte d'une loi conçue pour punir la responsabilité morale. Toutefois, avec la révélation du second problème que suscitait une conception basée sur la faute, savoir que le blâme moral était un concept trop limité pour résoudre vraiment la question de la discrimination, les législateurs et les tribunaux ont tenté de dépouiller le terme *«intention»* de sa connotation morale. L'insistance sur la causalité formelle a été rétablie et l'intention requise pour prouver la discrimination est devenue l'intention d'arriver à un résultat discriminatoire. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne et Bhinder*, [1983] 2 C.F. 531, est un exemple de cette conception (confirmé pour des motifs différents dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561). La difficulté que posait ce changement, c'est que l'*«intention»* s'entourait tellement de la connotation morale d'*«intention de nuire»* qu'il devenait souvent difficile de séparer les deux concepts. De plus, l'imputation d'une exigence d'*«intention»*, même non liée à la faute morale, ne répondrait pas adéquatement aux nombreux cas où des politiques et pratiques ont un effet discriminatoire, même si cet effet n'a été ni voulu ni prévu. L'objectif arrêté de la législation sur les droits de la personne (qui, dans le cas de la Loi canadienne, est d'empêcher les *«actes discriminatoires»*) n'était pas entièrement réalisé.

Le premier énoncé judiciaire complet de l'attitude à adopter au sujet de l'interprétation de la législation sur les droits de la personne se retrouve dans l'arrêt *Insurance Corporation of British*

[1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158, where Lamer J. emphasized that a human rights code "is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law". This principle of interpretation was further articulated by McIntyre J., for a unanimous Court, in *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156:

Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement.

The emphasis upon the "special nature" of human rights enactments was a strong indication of the Court's general attitude to the interpretation of such legislation.

In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, the Court set out explicitly the governing principles in the interpretation of human rights statutes. Again writing for a unanimous Court, McIntyre J. held, at pp. 546-47:

It is not, in my view, a sound approach to say that according to established rules of construction no broader meaning can be given to the Code than the narrowest interpretation of the words employed. The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment . . . , and give it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect. The Code aims at the removal of discrimination.

There can be no doubt that Canadian human rights legislation is now typically drafted to avoid reference to intention. As noted previously, the

Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158, où le juge Lamer souligne qu'un code des droits de la personne ne doit pas être considéré «comme n'importe quelle autre loi d'application

a générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale.» Ce principe d'interprétation a été précisé davantage par le juge McIntyre, au nom d'une Cour unanime, dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156:

Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être

c modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions.

d L'accent mis sur la «nature spéciale» des textes législatifs portant sur les droits de la personne constituait une forte indication de l'attitude générale que prendrait la Cour au sujet de l'interprétation de tels textes.

Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, la Cour énonce explicitement les principes applicables à l'interprétation des lois sur les droits de la personne. S'exprimant encore une fois au nom de la Cour à l'unanimité, le juge McIntyre conclut, aux pp. 546 et 547:

g Ce n'est pas, à mon avis, une bonne solution que d'affirmer que, selon les règles d'interprétation bien établies, on ne peut prêter au Code un sens plus large que le sens le plus étroit que peuvent avoir les termes qui y sont employés. Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne,

h la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif [...] et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est i d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application. Le Code vise la suppression de la discrimination.

j Il ne peut y avoir de doute que la législation canadienne sur les droits de la personne est normalement rédigée aujourd'hui de façon à éviter toute

Canadian Human Rights Act is addressed to "discriminatory practices". The *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340, seeks to uphold the "equal dignity" of all men and women by preventing discrimination. In *Simpsons-Sears*, at p. 547, this Court spoke clearly as to the purpose of the Ontario Code, holding that the reach was wider than intentional discrimination:

It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

The emphasis upon discriminatory effects was also held by this Court to be central to the purposes of the *Canadian Human Rights Act*: *Bhinder*, at p. 586, *per* McIntyre J. (with whom all other members of the Court concurred on this point).

A necessary implication of the focus upon discriminatory effects was recognized by the Court in *Simpsons-Sears*. At page 551, McIntyre J. held that, in determining whether an individual or entity had practised discrimination under the relevant legislation, it was appropriate for the Court to consider "adverse effect discrimination", which may be described as the imposition of obligations, penalties or restrictive conditions that result from a policy or practice which is on its face neutral but which has a disproportionately negative effect on an individual or group because of a special characteristic of that individual or group.

The rejection of a necessity to prove intent and the unequivocal adoption of the idea of "adverse effect discrimination" by the courts is the result of a commitment to the purposive interpretation of human rights legislation. An instructive example of the contemporary trend is found in the judgment of the Court of Appeal of Saskatchewan in *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan*

référence à l'intention. Comme on l'a déjà constaté, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise certains «actes discriminatoires». Le *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, chap. 340, veut promouvoir «l'égale dignité» de l'ensemble des hommes et des femmes par la prévention de la discrimination. Dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, à la p. 547, cette Cour s'est exprimée clairement sur l'objet du Code ontarien, jugeant que sa portée va plus loin que la discrimination volontaire:

C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

La Cour a également jugé que l'accent mis sur les effets discriminatoires est primordial pour les fins de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*: arrêt *Bhinder*, à la p. 586, le juge McIntyre (à l'avis duquel souscrivent, sur ce point, tous les autres membres de la Cour).

Dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, la Cour a reconnu l'existence d'une conséquence nécessaire de l'accent mis sur les effets discriminatoires. À la page 551, le juge McIntyre conclut que pour déterminer si une personne morale ou physique s'est livrée à de la discrimination au sens de la loi pertinente, il convenait que la Cour examine la question de la «discrimination par suite d'un effet préjudiciable», qu'on peut définir comme l'imposition d'obligations, de peines ou de conditions restrictives résultant d'une politique ou d'une pratique qui est neutre à première vue, mais qui a un effet négatif disproportionné sur un individu ou un groupe d'individus en raison d'une caractéristique spéciale de cet individu ou de ce groupe d'individus.

Le rejet de la nécessité de prouver l'intention et l'adoption non équivoque de l'idée de «discrimination par suite d'un effet préjudiciable» par les tribunaux résultent de l'adoption de l'interprétation fondée sur l'objet de la législation sur les droits de la personne. On trouve un exemple instructif de la tendance contemporaine dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan *Canadian*

Human Rights Commission, [1985] 3 W.W.R. 717, where Vancise J.A. wrote at p. 735:

Generally human rights legislation has been given a broad interpretation to ensure that the stated objects and purposes are fulfilled. A narrow restrictive interpretation which would defeat the purpose of the legislation, that is, the elimination of discrimination, should be avoided.

As discussed above, the Supreme Court in the *Simpsons-Sears* and *Bhinder* decisions has already recognized that Canadian human rights legislation is directed not only at intentional discrimination, but at unintentional discrimination as well. In particular, the prohibition of discrimination in the *Canadian Human Rights Act* has been held to reach situations of "adverse effect discrimination": *Bhinder*. But unintentional discrimination may occur in another form, with potentially greater consequences in terms of the number of people who are disadvantaged. Section 15(1) of the Act and, by extension s. 41(2)(a), was designed to meet this second problem of "systemic discrimination".

IV

Systemic Discrimination and the Special Temporary Measures Order

A thorough study of "systemic discrimination" in Canada is to be found in the Abella Report on equality in employment. The terms of reference of the Royal Commission instructed it "to inquire into the most efficient, effective and equitable means of promoting employment opportunities, eliminating systemic discrimination and assisting individuals to compete for employment opportunities on an equal basis." (Order in Council P.C. 1983-1924 of 24 June 1983). Although Judge Abella chose not to offer a precise definition of systemic discrimination, the essentials may be gleaned from the following comments, found at p. 2 of the Abella Report:

Discrimination . . . means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics . . .

Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission, [1985] 3 W.W.R. 717, où le juge Vancise écrit, à la p. 735:

[TRADUCTION] En général, la législation sur les droits de la personne a reçu une interprétation large afin d'assurer que ses objectifs déclarés soient atteints. Une interprétation restrictive contraire à l'objet de la législation, qui est d'éliminer la discrimination, devrait être évitée.

^b Comme nous l'avons vu, la Cour suprême, dans les arrêts *Simpsons-Sears* et *Bhinder*, a déjà reconnu que la législation canadienne sur les droits de la personne vise non seulement la discrimination volontaire mais aussi la discrimination involontaire. En particulier, il a été jugé que la prohibition de la discrimination par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise aussi les cas de «discrimination par suite d'un effet préjudiciable»: arrêt *Bhinder*. Mais la discrimination involontaire peut prendre une autre forme et avoir des conséquences potentiellement plus graves sur le plan du nombre d'individus désavantagés. Le paragraphe 15(1) de la Loi et, par extension l'al. 41(2)a), ont été conçus pour répondre à ce second problème de «discrimination systémique».

IV

f La discrimination systémique et l'ordonnance de mesures spéciales temporaires

On trouve une étude exhaustive de la «discrimination systémique» au Canada dans le rapport ^g Abella sur l'égalité en matière d'emploi. La Commission royale avait pour mandat «d'enquêter sur les moyens les plus efficaces et équitables de promouvoir les chances d'emploi, d'éliminer la discrimination systémique et d'assurer à tous les mêmes possibilités de prétendre à un emploi . . .» (Décret C.P. 1983-1924 du 24 juin 1983.) Quoique le juge Abella ait choisi de ne pas donner une définition précise de la discrimination systémique, on peut en glaner l'essentiel dans les commentaires suivants, que l'on trouve à la p. 2 de son rapport:

^j . . . la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emploi, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort . . .

It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone's potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.

This is why it is important to look at the results of a system

In other words, systemic discrimination in an employment context is discrimination that results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination. The discrimination is then reinforced by the very exclusion of the disadvantaged group because the exclusion fosters the belief, both within and outside the group, that the exclusion is the result of "natural" forces, for example, that women "just can't do the job" (see the Abella Report, pp. 9-10). To combat systemic discrimination, it is essential to create a climate in which both negative practices and negative attitudes can be challenged and discouraged. The Tribunal sought to accomplish this objective through its "Special Temporary Measures" Order. Did it have the authority to do so?

Section 41(2) of the *Canadian Human Rights Act* lists the orders that a Tribunal may make if it determines that a person has engaged in a discriminatory practice. Among the potential orders is an order for "measures" to be taken under s. 41(2)(a) "including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future." The "program, plan or arrangement" referred to in s. 15(1) is any mechanism "designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to" *inter alia*, sex.

Because of his stated emphasis upon the "ordinary grammatical construction" of s. 41(2)(a),

La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires. Voilà pourquoi il est important d'analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d'emploi.

b

En d'autres termes, la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces «naturelles», par exemple que les femmes «ne peuvent tout simplement pas faire le travail» (voir le rapport Abella, aux pp. 9 et 10). Pour combattre la discrimination systémique, il est essentiel de créer un climat dans lequel tant les pratiques que les attitudes négatives peuvent être contestées et découragées. Le tribunal a tenté d'atteindre cet objectif par son ordonnance de «mesures spéciales temporaires». Avait-il le pouvoir de le faire?

Le paragraphe 41(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* énumère les ordonnances qu'un tribunal peut rendre quand il constate qu'il y a eu acte discriminatoire. Parmi les ordonnances possibles, il y a l'ordonnance de «mesures» à prendre en vertu de l'al. 41(2)a), pour «prévenir les actes semblables», y compris «l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1)». Les «programmes, plans ou arrangements» dont il est question au par. 15(1), ce sont tous les mécanismes «destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés directement ou indirectement sur» le sexe notamment.

j En raison de son insistance expresse sur «l'interprétation grammaticale ordinaire» de l'al. 41(2)a),

Hugessen J., for the majority in the Federal Court of Appeal, offered this reading of the paragraph (at p. 102):

Reduced to its essentials, this text permits the Tribunal to order the taking of measures aimed at preventing the future occurrence of a discriminatory practice on the part of a person found to have engaged in such a practice in the past.

He stressed that “[t]he sole permissible purpose for the order is prevention” and that the text “does not allow restitution for past wrongs.” Therefore, the “program, plan or arrangement” authorized by reference to s. 15(1) would necessarily be limited by the language of s. 41(2)(a) to a mechanism designed “to prevent the same or a similar practice occurring in the future”. Hugessen J. recognized the special difficulties involved in dealing with systemic discrimination (at p. 105):

... I recognize that by its very nature systemic discrimination may require creative and imaginative preventive measures. Such discrimination has its roots, not in any deliberate desire to exclude from favour, but in attitudes, prejudices, mind sets and habits which may have been acquired over generations. It may well be that hiring quotas are a proper way to achieve the desired result.

Hugessen J. simply did not believe, without some precise factual showing, that specific hiring goals could be related to prevention, and thereby fall within s. 41(2)(a). The Special Temporary Measures ordered by the Tribunal were struck down because the employment objectives imposed in the Order were expressed in terms which, in Justice Hugessen’s view, indicated that the objective was remedial and not preventive.

To evaluate this argument it is important to remember exactly what was ordered by the Human Rights Tribunal. The impugned section of the Order was headed “Special Temporary Measures” and the heart of the employment equity program was contained in paragraph 2:

... Canadian National is ordered to hire at least one woman for every four non-traditional positions filled in the future.... When it is in effect, daily adherence to the one-in-four ratio will not be required in order to give the employer more choice in the selection of candidates.

le juge Hugessen, au nom de la majorité de la Cour d’appel fédérale, propose cette interprétation de l’alinéa (à la p. 102):

En substance, ce texte permet au tribunal d’ordonner à la personne qu’il a trouvée coupable d’un acte discriminatoire de prendre des mesures destinées à prévenir la répétition de cet acte.

b Il souligne que «[l]e seul objectif permis que peut viser l’ordonnance est la prévention» et que le texte «ne permet pas de réparer les préjudices déjà causés.» Par conséquent, les «programmes [...] plans [...] ou [...] arrangements» visés au par.

c 15(1) qui peuvent être adoptés seraient nécessairement limités, par le texte de l’al. 41(2)a), à un mécanisme conçu pour «prévenir les actes semblables». Le juge Hugessen reconnaît que la discrimination systémique soulève des difficultés particulières (à la p. 105):

... je reconnais que, de par sa nature même, la discrimination systémique peut nécessiter l’adoption de mesures préventives innovatrices et imaginatives. De tels actes discriminatoires prennent leur source, non dans une

e volonté délibérée de défavoriser, mais dans les attitudes, préjugés, manières de penser, et habitudes qui ont pu s’installer au cours de plusieurs générations. Il se peut bien que les quotas d’embauchage soient une bonne façon de parvenir au résultat désiré.

f Le juge Hugessen n’a tout simplement pas cru, en l’absence de faits précis, que des objectifs d’embauche spécifiques pouvaient être liés à la prévention et ainsi relever de l’al. 41(2)a). Les mesures spéciales temporaires ordonnées par le tribunal ont été annulées parce que les objectifs d’emploi y sont exprimés en des termes qui, aux yeux du juge Hugessen, indiquent qu’ils ont pour but de réparer et non de prévenir.

h Pour évaluer cet argument, il importe de se souvenir exactement de la teneur de l’ordonnance du tribunal des droits de la personne. La section contestée de l’ordonnance est intitulée «Mesures spéciales temporaires» et le principe du programme d’équité en matière d’emploi est énoncé au deuxième paragraphe:

j ... il est ordonné au Canadian National d’embaucher au moins une femme sur quatre postes non traditionnels à être comblés à l’avenir [...] Une fois en vigueur, la proportion d’un sur quatre n’aura pas à être respectée quotidiennement, ce afin de permettre à l’employeur un

However, it must be complied with over each quarterly period until the desired objective of having 13% of non-traditional positions filled by women is achieved.

It should be underscored once again that the objective of 13 per cent female participation was not arbitrary, for it corresponded to the national average of women involved in the non-traditional occupations.

In his dissenting opinion in the Federal Court of Appeal, MacGuigan J. accepted, as I do, that s. 41(2)(a) was designed to allow human rights tribunals to prevent future discrimination against identifiable protected groups, but he held that "prevention" is a broad term and that it is often necessary to refer to historical patterns of discrimination in order to design appropriate strategies for the future. He noted the deep roots of discrimination against women at CN. It is an uncontradicted fact that the hiring and promotion policies of CN and the enormous problems faced by the tiny minority of women in the blue-collar work force amounted to a systematic denial of women's equal employment opportunities.

Justice MacGuigan's point is made abundantly clear when one considers the context in which the challenged order was issued. It bears repeating that the Tribunal had found that at the end of 1981 only 0.7 per cent of blue-collar jobs in the St. Lawrence Region of Canadian National were held by women. The Tribunal found furthermore that the small number of women in non-traditional jobs tended to perpetuate exclusion and, in effect, to cause additional discrimination. Moreover, Canadian National knew that its policies and practices, although perhaps not discriminatory in intent, were discriminatory in effect, yet had done nothing substantial to rectify the situation. When confronted with such a case of "systemic discrimination", it may be that the type of order issued by the Tribunal is the only means by which the purpose of the *Canadian Human Rights Act* can be met. In any program of employment equity,

meilleur choix dans la sélection des candidats. Elle devra cependant être respectée dans l'ensemble de chaque période trimestrielle, jusqu'à ce que l'objectif désiré de 13 % de femmes dans les postes non traditionnels soit atteint.

Il est bon de rappeler une fois encore que cet objectif de 13 pour 100 de participation féminine n'était pas arbitraire; il correspondait à la moyenne nationale des femmes occupant des emplois non traditionnels.

Dans son opinion dissidente en Cour d'appel fédérale, le juge MacGuigan a reconnu, tout comme je le fais, que l'al. 41(2)a a été conçu pour permettre aux tribunaux des droits de la personne d'empêcher que des groupes protégés identifiables ne soient à l'avenir victimes de discrimination, mais il a jugé que le terme «prévention» est fort général et qu'il est souvent nécessaire de se référer à des régimes historiques de discrimination pour concevoir les stratégies appropriées à l'avenir. Il a constaté que la discrimination dont étaient victimes les femmes au CN avait des racines profondes. C'est un fait incontesté que les politiques d'embauche et de promotion du CN et les problèmes considérables auxquels doit faire face la faible minorité de femmes cols bleus reviennent à dénier systématiquement aux femmes l'égalité des chances en matière d'emploi.

Cette remarque du juge MacGuigan devient on ne peut plus claire lorsqu'on considère le contexte dans lequel l'ordonnance contestée a été rendue. Il vaut la peine de répéter que le tribunal avait constaté qu'à la fin de 1981 seulement 0,7 pour 100 des emplois manuels dans la région du St-Laurent du Canadien National étaient occupés par des femmes. Le tribunal a aussi constaté que le petit nombre de femmes occupant des emplois non traditionnels avait tendance à perpétuer leur exclusion et, en fait, à constituer une cause supplémentaire de discrimination. De plus, le Canadien National savait que ses politiques et pratiques, même si elles n'étaient peut-être pas volontairement discriminatoires, étaient effectivement discriminatoires, et pourtant il n'avait rien fait d'important pour remédier à la situation. Lorsqu'on a affaire à un tel cas de «discrimination systémique», il se peut qu'une ordonnance comme celle rendue

there simply cannot be a radical dissociation of "remedy" and "prevention". Indeed there is no prevention without some form of remedy. The point was explained clearly by Professors Greschner and Norman in their Case Comment on the majority judgment of the Federal Court of Appeal in this case, found at (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 805, at p. 812. They emphasize that an employment equity program

... tries to break the causal links between past inequalities suffered by a group and future perpetuation of the inequalities. It simultaneously looks to the past and to the future, with no gap between cure and prevention. Any such program will remedy past acts of discrimination against the group and prevent future acts at one and the same time. That is the very point of affirmative action.

This point demands repetition . . . When a program is said to be aimed at remedying past acts of discrimination, such as by bringing women into blue-collar occupations, it necessarily is preventing future acts of discrimination because the presence of women will help break down generally the notion that such work is man's work and more specifically, will help change the practices within that workplace which resulted in the past discrimination against women. From the other perspective, when a program is said to be aimed at preventing future acts of discrimination (again by bringing women into blue-collar occupations), it necessarily is also remedying past acts of discrimination because women as a group suffered from the discrimination and are now benefitting from the program.

Unlike the remedies in s. 41(2)(b)-(d), the "remedy" under s. 41(2)(a) is directed towards a group and is therefore not merely compensatory but is itself prospective. The benefit is always designed to improve the situation for the group in the future, so that a successful employment equity program will render itself otiose.

To see more clearly why the Special Temporary Measures Order is prospective, it would be helpful

par le tribunal soit le seul moyen de réaliser l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Dans tout programme d'équité en matière d'emploi, on ne peut tout simplement pas dissocier radicalement la «réparation» et la «prévention». En fait, il ne peut y avoir de prévention sans une forme quelconque de réparation. Les professeurs Greschner et Norman ont expliqué cela clairement dans leur commentaire de l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, qu'on trouve à (1985), 63 *R. du B. can.* 805, à la p. 812. Ils soulignent qu'un programme d'équité en matière d'emploi

c [TRADUCTION] ... tente de rompre les liens de causalité entre les inégalités antérieures, subies par un groupe, et leur perpétuation dans l'avenir. Il regarde simultanément vers le passé et vers le futur, sans qu'aucun fossé n'existe entre réparation et prévention. Tout programme de ce genre remédiera aux actes de discrimination antérieurs dont le groupe a été victime et empêchera en même temps que de tels actes soient accomplis à l'avenir. C'est le principe même de l'action positive.

Cela mérite d'être répété [...] Lorsqu'on dit qu'un programme vise à remédier à des actes discriminatoires antérieurs, en amenant des femmes à occuper des emplois manuels, il empêche forcément les actes de discrimination futurs du fait que la présence de femmes facilitera en général la disparition de la notion que ce genre de travail est un travail d'homme et, plus précisément, favorisera la disparition des pratiques qui, sur ces lieux du travail, occasionnaient par le passé la discrimination envers les femmes. Dans une autre perspective, lorsqu'on dit qu'un programme vise à empêcher les actes de discrimination futurs (en favorisant encore une fois l'accès des femmes à des postes manuels), il remédie par le fait même aussi aux actes de discrimination antérieurs parce que les femmes en tant que groupe ont été victimes de discrimination alors qu'elles profitent maintenant du programme.

Contrairement aux formes de réparation prévues aux al. b) à d) du par. 41(2), la «réparation» de l'al. 41(2)a vise un groupe et est donc non seulement compensatoire, mais est elle-même prospective. L'avantage est toujours conçu pour améliorer la situation du groupe à l'avenir, de sorte que le programme d'équité en matière d'emploi qui réussit se rend lui-même inutile.

j Pour mieux voir pourquoi l'ordonnance de mesures spéciales temporaires est prospective, il serait

to review briefly the theoretical underpinnings of employment equity programs. I have already stressed that systemic discrimination is often unintentional. It results from the application of established practices and policies that, in effect, have a negative impact upon the hiring and advancement prospects of a particular group. It is compounded by the attitudes of managers and co-workers who accept stereotyped visions of the skills and "proper role" of the affected group, visions which lead to the firmly held conviction that members of that group are incapable of doing a particular job, even when that conclusion is objectively false. An employment equity program, such as the one ordered by the Tribunal in the present case, is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination. The goal is not to compensate past victims or even to provide new opportunities for specific individuals who have been unfairly refused jobs or promotion in the past, although some such individuals may be beneficiaries of an employment equity scheme. Rather, an employment equity program is an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group will not face the same insidious barriers that blocked their forebears.

An employment equity program thus is designed to work in three ways. First, by countering the cumulative effects of systemic discrimination, such a program renders further discrimination pointless. To the extent that some intentional discrimination may be present, for example in the case of a foreman who controls hiring and who simply does not want women in the unit, a mandatory employment equity scheme places women in the unit despite the discriminatory intent of the foreman. His battle is lost.

Secondly, by placing members of the group that had previously been excluded into the heart of the work place and by allowing them to prove ability on the job, the employment equity scheme addresses the attitudinal problem of stereotyping. For example, if women are seen to be doing the job

utile d'étudier brièvement les fondements théoriques des programmes d'équité en matière d'emploi. J'ai déjà souligné que la discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier. À cela s'ajoutent les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du «rôle approprié» du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables de faire un certain travail, même si cette conclusion est objectivement fausse. Un programme d'équité en matière d'emploi, comme celui ordonné par le tribunal en l'espèce, est conçu pour rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique. L'objectif n'est pas d'indemniser les victimes du passé ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vu refuser inéquitablement un emploi ou une promotion, quoique certains de ces individus puissent profiter d'un régime d'équité en matière d'emploi. Plutôt, le programme d'équité en matière d'emploi tente de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses qui ont arrêté leurs prédécesseurs.

Un programme d'équité en matière d'emploi comporte donc trois aspects. En premier lieu, en contrecarrant les effets cumulatifs de la discrimination systémique, un tel programme rend vaine toute discrimination supplémentaire. Dans la mesure où il existe une certaine discrimination volontaire, par exemple dans le cas d'un contremaître qui contrôle l'embauche et qui ne veut tout simplement pas de femmes dans son unité, le régime obligatoire d'équité en matière d'emploi permet d'avoir des femmes dans l'unité malgré les intentions discriminatoires du contremaître qui perd ainsi la bataille.

En second lieu, en plaçant des membres du groupe antérieurement exclu dans le milieu de travail et en leur permettant de prouver leurs capacités, le régime d'équité en matière d'emploi s'attaque au problème des attitudes stéréotypées. Par exemple, si l'on se rend compte que des

of "brakeman" or heavy cleaner or signaller at Canadian National, it is no longer possible to see women as capable of fulfilling only certain traditional occupational roles. It will become more and more difficult to ascribe characteristics to an individual by reference to the stereotypical characteristics ascribed to all women.

Thirdly, an employment equity program helps to create what has been termed a "critical mass" of the previously excluded group in the work place. This "critical mass" has important effects. The presence of a significant number of individuals from the targeted group eliminates the problems of "tokenism"; it is no longer the case that one or two women, for example, will be seen to "represent" all women. See Carol Agocs, "Affirmative Action, Canadian Style" (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148, at p. 149. Moreover, women will not be so easily placed on the periphery of management concern. The "critical mass" also effectively remedies systemic inequities in the process of hiring:

There is evidence that when sufficient minorities/women are employed in a given establishment, the informal processes of economic life, for example, the tendency to refer friends and relatives for employment, will help to produce a significant minority [or female] applicant flow.

(Alfred W. Blumrosen, "Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity", in Walter S. Tarnopolsky, ed., *Some Civil Liberties Issues of the Seventies* (1975), Toronto: Osgoode Hall Law School/York University, 5, at p. 15).

If increasing numbers of women apply for non-traditional jobs, the desire to work in blue-collar occupations will be less stigmatized. Personnel offices will be forced to treat women's applications for non-traditional jobs more seriously. In other words, once a "critical mass" of the previously excluded group has been created in the work force, there is a significant chance for the continuing self-correction of the system.

femmes sont «serre-freins» ou préposées aux gros travaux de nettoyage ou à la signalisation au Canadien National, il ne sera plus possible de considérer les femmes comme n'étant capables que d'occuper certains postes traditionnels. Il deviendra de plus en plus difficile d'attribuer à une seule personne les caractéristiques stéréotypées dont on affuble toutes les femmes.

b En troisième lieu, un programme d'équité en matière d'emploi facilite la création de ce qu'on a appelé une «masse critique» du groupe antérieurement exclu de ce milieu de travail. Cette «masse critique» a des effets importants. La présence d'un nombre important de membres du groupe visé élimine les problèmes de «symbolisme»; on ne peut plus, par exemple, considérer qu'une ou deux femmes «représentent» toutes les femmes. Voir Carol Agocs, «Affirmative Action, Canadian Style» (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148, à la p. 149. En outre, il ne sera pas aussi facile pour la direction de reléguer la question des femmes au second rang de ses soucis. La «masse critique» remédie efficacement aussi aux inéquités systémiques dans l'embauche:

[TRADUCTION] Il y a des preuves que lorsqu'un nombre suffisant d'individus minoritaires ou de femmes sont employés dans un établissement donné, le processus informel de la vie économique, par exemple la tendance à recommander des amis ou des parents comme candidat à l'emploi, facilite la production d'un flot important de candidats [féminins ou] minoritaires.

g (Alfred W. Blumrosen, «Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity», dans Walter S. Tarnopolsky (éd.), *Some Civil Liberties Issues of the Seventies* (1975), Toronto: Osgoode Hall Law School/York University, 5, à la p. 15.)

i Si un nombre croissant de femmes postulent des emplois non traditionnels, le goût d'occuper des emplois manuels paraîtra moins infamant. Les bureaux de personnel seront forcés de considérer plus sérieusement les candidatures des femmes pour des emplois non traditionnels. En d'autres termes, une fois qu'une «masse critique» du groupe antérieurement exclu aura été créée au sein de la main-d'œuvre, il y aura de bonnes chances pour que le système continue à se corriger lui-même.

When the theoretical roots of employment equity programs are exposed, it is readily apparent that, in attempting to combat systemic discrimination, it is essential to look to the past patterns of discrimination and to destroy those patterns in order to prevent the same type of discrimination in the future. It is for this reason that the language of the Tribunal's Order for Special Temporary Measures may appear "remedial". In any case, as was stressed by MacGuigan J. in his dissent, the important question is not whether the Tribunal's order tracked the precise wording of s. 41(2)(a), but whether the actual measures ordered could be construed fairly to fall within the scope of the section. One should look to the substance of the order and not merely to its wording.

For the sake of convenience, I will summarize my conclusions as to the validity of the employment equity program ordered by the Tribunal. To render future discrimination pointless, to destroy discriminatory stereotyping and to create the required "critical mass" of target group participation in the work force, it is essential to combat the effects of past systemic discrimination. In so doing, possibilities are created for the continuing amelioration of employment opportunities for the previously excluded group. The dominant purpose of employment equity programs is always to improve the situation of the target group in the future. MacGuigan J. stressed in his dissent that "the prevention of systemic discrimination will reasonably be thought to require systemic remedies" (p. 120). Systemic remedies must be built upon the experience of the past so as to prevent discrimination in the future. Specific hiring goals, as Hugessen J. recognized, are a rational attempt to impose a systemic remedy on a systemic problem. The Special Temporary Measures Order of the Tribunal thus meets the requirements of s. 41(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act*. It is a "special program, plan or arrangement" within the meaning of s. 15(1) and therefore can be ordered under s. 41(2)(a). The employment equity order is rationally designed to combat systemic discrimination in the Canadian National St. Law-

Lorsque les fondements théoriques des programmes d'équité en matière d'emploi sont énoncés, il appert rapidement que, lorsqu'on tente de combattre la discrimination systémique, il est essentiel de ^as'attaquer aux anciens régimes discriminatoires et de les détruire afin d'empêcher à l'avenir la résurgence de cette même discrimination. C'est pour cette raison que, dans sa formulation, l'ordonnance de mesures spéciales temporaires par le tribunal ^bpeut paraître «réparatrice». Quoi qu'il en soit, comme l'a souligné le juge MacGuigan dans ses motifs de dissidence, la question qui importe est de savoir non pas si l'ordonnance du tribunal suit le texte même de l'al. 41(2)a), mais plutôt si les mesures qu'on ordonne réellement de prendre peuvent, selon une interprétation honnête, tomber sous le coup de cette disposition. Ce qu'il faut examiner c'est le contenu de l'ordonnance et non simplement ^csa formulation.

Pour des motifs de commodité, je vais résumer mes conclusions sur la validité du programme d'équité en matière d'emploi ordonné par le tribunal. Pour rendre vaine toute discrimination future, détruire les stéréotypes discriminatoires et créer la «masse critique» requise d'intégration du groupe visé à la main-d'œuvre, il est essentiel de combattre les effets de la discrimination systémique antérieure. Ce faisant, on crée des possibilités d'amélioration permanente des chances d'emploi pour le groupe autrefois exclu. L'objet dominant des programmes d'équité en matière d'emploi est toujours d'améliorer la situation future du groupe visé. Le juge MacGuigan souligne, dans ses motifs de dissidence, qu'"on peut raisonnablement s'attendre à ce que la prévention de la discrimination systémique exige des sanctions à caractère systémique" (p. 120). Les sanctions systémiques doivent être fondées sur l'expérience du passé, afin d'empêcher la discrimination future. Des objectifs d'embauche précis, comme l'a reconnu le juge Hugessen, constituent une tentative rationnelle d'imposer un correctif systémique à un problème systémique. L'ordonnance de mesures spéciales temporaires du tribunal est donc conforme à l'al. 41(2)a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Elle constitue un «programme, plan ou arrangement spécial» au sens du par. 15(1), qui peut donc être ordonné en vertu de l'al. 41(2)a). L'ordonnance

rence Region by preventing "the same or a similar practice occurring in the future".

A secondary problem must now be addressed, the fact that the Order of the Tribunal was expressed in terms of an employment goal, rather than a hiring goal. This methodology might increase the belief that the Order was remedial and not, properly speaking, preventive. The Tribunal held, however, that the systemic discrimination at CN occurred not only in hiring but once women were on the job as well. The evidence revealed that there was a high level of publicly expressed male antipathy towards women which contributed to a high turnover rate amongst women in blue-collar jobs. As well, many male workers and supervisors saw any female worker in a non-traditional job as an upsetting phenomenon and as a "job thief". To the extent that promotion was dependent upon the evaluations of male supervisors, women were at a significant disadvantage. Moreover, because women generally had a low level of seniority, they were more likely to be laid off. For the employment equity program to be effective in creating the "critical mass" and in destroying stereotypes, the goals had to be expressed in terms of actual employment. Otherwise the reasonable objectives of the scheme would have been defeated. The dominant purpose remained to improve the employment situation for women at CN in the future.

d'équité en matière d'emploi est logiquement conçue pour combattre la discrimination systémique dans la région du St-Laurent du Canadien National par la prévention d'«actes semblables».

^a Il faut maintenant s'attaquer à un problème secondaire, savoir le fait que l'ordonnance du tribunal est exprimée en termes d'objectifs d'emploi plutôt que d'objectifs d'embauche. Cette méthodologie est susceptible d'apporter de l'eau au moulin de ceux qui croient que l'ordonnance est réparatrice et non, à proprement parler, préventive. Le tribunal a toutefois jugé qu'il y avait discrimination systémique au CN non seulement au moment de l'embauche, mais aussi en milieu de travail. La preuve a révélé une large mesure d'antipathie masculine exprimée publiquement à l'égard des femmes, ce qui a contribué à un taux élevé de roulement du personnel féminin dans les emplois manuels. De même, un bon nombre de travailleurs et de surveillants masculins considèrent qu'une femme dans un emploi non traditionnel est un phénomène dangereux et une «voleuse de job». Dans la mesure où les promotions dépendaient des évaluations de surveillants masculins, les femmes étaient en désavantage marqué. De plus, étant donné que les femmes en général avaient peu d'ancienneté, elles risquaient davantage d'être mises à pied. Pour que le programme d'équité en matière d'emploi parvienne à créer une «masse critique» et à détruire les stéréotypes, les objectifs devaient être exprimés en termes d'emplois vérifiables. Autrement, les objectifs raisonnables du régime auraient été contrecarrés. L'objectif dominant était toujours d'améliorer la situation future des femmes en matière d'emploi au CN.

V

The Cross-Appeal

Canadian National filed a cross-appeal by which it sought to set aside the entire decision and Order of the Tribunal for the reasons set out in the judgment of Pratte J. in the Federal Court of Appeal. In view of my disposition of the appeal, it is obviously unnecessary to discuss the merits of the cross-appeal.

h

V

Le pourvoi incident

ⁱ Le Canadien National a formé un pourvoi incident en vue d'obtenir l'annulation de toute la décision et ordonnance du tribunal pour les raisons énoncées dans les motifs du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale. Vu la solution que j'apporte au litige, il n'est manifestement pas nécessaire de se prononcer sur le fond du pouvoir incident.

VI**Conclusion**

I would allow the appeal with costs, reverse the decision of the Federal Court of Appeal and restore in its entirety the Order of the Human Rights Tribunal. The cross-appeal is therefore dismissed with costs.

Appeal allowed with costs and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for Action Travail des Femmes: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montréal.

Solicitors for the Canadian National Railway Co.: Alphonse Giard and Rolland Boudreau, Montréal.

Solicitors for the Canadian Human Rights Commission: René Duval and Anne Trotier, Ottawa.

VI**Conclusion**

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, *a* d'infirmer larrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir en son entier lordonnance du tribunal des droits de la personne. Le pourvoi incident est donc rejeté avec dépens.

b Pourvoi accueilli avec dépens et pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs d'Action Travail des Femmes: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montréal.

Procureurs de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada: Alphonse Giard et Rolland Boudreau, Montréal.

d Procureurs de la Commission canadienne des droits de la personne: René Duval et Anne Trotier, Ottawa.

IN THE MATTER OF A REFERENCE to the Court of Appeal pursuant to Section 19 of the *Courts of Justice Act, 1984*, Statutes of Ontario, 1984, Chapter 11, by Order-in-Council O.C. 1774/85 Respecting Bill 30, An Act to amend the Education Act to provide full funding for Roman Catholic Separate High Schools

between

The Metropolitan Toronto Board of Education, Ontario Alliance of Christian Schools, The Waterloo County Board of Education, Coalition for Public Education Ontario Inc., Ontario Secondary School Teachers' Federation, Ontario Association of Alternative and Independent Schools, The Board of Education for the City of London, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Jewish Congress, Loyal Orange Association in Ontario, Peel Board of Education, Federation of Women Teachers' Associations of Ontario, Reverend William D. F. Morris, Mary Elizabeth Morris, Greg Vezina and Nina Gertrude Stannard *Appellants (Intervenors)*

and

Attorney General for Ontario *Respondent*
and

Ontario Separate School Trustees' Association, The Renfrew County Roman Catholic Separate School Board, The Lanark-Leeds & Grenville Roman Catholic Separate School Board, The Huron-Perth County Roman Catholic Separate School Board, The Kirkland Lake & District Roman Catholic Separate School Board, The London and Middlesex County Roman Catholic Separate School Board, The Hamilton-Wentworth Roman Catholic Separate School Board, Metropolitan Separate School Board, Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board, Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board, Frontenac-Lennox and Addington Roman

DANS L'AFFAIRE D'UN RENVOI soumis à la Cour d'appel conformément à l'article 19 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, chapitre 11, par

a décret O.C. 1774/85, relativement au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act to provide full funding for Roman Catholic Separate High Schools

b entre

The Metropolitan Toronto Board of Education, Ontario Alliance of Christian Schools, The Waterloo County Board of Education, Coalition for Public Education Ontario Inc., Ontario Secondary School Teachers' Federation, Ontario Association of Alternative and Independent Schools, The Board of Education for the City of London, Association canadienne des libertés civiles, Congrès juif canadien, Loyal Orange Association in Ontario, Peel Board of Education, Federation of Women Teachers' Associations of Ontario, le révérend William D. F. Morris, Mary Elizabeth Morris, Greg Vezina et Nina Gertrude Stannard *Appelants (Intervenants)*

f et

Procureur général de l'Ontario *Intimé*
et

g Ontario Separate School Trustees' Association, The Renfrew County Roman Catholic Separate School Board, The Lanark-Leeds & Grenville Roman Catholic Separate School Board, The Huron-Perth

h County Roman Catholic Separate School Board, The Kirkland Lake & District Roman Catholic Separate School Board, The London and Middlesex County Roman Catholic Separate School Board, The

i Hamilton-Wentworth Roman Catholic Separate School Board, Metropolitan Separate School Board, Dufferin-Peel Roman Catholic Separate School Board,

j Hastings-Prince Edward County Roman Catholic Separate School Board, Frontenac-Lennox and Addington Roman

**Catholic Separate School Board, Carleton
Roman Catholic Separate School Board,
Ontario English Catholic Teachers'
Association and l'Association française des
conseils scolaires de l'Ontario Respondents
(Intervenants)**

and

**The Quebec Association of Protestant School
Boards, Attorney General for Alberta,
Attorney General of Quebec Intervenants in
this Court**

INDEXED AS: REFERENCE RE BILL 30, AN ACT TO
AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.)

File No.: 19798.

1987: January 29, 30 and February 2, 3, 4, 5; 1987:
June 25.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre,
Lamer, Wilson and La Forest JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Distribution of powers — Education — Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools — Whether or not Bill 30 valid exercise of power under opening words of s. 93 and s. 93(3) — Whether or not Bill 30 a valid exercise of provincial power in that it returns rights constitutionally guaranteed by s. 93(1) — Constitution Act, 1867, s. 93, 93(3).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Freedom from religious discrimination — Bill 30 providing for full funding of Roman Catholic secondary schools — Whether or not Bill subject to review under the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), 15, 29 — Constitution Act, 1982, s. 52.

This was an appeal from the decision of the Court of Appeal for Ontario on a question referred for its consideration by the Government of Ontario. The question reads as follows:

Is Bill 30, An Act to amend the Education Act inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada including the Canadian Charter of Rights and Freedoms and, if so, in what particular or particulars and in what respect?

**Catholic Separate School Board, Carleton
Roman Catholic Separate School Board,
Ontario English Catholic Teachers'
Association et l'Association française des
a conseils scolaires de l'Ontario Intimés
(Intervenants)**

et

**b The Quebec Association of Protestant School
Boards, Procureur général de l'Alberta,
Procureur général du Québec Intervenants en
cette Cour**

**c RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF AU PROJET DE LOI 30,
AN ACT TO AMEND THE EDUCATION ACT (ONT.)**

N° du greffe: 19798.

1987: 29, 30 janvier et 2, 3, 4, 5 février; 1987: 25 juin.

d

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

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

e

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Education — Projet de loi 30 prévoyant le financement
complet des écoles catholiques de niveau secondaire —
Le projet de loi 30 constitue-t-il un exercice valide du
pouvoir conféré par la disposition liminaire de l'art. 93
et par l'art. 93(3)? — Le projet de loi 30 constitue-t-il
un exercice valide du pouvoir provincial parce qu'il
rétablit des droits constitutionnels garantis par l'art.
93(1)? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 93(3).*

g

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Protection contre la discrimination fondée
sur la religion — Projet de loi 30 prévoyant le finance-
ment complet des écoles catholiques de niveau secon-
daire — Le projet de loi est-il assujetti à un contrôle
fondé sur la Charte? — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 2a, 15, 29 — Loi constitutionnelle de
1982, art. 52.*

i

Ce pourvoi attaque larrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario sur une question que lui a soumise le gouvernement de l'Ontario. La question est ainsi formulée:

Le projet de loi 30, An Act to amend the Education Act, est-il incompatible avec les dispositions de la Constitution du Canada, y compris la Charte cana-
dienne des droits et libertés et, dans l'affirmative,
sous quel aspect et à quel égard?

[Indexed as: **Bank of British Columbia v.
Canadian Broadcasting Corp.**]

BANK OF BRITISH COLUMBIA (Plaintiff/Respondent)
v. CANADIAN BROADCASTING CORPORATION,
DER HOI-YIN, ROY PALMER, ALFRED BUNTING
AND CO. LTD., CANADIAN NEWSPAPERS COMPANY
LIMITED, A. ROY MEGARRY and GEOFFREY STEVENS
(Defendants/Appellants)

Court of Appeal
Hollinrake, Prowse and Hutcheon JJ.A.

Heard – May 3-4, 1995.
Judgment – July 18, 1995.

Civil procedure – Discovery – Discovery of documents – Availability – Confidential documents – Plaintiff suing for damages for defamation arising out of television broadcast – Defendants alleging broadcast true, while claiming privilege over reporter's notes and interview videotape excerpted for broadcast – Court ordering production of documents.

Civil liberties and human rights – Enforcement under Charter of Rights and Freedoms – Scope and interpretation of Charter – Private conduct – Charter not applying to litigation between private parties, although court considering application of Charter or Charter values in exercising discretion to order production of documents.

Constitutional law – Judicial review of legislation – Procedure – Constitutional Question Act not requiring notice to attorneys general to be given whenever court asked to exercise discretion in accordance with Charter values.

The plaintiff bank sued the defendant television reporter and the defendant broadcasting company which employed her after a televised broadcast concerning the plaintiff's financial condition appeared as part of a news program. The plaintiff also sued a bank analyst who had given a taped interview to the reporter, portions of which were used on the broadcast. The claim was for damages for libel, injurious falsehood, negligence and wrongful interference. The plaintiff applied for an order for production of the documents listed as privileged by the broadcaster, including portions of the interview that were not broadcast, the reporter's notes and internal notes. The plaintiff did not seek production of confidential sources or information that would tend to identify those sources. The reporter and broadcaster claimed privilege on the basis of s. 2 of the *Charter*. They applied for a trial of the issue of the truth of the broadcast before discovery of documents. They claimed that, if the issue of truth was resolved in their favour, the documents in question would not be relevant. The chambers judge allowed the plaintiff's application and dismissed the defendants' application. The defendants appealed.

Held – Appeal dismissed.

Per PROWSE J.A. (HOLLINRAKE J.A. concurring): Although the defendants were asking the court to apply the *Charter*, or *Charter* values, to the rules for production of documents in a civil action, and they were challenging the common law of defamation as applied in British Columbia, there was no need to serve notice on the

attorneys general under the *Constitutional Question Act*. The Act does not intend notice to be given every time a court is asked to exercise its discretion, whether under R. 26 or otherwise, in accordance with *Charter* values. The action involved a dispute between private parties and the challenge to the law of defamation, a claim that the law imposed strict liability in respect of the fundamental freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*, did not involve any government action alleged to infringe a *Charter* right. As well, no constitutional remedy was sought.

If the broadcast were found to be true, the plaintiff's claim would fail. Accordingly, it was appropriate to examine the production of documents issue solely from the point of view of their relevance to a separate trial on the issue of truth.

Discovery, including discovery of documents, is not simply for the purpose of assisting a party in maintaining its own case. It is also for the purpose of ascertaining the strengths and weaknesses of the case of the opposite party. A party cannot simply say that a document is not relevant and thereby preclude its discovery particularly where, as here, the defendant has acknowledged its potential relevance by including it in its list of documents. In their statement of defence, the defendants denied that the selection of excerpts from the interview with the bank analyst, or their context within the broadcast, gave a false and misleading impression of the analyst's views. The plaintiff was entitled to challenge those views and to have access to the documents necessary to do so. With respect to the reporter's notes, the order contained safeguards protecting the identity of sources. The chambers judge had not erred in finding that the injury to the relationship between the reporter and her sources in the event the notes were disclosed was less than the benefit gained for the correct disposal of the litigation. Finally, it could not be said that the chambers judge had exercised his discretion under R. 26(15) on the basis that the *Charter*, or *Charter* values, had no application. The judge had considered the *Charter* arguments and held that they were not sufficient to cause him to exercise his discretion in favour of the defendants.

Per HUTCHEON J.A. (concurring in the result): The *Charter* does not apply to an action for defamation which is based upon common law rules. There is no meaningful distinction to be drawn between the application of the *Charter* and the application of *Charter* values. Since the appeal against the order for disclosure depended entirely upon the infringement of *Charter* values, the appeal had to fail.

Cases considered

Boxer v. Reesor (1983), 43 B.C.L.R. 352, 35 C.P.C. 68 (S.C.) – considered.

Coates v. Citizen (The) (1988), 44 C.C.L.T. 286, 85 N.S.R. (2d) 146, 216 A.P.R. 146 (T.D.) – considered.

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835, 34 C.R. (4th) 269, 94 C.C.C. (3d) 289, 25 C.R.R. (2d) 1, 120 D.L.R. (4th) 12, 175 N.R. 1, 76 O.A.C. 81 – considered.

Dolphin Delivery Ltd. v. R.W.D.S.U., Local 580 (1986), [1986] 2 S.C.R. 573, 9 B.C.L.R. (2d) 273, [1987] 1 W.W.R. 577, 38 C.C.L.T. 184, 71 N.R. 83, 87 C.L.L.C. 14,002, 33 D.L.R. (4th) 174, 25 C.R.R. 321 – considered.

Droit de la famille – 1150, [1993] 4 S.C.R. 141, 49 R.F.L. (3d) 317, (sub nom. *P. (D.) v. S. (C.)*) 159 N.R. 241, 58 Q.A.C. 1, 108 D.L.R. (4th) 287, 18 C.R.R. (2d) 1 – considered.

Hill v. Church of Scientology of Toronto (1994), 20 C.C.L.T. (2d) 129, 18 O.R. (3d) 385, 114 D.L.R. (4th) 1, 71 O.A.C. 161 (C.A.) [affirmed (July 20, 1995), Doc. 24216 (S.C.C.)] – considered.

Keays v. Murdoch Magazines (U.K.) Ltd., [1991] 1 W.L.R. 1184, [1991] 4 All E.R. 491 (C.A.) – referred to.

Malenfant c. Larose, 18 Q.A.C. 145, [1988] R.J.Q. 2643 (C.A.) – considered.

Morris v. Newcastle Newspapers Proprietary Ltd. (1985), 1 N.S.W.L.R. 260 – referred to.

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 95 A.L.R. 2d 1412, 11 L. Ed. 2d 686 (1964) – referred to.

Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepps, 106 S. Ct. 1558 (1986) – referred to.

R. v. Fosty, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673, 8 C.R. (4th) 368, 130 N.R. 161, 75 Man. R. (2d) 112, 7 C.R.R. (2d) 108, (sub nom. *R. v. Gruenke*) 67 C.C.C. (3d) 289 – considered.

R. v. Park (1995), 31 Alta. L.R. (3d) 1, 99 C.C.C. (3d) 1 (S.C.C.) – considered.

R. v. Salituro, [1991] 3 S.C.R. 654, 9 C.R. (4th) 324, 68 C.C.C. (3d) 289, 131 N.R. 161, 50 O.A.C. 125, 8 C.R.R. (2d) 173 – considered.

Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment & Immigration Commission), [1989] 2 S.C.R. 1110 – referred to.

Westbank Band of Indians v. Tomat, (sub nom. *Westbank Indian Band v. Tomat*) 63 B.C.L.R. (2d) 273, [1992] 2 W.W.R. 724, 10 C.C.L.T. (2d) 1, (sub nom. *Derrickson v. Tomat*) 88 D.L.R. (4th) 401, 41 C.P.R. (3d) 396, 9 B.C.A.C. 119 [additional reasons (1992), 94 D.L.R. (4th) 453, 44 C.P.R. (3d) 210, 16 B.C.A.C. 83, further additional reasons (1992), 16 B.C.A.C. 83 at 86, leave to appeal to S.C.C. refused 70 B.C.L.R. (2d) xxxiii, [1992] 6 W.W.R. lviii, 93 D.L.R. (4th) vii, 146 N.R. 159, 21 B.C.A.C. 320] – considered.

Statutes considered

Canadian Charter of Rights and Freedom, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B of the Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11

s. 2(a) – referred to.

s. 2(b) – referred to.

s. 2(d) – referred to.

s. 15(1) – referred to.

s. 24(1) – referred to.

Civil Code of Quebec

art. 1053 – referred to.

Constitutional Question Act, R.S.B.C. 1979, c. 63

s. 8(1) [re-en. 1982, c. 5, s. 1] – considered.

s. 8(2) [re-en. 1982, c. 5, s. 1] – considered.

s. 8(4)(b) [re-en. 1982, c. 5, s. 1] – considered.

Rules considered

British Columbia, Rules of Court (1990)

R. 26(1) – considered.

R. 26(2) – considered.

R. 26(8) – considered.

R. 26(10) – considered.

R. 26(12) – considered.
R. 26(15) – considered.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74

R. 4 – considered.
R. 32(1) [am. SOR/84-821, s. 1(2)] – considered.
R. 32(1) [re-en. SOR/91-347, s. 17(1)] – referred to.
R. 32(1) [re-en. SOR/92-674, s. 2(1)] – referred to.
R. 32(4) [re-en. SOR/87-292, s. 2] – considered.
R. 32(4) [re-en. SOR/91-347, s. 17(2)] – referred to.
R. 32(4) [re-en. SOR/92-674, s. 2(2)] – referred to.

APPEAL from decision of Maczko J. (1993), 23 C.P.C. (3d) 219, 18 C.C.L.T. (2d) 149, 108 D.L.R. (4th) 178, granting application for production of documents.

W. Ian C. Binnie, Q.C., and D.J. Henry, for Canadian Broadcasting Corporation.

R.R. Sugden, Q.C., for Der Hoi-Yin.

W.S. Berardino, Q.C., and S. Martin, for Bank of British Columbia.

(Doc. Vancouver CA018098)

July 18, 1995. PROWSE J.A. (HOLLINRAKE J.A. concurring):–

NATURE OF APPEAL

1 This is an appeal from a decision of a Chambers judge pronounced December 1, 1993 [23 C.P.C. (3d) 219], in which he granted the Bank of British Columbia's (the "Bank's") application for production of specified documents, pursuant to R. 26(8) and (10) of the *Rules of Court*, and dismissed the application of the Canadian Broadcasting Corporation (the "CBC"), pursuant to R. 26(15) of the Rules, for an order that there be a trial of an issue prior to an order for production being made. Der Hoi-Yin ("Der") supported the application of the CBC at the Chambers hearing.

2 Leave to appeal was granted by Mr. Justice Wood on December 16, 1993.

3 The underlying action in which these applications were made is an action by the Bank against the CBC and Der for, inter alia, libel. The Statement of Claim in that action was filed on March 20, 1986. No reason was given for the inordinate delay in pursuing either the action or this appeal.

THE ISSUES

4 The underlying issue on appeal is whether the Chambers judge erred in failing to apply s. 2(b) of the *Charter of Rights and Freedoms*, or, alternatively, "Charter values", to the exercise of his discretion on both

applications before him. In this regard, the CBC and Der have placed particular reliance on the decision of the Supreme Court of Canada in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. *Dagenais* had not been handed down at the time the Chambers judge rendered his decision in this matter.

5 Other issues which have been raised in this appeal are:

(1) Did the issues raised on appeal, or any of them, require notice to be given to the provincial and federal Attorneys General under the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63?

(2) Did the Chambers judge err in refusing to reverse the common law onus upon the CBC and Der to prove that the statements contained in their broadcast were true?

(3) Did the Chambers judge err in failing to order a separate trial with respect to the issue of truth, and in finding that the documents in issue were relevant to the issue of truth?

BACKGROUND

6 In this action, the Bank is claiming damages against the CBC, Der and others, for libel, injurious falsehood, negligence and wrongful interference arising out of a televised broadcast concerning the Bank's financial condition on the CBC's program, "The National", on February 24, 1986. Knowlton Nash was the anchor on the broadcast; Der was the reporter; and Roy Palmer was a bank analyst who had given a taped interview to Der, extracts from which were used in the broadcast.

7 The words spoken in the broadcast were as follows:

(KNOWLTON NASH)

CBC news has learned the Bank of British Columbia has been discussing a possible merger. The Bank was audited last year after the Northland and the Canadian Commercial Banks went under. Everything looked all right then, but now falling oil prices and bad loans are creating problems, and the Bank of B.C. is also having trouble hanging on to its deposits. Our Business Specialist, Der Hoi-Yin reports:

(DER HOI-YIN)

The Bank of British Columbia has been losing its big deposits. While businesses and institutions have been pulling money out, provincial governments have been pumping money in. As of three weeks ago, the province of British Columbia had about \$250 million in deposits in the Bank, and there are estimates that it could be as high as \$400 million today. This Bank Analyst has followed the Bank of British Columbia for 13 years. He says the Bank still has a lot of bad loans and he questions

the \$7.5 million profit the Bank reported in 1985 because of government-approved changes in accounting.

(ROY PALMER)

It was only because the Bank of B. C. reported \$16 million in loan losses on their income statement last year instead of the 36 that they recognized that they were able to show a profit. But it was a fictitious profit.

(DER HOI-YIN)

Palmer says the best bet for the Bank right now is a merger.

(ROY PALMER)

If they could find a good partner, then yes. The intriguing question is will the government now bend the rules and enable a foreign bank to take them over?

(DER HOI-YIN)

The Hong Kong Bank of Canada and First Interstate Bank of Canada have told CBC News that they've informally looked at the Bank of B.C. and have decided not to make an offer for it. Sources said potential buyers also include Canadian chartered banks. Bank of B.C. Chairman, Edgar Kaiser, declined comment today. According to sources, Kaiser had approached the four western provinces and the federal government for up to \$800 million in support. But Ottawa wouldn't go for it. That's because it's not prepared politically to put more tax payers' money into a troubled bank. Instead, the government prefers a merger. Even if the Bank of B.C.'s merger partner turns out to be a foreign bank. Der Hoi-Yin, CBC News, Toronto.

8 On March 20, 1986, the Bank issued a Statement of Claim, later supplemented by particulars, claiming that the broadcast carried a number of defamatory meanings, including:

(a) the Bank was in imminent danger of failing;

(b) the Bank's financial statements were deceptive or misleading, and that this was the view of Roy Palmer, an experienced bank analyst;

(c) Palmer and the federal government were of the view that a merger partner had to be found for the Bank immediately, given the Bank's financial condition.

9 The Bank also alleged that the manner in which the CBC and Der selected the excerpts from the interview with Mr. Palmer, and the context within which those excerpts were placed in the broadcast, gave a false and misleading impression of Mr. Palmer's views.

10 The Bank relied not only on the words spoken in the broadcast, but also on the visual images associated with the broadcast.

11 The CBC and Der filed individual Statements of Defence on October 10, 1986 and October 14, 1986, respectively. In their Statements of Defence, the CBC and Der pleaded, *inter alia*, that:

- (a) the broadcast was incapable of the meanings alleged, by innuendo or otherwise;
- (b) the words in the broadcast were true in substance and in fact;
- (c) the excerpts from the interview with Palmer were not taken out of context and were not misleading;
- (d) the report was one of fair comment;
- (e) the report is protected by qualified privilege; and
- (f) the report is privileged and protected by s. 2(b) of the *Charter* and, further, that the law of defamation as it relates to freedom of expression violates s. 2(b) of the *Charter* and is of no force or effect.

12 In 1986, prior to the close of pleadings, the parties engaged in a preliminary skirmish with respect to documents which resulted in an order, upheld in this Court, that the CBC preserve certain documents, including those in issue here. Thereafter, it does not appear that any significant action was taken until these applications were filed in May and November, 1988. The applications were, apparently, adjourned until December, 1993 at which time the Chambers judge made the orders under appeal.

13 The Bank is seeking production of the following documents which were listed as privileged in Pt. III of the CBC's supplementary list of documents dated November 4, 1988:

1. those portions of the videocassette of Hoi-Yin/Palmer interview not broadcast by the C.B.C.;
2. transcript of videocassette of Hoi-Yin/Palmer interview referred to in document 1 herein;
3. notes of Der Hoi-Yin, used to prepare the television report complained of by the plaintiff;
4. a document entitled National Daily Outlook – February 24, 1986;
5. draft script of the broadcast complained of by the Bank of B.C.;
6. post broadcast internal note dated February 25, 1986.

14 The basis of the privilege was stated to be s. 2 of the *Charter*. The documents in issue were referred to by counsel as the "work product".

15 In support of its application for production of these documents, counsel for the Bank relied on the affidavit of Mr. Mark Andrews, a lawyer, who set forth the background leading to the application, including the history of the proceedings to that point.

16 In reply, the CBC applied for a trial of the "issue of truth" prior to discovery of the documents. In support of its application, the CBC relied on the affidavits of two broadcasters, a journalist, a professor of journalism, a media consultant, legal counsel to the CBC, and a news editor for the CBC. I understand that these affidavits were admitted as expert reports without objection. In essence, the affidavits describe the nature of the work of broadcasters and the nature of the media "chill" which, in the opinion of the affiants, would result in the event that documents such as those sought here were ordered produced. Counsel for the Bank responded with the affidavit of a broadcaster voicing a contrary opinion.

DECISION IN CHAMBERS

17 As stated earlier in these reasons, the Chambers judge granted the Bank's application for production of the documents and dismissed the CBC's application for a trial of the issue of truth prior to production of the documents. In so doing, he made the following determinations relevant to the issues on this appeal:

1. There is no historical evidence and no persuasive evidence in the material that compelling production of the work product would inhibit reporters in future cases and impose a general "chill" on the press.

2. "The fact that the press is an important and powerful institution does not bring with it the need for privileges beyond those that any other citizen has in the context of private litigation" [p. 229].

3. "It would be contrary to all known principles of law to permit one party to a lawsuit to shield information which might be useful to the other party in the litigation" [p. 229].

4. "Freedom of the press is designed to ensure that the media can gather and disseminate truthful information free from governmental interference. The *Charter* freedom expressed in s. 2(b) does not provide a special privilege to the press in the context of private litigation" [p. 230].

5. "The words of the *Charter* should not be used to suppress . . . the truth" [p. 230].

6. "There is no authority for the proposition that s. 2(b) of the *Charter* affords the press any special privilege in the context of a libel

action when the press is a party. Section 2(b) was not intended to afford such a privilege and . . . it is not in the public interest that such a privilege . . . be provided" [pp. 231-32].

7. The documents in issue do not qualify for a privilege at common law, and, in particular, do not meet any of the four criteria for privileged communications set forth by Wigmore and adopted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Fosty*, (sub nom. *R. v. Gruenke*) [1991] 3 S.C.R. 263 at 284 [[1991] 6 W.W.R. 673].

8. There is no legal authority in Canada for the proposition that the onus of proof of the truth of the alleged defamatory statements should be shifted to the plaintiff and that the common law should be abrogated in that regard and, from a policy point of view, the law as it presently stands should be retained.

9. The CBC's arguments in favour of a split trial must fail on two bases. The first is that the documents may go to the issue of truth or falsity; the second is that splitting the trial could work a serious hardship on individual litigants.

10. The documents are relevant to the issues of fair comment and malice.

11. The Bank indicated that it proposed to call Mr. Palmer as its witness to give expert evidence concerning the financial position of the Bank at the time of the broadcast and the documents are necessary to demonstrate that his opinion at trial is the same as his opinion at the time of the broadcast.

12. Production of the documents is necessary to the Bank obtaining a fair trial on the issue of the truth or falsity of the statements.

13. The splitting of the trial would add costs, make the proceedings prolix and create confusion with regard to the evidence because the evidence on one issue might well bear on another issue and much of the evidence would have to be led twice.

14. "The guarantee of a fair trial process is a fundamental value which must be weighed against concerns over freedom of expression" [p. 236]. The concerns of the press must be balanced against the overwhelming prejudice to the Bank's right to a fair trial.

15. "The procedure contended for by the [CBC and Der] would prevent a fair trial process, for two reasons: it would deprive [the Bank] of necessary evidence and it would prolong all defamation cases against

the media, increasing their cost and burden, decreasing the possibility of proper settlement and delaying the restoration of [the Bank's] reputation" [p. 236].

- 18 At the time of the application before the Chambers judge, counsel for the Bank made it clear that he was not seeking the production of confidential sources and that that was not an issue before the Chambers judge. Although the Chambers judge did not qualify his decision to take into account this concession, counsel for the parties agreed to a form of order which included the following paragraph:

THIS COURT FURTHER ORDERS that counsel for CBC and Der be at liberty before disclosure of the Documents to seal or otherwise cover up any parts of the Documents other than the videocassette and transcript of the Der/Palmer interview listed as items (1) and (2) above, which would reveal the identity of any person or persons who provided information in the Documents to CBC or Der on the basis that their identity would be kept confidential by CBC or Der; provided that, if agreement cannot be reached between counsel, any party may apply to the Court for directions with respect to the procedure to be followed in sealing up the documents or for an order determining whether any sealed portions would disclose the identity of any such person or persons; and further provided that this Order is without prejudice to the right of the Plaintiff to make later application for the production of the Documents in full, notwithstanding that the identity of any such person or persons may be disclosed.

- 19 The CBC and Der say that, despite this order, the issue of confidentiality of the documents, including disclosure of confidential sources, is a "live" issue on this appeal.

DISCUSSION OF THE ISSUES

1. *Notice under the Constitutional Question Act*

- 20 The relevant provisions of the *Constitutional Question Act* are as follows:

8. (1) In this section

"constitutional remedy" means a remedy under section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* other than a remedy consisting of the exclusion of evidence or consequential on such exclusion;

"law" includes an enactment and an enactment within the meaning of the *Interpretation Act* (Canada).

(2) Where in a cause, matter or other proceeding

(a) the constitutional validity or constitutional applicability of any law is challenged, or

(b) an application is made for a constitutional remedy, the law shall not be held to be invalid or inapplicable nor shall the remedy be granted until after notice of the challenge or application has been served on the Attorney General of Canada and the Attorney General of the Province in accordance with this section.

(4) The notice shall

(b) state

(i) the law in question, or

(ii) the right or freedom alleged to be infringed or denied.

21 It is common ground that no notice in accordance with the Act has been served on either the Attorney General of British Columbia or the Attorney General of Canada.

22 Counsel for the Bank submits that the CBC and Der are challenging the constitutional validity of the common law rule that places the onus of proof of truth in a defamation action on the defendant. He states that they are also asking the court to apply the *Charter* to R. 26 of the *Rules of Court* by reading into the exercise of the court's discretion in R. 26, *Charter* rights under s. 2(b) of the *Charter*, or "Charter values". He submits that, in both instances, notice was required under the *Constitutional Question Act*.

23 In the alternative, the Bank submits that the *Charter* has no application to disputes between private litigants, as here. In that respect he relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Dolphin Delivery Ltd. v. R.W.D.S.U., Local 580*, [1986] 2 S.C.R. 573 [9 B.C.L.R. (2d) 273, [1987] 1 W.W.R. 577].

24 CBC and Der take the position that no notice was necessary on the basis that they are not applying for a remedy under s. 24(1) of the *Charter* and, further, that they are not challenging the constitutional validity or applicability of any law.

25 Counsel for the CBC and Der approach the applicability of R. 26 in these circumstances by relying, not on *Charter* rights per se, but, rather, on *Charter* values. For example, para. 73 of the CBC's factum provides:

73. If the Appellant CBC is not entitled to claim relief from disclosure at this stage of the proceeding, then and in that event the provisions of the *Supreme Court Rules* or their manner of exercise constitutes *prima facie* infringements of the constitutional *values* expressed in s. 2(b) of the *Charter*. It follows, by analogy, with s. 1 of the *Charter*, that the onus is on the Bank to demonstrate a justification for the proposed infringement.
[Emphasis added]

26 This approach is said to be consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *Dagenais*, supra, which dealt with the application of *Charter* values to the exercise of a judge's discretion as to whether to order a publication ban in the context of an ongoing criminal proceeding. The application itself was brought by way of injunction in a separate proceeding while the criminal trials to which it related were ongoing. In the result, Chief Justice Lamer, speaking for the majority of the Court, held that legislative and common law rules conferring discretion on judges could not confer the power to infringe the *Charter* and that, by corollary, such discretion must be exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*. Exceeding those boundaries would result in a reversible error of law.

27 The key passage from *Dagenais* making this point is at p. 875:

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.

28 The only other authority to which we were referred with respect to the issue of constitutional notice is *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment & Immigration Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 1110. That case dealt with R. 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, since amended, which provided, in part:

32. (1) When a party to an appeal

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder, or

(b) intends to urge the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder,

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question, within thirty days from the granting of leave to appeal or within thirty days from the filing of the notice of appeal in an appeal with leave of the court of final resort in a province, the Federal Court of Appeal, or in an appeal as of right.

(4) Upon a motion, the Chief Justice or a Judge shall state the question or questions and direct service of the question or questions upon the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces within the time fixed by the Chief Justice or Judge together with notice that any of them who intends to intervene, whether or not the attorney general wishes to be heard, shall, within a time fixed in the notice that is not less than four weeks after the date of the notice, file a notice of intervention in Form C.

29 The effect of this rule was to provide for the type of notice contemplated by the *Constitutional Question Act*, although the Act is mandatory in nature, whereas R. 32 was interpreted by the Supreme Court of Canada as involving the exercise of a discretion, when read in conjunction with R. 4 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, which provided:

4. The Court or a Judge, or the Registrar when authorized by these Rules, may excuse a party from complying with any of the provisions of the Rules.

(Amendments to R. 32 following the *Tétreault-Gadoury* decision (SOR/91-347 and SOR/92-674) clarify, amongst other things, the discretion in the Chief Justice or judge to refuse to state a question.)

30 Chief Justice Lamer discussed the manner in which the Court interpreted R. 32 in the following passage at p. 1112 of his reasons:

Notwithstanding the generality of that subsection as regards the nature of the application, which included not only s. 52 challenges but also s. 24 applications for remedy not seeking a declaration of inoperability of a law, this Court, *as a matter of policy, and exercising discretion under Rule 4 of the Rules of Court, refused to state such questions when,*

(1) the question proposed did not comprehend the degree of generality which would justify the application of Rule 32,

(2) the issue raised was essentially one of evidence,

(3) the question arose from the facts of the case,

(4) *there was no attack on the validity of a law, but when the Court was being asked to construe a law in the light of a section of the Charter, or*

(5) that the alleged infringement or denial of guaranteed rights arose from particular facts as opposed to a law or regulation. [Emphasis added]

- 31 In this case, I conclude that the main thrust of CBC and Der's submission before us is that R. 26(10) should be construed such that a judge exercising his or her discretion under that Rule must do so in accordance with *Charter* values to the extent that *Charter* values are in issue. Viewed in that light, notice under the *Constitutional Question Act* with respect to R. 26 would not be required.
- 32 In my view, the legislature did not intend that notice would be required under s. 8 of the *Constitutional Question Act* every time a judge was asked to exercise his or her discretion, whether under R. 26 or otherwise, in accordance with *Charter* values. If it were otherwise, the Attorneys General might well be overwhelmed with notices where there was no real challenge to the law, but only a question as to the manner in which the discretion under that law was to be exercised.
- 33 Thus, I conclude that notice was not required under the *Constitutional Question Act* with respect to the issue of the exercise of the Chambers judge's discretion under either R. 26(10) or (15) in this case.
- 34 Apart from R. 26, however, CBC and Der have challenged the constitutional validity of the common law of defamation. Paragraph 13 of the CBC's Statement of Defence provides:
13. In further answer to the whole of the statement of claim, the CBC says that granting of the relief sought by the plaintiff in its statement of claim would violate the CBC's Charter rights as aforesaid. To the extent the laws in force in the province of British Columbia are relied upon in support of the plaintiff's prayer for relief, such laws are inconsistent with the *Charter* and pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* are of no force and effect. In particular, to the extent that the law of defamation in the Province of British Columbia purports to impose strict liability in respect of the fundamental freedom of expression guaranteed by subsection 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is of no force or effect by virtue of Section 52 of the *Constitution Act, 1982*.
- 35 Der's Statement of Defence contains a similar pleading. Der, however, did not pursue that argument on this appeal, but, rather, focussed on the exercise of the court's discretion under R. 26.
- 36 The CBC concentrated its argument on the common law onus of proof whereby once a plaintiff has established that the defendant has published defamatory matter concerning the plaintiff, the defendant, in order to escape liability, has to establish a defence. Thus, for example, if the defendant wishes to rely on truth, the onus is on him to prove that the publication was true, rather than on the plaintiff to prove that it was false.

37 The CBC submits that the onus of proof at common law with respect to proving truth or falsity is contrary to the *Charter* and *Charter* values. It seeks to have the onus reversed. The question, therefore, is whether the *Charter* applies to a challenge to the common law onus upon the defendant to prove the truth of the alleged defamatory publication.

38 In reply, counsel for the Bank submits that this action is a dispute between private litigants to which the *Charter* does not apply. In that regard, he relies on the judgment of Mr. Justice McIntyre, speaking for the Court, in *Dolphin Delivery Ltd.*, supra, and, in particular, the following passages at pp. 597-99 of that decision:

I am in agreement with the view that the *Charter* does not apply to private litigation. It is evident from the authorities and articles cited above that that approach has been adopted by most judges and commentators who have dealt with this question. In my view, s. 32 of the *Charter*, specifically dealing with the question of *Charter* application, is conclusive on this issue . . .

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority. Such action may also depend, however, on the common law, as in the case of the prerogative. To the extent that it relies on statutory authority which constitutes or results in an infringement of a guaranteed right or freedom, the *Charter* will apply and it will be unconstitutional. The action will also be unconstitutional to the extent that it relies for authority or justification on a rule of the common law which constitutes or creates an infringement of a *Charter* right or freedom. *In this way the Charter will apply to the common law, whether in public or private litigation. It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom.* [Emphasis added]

39 Mr. Justice McIntyre concluded his discussion at p. 603 of the decision:

Where, however, private party "A" sues private party "B" relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be

decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of *Charter* causes of action or *Charter* defences between individuals.

40 In my view, the *Charter* has no application to this action which is, in essence, a private dispute between these parties. The challenge to the common law burden of proof with respect to the issue of truth does not engage any governmental action which is alleged to infringe a guaranteed right or freedom.

41 Since the *Charter* does not apply, and since no constitutional remedy is sought, the CBC was not required to serve notice under s. 8 of the *Constitutional Question Act*.

2. *Reversal of the Common Law Onus of Proof*

42 Counsel for the CBC submits that, even if the onus of proof of truth at common law is not contrary to the *Charter*, it is contrary to *Charter* values. He asks this Court to develop and apply the common law of libel in a manner consistent with those values, and, in particular, consistent with the values of freedom of expression and of the media. He submits that the path to follow in that regard is the American approach originating with the decision of the U.S. Supreme Court in *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 84 S. Ct. 710, 95 A.L.R. 2d 1412, 11 L. Ed. 2d 686 (1964), and, of more significance with respect to this case, the later decision of that Court in *Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepps*, 106 S. Ct. 1558 (1986). In the latter case, the Court held that a private individual seeking damages for defamation against a media defendant bore the burden of proving that the defamatory statements were false.

43 The Nova Scotia Supreme Court rejected the American approach to the burden of proof in defamation actions in a case raising similar issues to those raised here in *Coates v. Citizen (The)* (1988), 44 C.C.L.T. 286 (T.D.). At pp. 312-13 of that decision, Mr. Justice Richard adopted the following passage from Brown, *The Law of Defamation in Canada* (Carswell, Toronto, 1987), as accurately setting forth the differences between the American approach and the Canadian approach to the law of defamation:

“Unlike their American colleagues, therefore, our judges have weighed more heavily the value of personal reputation over those of free speech and free press. Thus there occurs in many of their decisions a careful reminder that these freedoms are ones ‘governed by law’ and that there is no ‘freedom to make untrue defamatory statements’.

"The press in Canada, particularly, has received no special protection in the law of defamation. The courts have been unwilling to recognize any unique prerogatives on the part of the press to communicate matters of public interest or concern to the general public. Thus, Canadian courts have stated emphatically that the press enjoys no privilege of free speech greater than enjoyed by a private individual and that the liberty of the press is no greater than the liberty of every subject."

"This is not intended as an invidious comparison. Our judges cherish free speech and a free press no less than their American counterparts. They just happen to value personal reputation, particularly the reputation of their public servants, more."

44 A majority of this Court in *Westbank Band of Indians v. Tomat* (1992), 63 B.C.L.R. (2d) 273 [[1992] 2 W.W.R. 724], also rejected the American line of cases initiated by the *New York Times* decision, as did the Ontario Court of Appeal in *Hill v. Church of Scientology of Toronto* (1994), 20 C.C.L.T. (2d) 129. In *Hill*, after an extensive review of the case law and legal commentaries in Canada, the United States and other jurisdictions, the Ontario Court of Appeal stated that if the common law of defamation were to undergo the major changes urged by the appellants in that case, the changes should be effected by the legislature. While *Hill* did not deal specifically with the reversal of the common law onus of proof with respect to truth, a similar analysis would, in my view, apply.

45 Further, while *Westbank* and *Hill* dealt with the defamation of public individuals rather than public institutions, I am satisfied that many of the concerns deterring the courts of this country from adopting the *New York Times* line of cases are equally valid in a case such as this.

46 I note that the *Hill* decision is presently under appeal to the Supreme Court of Canada, judgment having been reserved in that Court on February 27, 1995.

3. *Trial of the Issue of Truth*

47 Both the CBC and Der have advanced a number of arguments emphasizing the importance to the public of freedom of the press and the potential for a significant media chill if their work product is required to be produced in an action such as this. Ultimately, however, they submitted that the *Charter* values upon which they relied in resisting production of the documents in issue could be satisfied by a trial of the issues of: (1) whether the broadcast is capable of being understood in the defamatory sense contended for by the Bank and (2) truth (justification).

47.1 In its factum, the CBC addresses the second issue as follows:

(vi) in any case, regardless of who bears the onus of establishing truth or falsity, the Court should require a determination of (i) the alleged defamatory nature and (ii) the truth of a broadcast or publication, and only if those issues are determined against the journalists should the balance of the law suit proceed.

In Pt. IV of its factum, under the Order Requested, the CBC claims, inter alia:

80. The CBC asks that the trial of an issue be directed to determine the truth or falsity of the words complained of in the news broadcast, *and that pre-trial discovery be limited to that issue until the issue of alleged falsity is disposed of.* [Emphasis added]

48 Although there are two issues which the CBC and Der seek to have tried as separate issues, I will refer only to the issue of truth, since that was the focus of the argument before us.

49 It is critical to the position of both the CBC and Der in support of the trial of an issue that the documents in question are not, and cannot, be relevant to the issue of truth. In essence, they say that the libel must be found in the words which were broadcast and not in words, thoughts, or documents which were not broadcast. They say that the words broadcast are statements of fact which are either true or they are not.

50 Accepting that they have to meet the onus of proving that the words are true, they say they will do so without reference to the information contained in the documents requested by the Bank. They also say that the Bank is in the best position of knowing whether the broadcast is true or not, and that it is inconceivable that the CBC or Der could have better information with respect to that issue than the Bank itself.

51 The Bank, on the other hand, submits that the documents are, or may be, relevant to the issue of truth and that it is not sufficient for the CBC and Der simply to state otherwise, without being required to produce the documents. The Bank says, in any event, that it is not necessary for it to establish with certainty the relevance of the documents at this stage of the proceeding, but that it is only necessary that the court be satisfied that the documents touch on the matters in issue between the parties for production to be required pursuant to R. 26(10).

52 As earlier noted, the Chambers judge found that these documents "may well go to the issue of truth or falsity" and were relevant to the testimony of Palmer whom the Bank expected to call as a witness. He also found that the documents were relevant to the issues of malice and

fair comment. As pointed out by the CBC and Der, however, if the broadcast is found to be false, the defence of fair comment could not then succeed because fair comment depends on the factual foundation of the comment being true. If, on the other hand, the broadcast is found to be true, then that ends the matter, since the Bank's claim must fail.

53 I propose, therefore, to examine the issue of production of these documents solely from the point of view of their relevance to a separate trial on the issue of truth.

54 In order to analyze this issue, it is necessary to look at the relevant *Rules of Court*, the pleadings, and the nature of the documents themselves.

55 Rule 26 of the *Rules of Court*, which deals with the "Discovery and Inspection of Documents", provides, in part, as follows:

(1) A party to an action may deliver to any other party a demand in Form 92 for discovery of the documents which are or have been in the party's possession or control *relating to any matter in question in the action*, and the other party shall comply with the demand within 21 days by delivering a list, in Form 93, of the documents that are or have been in the party's possession or control *relating to every matter in question in the action* enumerating the documents in a convenient order with a short description of the documents.

(2) Where it is claimed that a document is privileged from production, the claim must be made in the list of documents with a statement of the grounds of the privilege.

(8) At any time a party may deliver a notice to any other party, in whose pleadings or affidavits reference is made to a document, requiring the other party to produce that document and, within 2 days, the other party shall deliver a notice stating a place where the document may be inspected and copied during normal business hours or stating that he objects to producing the document and the grounds of the objection.

(10) The court may order the production of a document for inspection and copying by any party or by the court at a time and place and in the manner it thinks just.

(12) Where, on an application for production of a document, production is objected to, the court may inspect the document for the purpose of deciding the validity of the objection.

(15) *Where the party from whom discovery or inspection of document is sought objects, the court may, if satisfied that for any reason it is desirable that any issue or question in dispute in a proceeding should be determined before deciding on the right to discovery or inspection, order that the issue or question be determined first and reserve the question of discovery or inspection.* [Emphasis added]

56 In my view, subject to a finding of privilege in relation to a document or documents, it would have been an improper exercise of the Chambers judge's discretion to order the trial of an issue without permitting discovery of all documents relating to that issue. With the exception of Der's notes, with which I shall deal shortly, and the *Charter* argument with which I have already dealt, the CBC and Der do not claim privilege with respect to production of these documents. Their objection to production of the documents on the trial of the issue of truth is that they are irrelevant to that issue.

57 The issue of truth, as with all other issues, must be defined by the pleadings. As noted earlier in these reasons, it is not so much the literal truth of the statements contained in the broadcast which must be considered in relation to the issue of truth, but, rather, the truth of the alleged defamatory meaning attributed to those statements. This is sometimes referred to as the "sting" of the statements. It is the truth as the words reasonably would be understood in light of the particular circumstances that must be proved. In this case, the alleged defamatory meanings attributed to the statements are set out in full in para. 15 of the Bank's Statement of Claim:

- (a) The financial condition of the Bank was so precarious that the visual image of a falling facade with the word "Bank" imprinted thereon was apt;
- (b) Falling oil prices and bad loans were creating significant problems "now" for the Bank;
- (c) Depositors, including businesses and institutions, were removing funds prior to maturity or need;
- (d) The depiction of an individual depositor removing funds was representative of the acts of all depositors as well as those of individual depositors;
- (e) There was a run on the bank in the sense that individual depositors were withdrawing funds from the Bank because of the Bank's financial condition;
- (f) The Bank had required increased deposits by the province of British Columbia in the three weeks preceding February 24, 1, 1986 to replace deposits withdrawn by business and institutions;
- (g) The Bank's financial statements for its financial year ending October 31, 1985 were deceptive or misleading;
- (h) An experienced bank analyst was of the view that the Bank's financial statements for its financial year ending October 31, 1985 were deceptive or misleading;

- (i) The Bank's management had acted improperly in approving the said financial statements;
- (j) The Bank's financial condition was such that a merger partner had to be found immediately;
- (k) An experienced bank analyst was of the view that the Bank's financial condition was such that a merger partner had to be found immediately;
- (l) The Bank had requested \$800 million in assistance from the federal and western provincial governments in the period of time immediately preceding February 24, 1986, which request had been rejected by the federal government because the Bank was in poor financial condition;
- (m) The Bank was in imminent danger of collapse.

58 Amongst other things, the Bank submits that the broadcast insinuated that the Bank was on the verge of collapse and that third parties, including the federal government and an experienced bank analyst, Mr. Palmer, believed that the Bank was in poor financial condition such that a merger partner had to be found immediately. Further, the Bank submits that the message was left with the viewing public that Mr. Palmer believed that the Bank's financial statements were deceptive or misleading.

59 The first issue which would have to be resolved on a separate trial is whether the words used are reasonably susceptible of the various meanings attributed to them by the Bank in its pleadings. Assuming that the Bank succeeds on that issue, then the CBC and Der would have the onus of establishing, amongst other things, that the Bank was on the verge of collapse and that the views of Mr. Palmer and the federal government were as presented, if they are to succeed in establishing that their broadcast was true in substance and in fact. In other words, amongst the defamatory meanings attributed to the broadcast were that, *as a matter of fact*, Mr. Palmer and the federal government believed that the Bank was failing such that an immediate merger was required, and that, *as a matter of fact*, Mr. Palmer believed that the Bank's financial statements were deceptive and misleading.

60 With respect to this issue, Mr. Palmer provided an affidavit sworn January 25, 1993, in which he stated:

4 b. In the case of the interview with Der Hoi-Yin, the questions which were asked were broad-ranging. We covered the possibility of merger, the availability of government guarantees for an extended period to provide continuing support and the prospects for a long-term resolution of the Bank's then current problems. *I expressed my opinion during the course of the interview that the Bank of British Columbia would "not go under" despite its "problems." I expressed hope that it would grow out of its problems, and stated that if it could increase its earning over the next few*

years, it would have a better chance. One of the possibilities that I discussed was a "foreign bank take-over in the future." One of the things I said was "there is no need for panic" . . .

5. To the best of my recollection the interview with Der Hoi-Yin lasted approximately half an hour. However, the extracts shown on the CBC newscast which are the subject of the Plaintiff's action lasted only a few seconds. *The editors of the newscast took my statements and opinions out of context and placed them in a context that was allegedly prejudicial to the Bank, juxtaposing the story with graphics and narrative commentary which suggested the Bank was collapsing.* [Emphasis added]

61 Mr. Palmer also swore that the length of time which had transpired since the broadcast made it extremely difficult for him to recall precisely what he had been relying on at that time in support of his views. This is significant since counsel for the Bank advised the Chambers judge that Mr. Palmer was to be a witness for the Bank at trial and would require the benefit of his full interview with Der in order to refresh his memory and to prepare properly for trial.

62 The "fact" that the broadcast implied that an experienced bank analyst and the federal government believed the Bank was failing is an aspect of the Bank's claim which it is entitled to investigate on discovery. Whether the Bank was failing or not, the public perception that a senior bank analyst and the federal government believed that it was failing could have been sufficient to cause a run on the Bank, particularly in light of the then recent collapse of the Northland and Canadian Commercial Banks. In other words, even if it was established that the Bank was failing, it was open to the Bank to argue that the broadcast accelerated the process with a corresponding impact on damages.

63 In their Statements of Defence, both the CBC and Der denied that the selection of excerpts from the Palmer interview, or their context within the broadcast, gave a false and misleading impression of Palmer's views. The Bank is entitled to challenge those statements and to have access to the documents necessary to do so. Mr. Palmer's affidavit makes it apparent that the Bank is involved in more than a fishing expedition, but that it has a basis upon which to claim that the documents are relevant to the issue of truth.

64 Discovery, including discovery of documents, is not simply for the purpose of assisting a party in maintaining its own case, but is also for the purpose of ascertaining the strengths and weaknesses of the case of the opposite party. The law in British Columbia in this regard is as set forth by McEachern C.J.S.C. (as he then was) in *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352 (S.C. In Chambers), at pp. 358-59:

A leading authority, and almost the only authority required on this application [for production of documents], is *Cie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.), where Brett L.J. said at p. 63:

"It seems to me that every document relates to the matters in question in the action, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which *may* – not which *must* – either directly or indirectly enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary. I have put in the words "either directly or indirectly", because, as it seems to me, a document can properly be said to contain information which may enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary, if it is a document which may fairly lead him to a train of inquiry, which may have either of these two consequences . . ."

I had occasion to consider Brett L.J.'s dictum in *Peter Kiewit Sons Co. of Can. Ltd. v. B.C. Hydro and Power Authority*, 36 B.C.L.R. 58, [1982] B.C.W.L.D. 787, 26 C.P.C. 221, 134 D.L.R. (3d) 154 (S.C.). Counsel for the defendants on this application cited my said judgment during argument, particularly the passage at p. 159:

"In addition, the plaintiffs must establish a *prima facie* case that something relevant will be uncovered before a further affidavit and further inspection will be ordered."

As the context shows, that passage relates to the extent of the search for documents which must be undertaken. In that case the defendant had already produced over 30,000 documents and had tendered a great many more, and the application really turned on the nature of the search that is required. It is not suggested in this case that there will be any difficulty in locating most of the documents that are demanded.

I wish to make it clear, however, that the passage I have just cited from *Peter Kiewit*, supra, does not impose any special onus upon a party to adduce evidence to establish a *prima facie* case of relevance before production will be ordered. That question is usually determined upon a description of the nature of the documents sought to be produced and a reasonable interpretation of the pleadings.

65 A party cannot simply say that a document is not relevant and thereby preclude its discovery, particularly where, as here, the CBC has acknowledged the potential relevance of these documents by including them on its list of documents. In this case, all of the documents sought by the Bank are related to the broadcast in question. I am satisfied that all of them either are, or may be, related to the issue of truth and discoverable based on the passages from the *Boxer* decision to which I have just referred. I note, parenthetically, that none of the parties has taken the position that the documents should be submitted to the Court pursuant to R. 26(12) as a middle ground with respect to this issue.

66 The final document for which production is sought is the notes of Der which Mr. John Owen, then Chief News Editor of "The National", refers to in his affidavit as follows:

(c) I am informed by Der Hoi-Yin and do verily believe that (i) her notes set out her thoughts and observations, her interviews, and the identities of confidential sources on which we relied in producing our report, and (ii) the nature of her conversations with these sources as reflected in her notes would reveal the identities of the sources even if the names that appear in the notes were deleted. I am informed by Der Hoi-Yin and do verily believe that our communications with these sources originated in a confidence that they would not be disclosed, the confidence was essential to the relationships between us, and the relationships enabled us to broadcast the story in the public interest. Requiring us to breach the above confidence would seriously undermine our ability to obtain and present information like this to the public in the future.

67 I am satisfied that the notes of Der may well relate to the issue of truth in that they refer to information which may not have been available to the Bank relating to the willingness of third parties to do business with the Bank. This would be relevant to whether the Bank was in imminent danger of collapse since the unwillingness of third parties to deal with the Bank, whether through withdrawing their deposits, refusing to consider merger, or otherwise, would impact on the ability of the Bank to carry on business. While one might expect the Bank to be in possession of all relevant information in that regard, it is conceivable that Der had sources or inside information unavailable to the Bank. Given the fact that she refers to such sources in her notes, it cannot be said to constitute a fishing expedition to assume that these sources provided information relevant to the financial status of the Bank and the willingness of third parties to do business with it. In the absence of privilege, therefore, the Bank is entitled to production of these notes.

68 Counsel for Der claims that Der's notes are privileged at common law and he relies on the preceding excerpt from Mr. Owen's affidavit in that regard.

69 In my view, the trial judge was correct in concluding that the evidence did not establish that Der's notes met the Wigmore criteria for privilege at common law set forth by the Supreme Court of Canada in *R. v. Gruenke*, supra, at p. 284:

“(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

“(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

"(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be assiduously *fostered*.

"(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communication must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis in original.]"

70 The only evidence before the Chambers judge with respect to the first two Wigmore criteria was the hearsay evidence of Mr. Owen. In my view, while that evidence indicates that the *sources* of the information wished to remain confidential, it does not establish that the information itself was to remain confidential, at least insofar as it did not reveal the sources. On the contrary, it is reasonable to assume, as did the Chambers judge, that the sources who were contacted by Der were aware that the information they were providing might well be broadcast to the public.

71 Further, I am not persuaded that the Chambers judge erred in finding that the injury to the relationship between Der and her sources in the event the notes were disclosed was lesser than the benefit gained thereby for the correct disposal of the litigation. My conclusion in that regard is based on the fact that I am satisfied that the notes are, or may be, relevant to the issue of truth. In addition, I am satisfied that the order under appeal contains safeguards protecting the confidentiality of the sources until such time as that matter can be dealt with by agreement of the parties or by further court order.

72 In the result, I am not satisfied that the Chambers judge erred in finding on the evidence before him that no privilege attached to Der's notes.

73 Given the fact that the Bank has stated that it is not seeking either confidential sources or information which would disclose confidential sources, I conclude that Der's notes must be disclosed with on the terms set forth in the order under appeal with respect to confidential sources. It may be that the notes will be of little value with the confidential sources obscured, but that is for the parties to deal with on further application, if necessary. While I think it preferable for this issue to have been dealt with on the application in Chambers, I am not prepared to deal with it for the first time on appeal.

74 Since the CBC and Der's submissions with respect to severance of the issue of truth were founded on the irrelevance of these documents to that issue, and since I have found the documents are, or may be, related to the issue of truth, the basis of the application for severance is undermined. In the result, I can find no reason to interfere with the discretion of the Chambers judge, either in ordering production of the documents, or in denying the application to sever the issue of truth.

75 Accepting for the purposes of this appeal that the *Dagenais* decision required the Chambers judge to apply *Charter* values to the exercise of his discretion on these applications, I am unable to conclude that the balancing act required in so doing could justify the withholding of relevant documents to a party who has allegedly been defamed, even where the defendant is the media.

76 Finally, I am unable to agree with counsel's submission that the Chambers judge exercised his discretion under R. 26(15) on the basis that the *Charter*, or *Charter* values, had no application. On the contrary, the Chambers judge considered the various *Charter* arguments raised before him and concluded that they were not sufficient to cause him to exercise his discretion in favour of the CBC and Der. While he may not have given as much weight to the *Charter* concerns as the CBC and Der think they deserved, that is not a justification for interfering with the exercise of his discretion.

77 Further, although the Chambers judge did not have the benefit of the decision of the Supreme Court of Canada in *Dagenais*, he, nonetheless, regarded the application before him as one of balancing the rights of the Bank to discovery in the usual course as part of the process of a fair trial, with the freedom of the press arguments proffered by the CBC and Der. He was aware of the alternatives available to him with respect to the trial of an issue and, in my view, he did not err in concluding that the documents were, or could be, relevant to the issue of truth. He also considered the other factors militating against the trial of an issue and exercised his discretion accordingly.

78 In the result, I would dismiss the appeal and order that the documents sought by the Bank be produced to the solicitors for the Bank within 14 days of the pronouncement of these reasons, subject to the deletion of confidential sources, and information disclosing confidential sources, contained in the original order under appeal.

79 HUTCHEON J.A. (concurring):— I have read the reasons for judgment of Madam Justice Prowse and I agree that this appeal must be dismissed.

80 With respect to the issue of a separate trial on the defence of truth, I share the view that the documents in question may go to the issue of truth or falsity. Additionally, in the cases cited as examples of trials on a preliminary issue, the issue to be tried was one of law: whether the words used were capable of a defamatory meaning: see *Keays v. Murdoch Magazines (U.K.) Ltd.*, [1991] 4 All E.R. 491 (C.A.), and *Morris v. Newcastle Newspapers Proprietary Ltd.* (1985), 1 N.S.W.L.R. 260.

81 The preliminary issue proposed in this case dealing with the truth or falsity of the words used is a question of fact on which much evidence may be led by the plaintiff and the defendants. As Madam Justice Prowse has pointed out [p. 222], discovery "is also for the purpose of ascertaining the strengths and weaknesses of the case of the opposite party." I find no reason to interfere with the order denying the application for the trial of a preliminary issue.

The Application of the Charter

82 This is private litigation involving private parties. In my view, the decision of the Supreme Court of Canada in *Dolphin Delivery Ltd. v. R.W.D.S.U., Local 580*, [1986] 2 S.C.R. 573, requires us to hold that, in the absence of government action, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application to the dispute in this case. There is no suggestion in this case of "government action". It follows that neither the issue of notice under the *Constitutional Question Act*, R.S.B.C. 1979, c. 63, nor the issue of balancing rights and freedoms arises.

83 Before I discuss my reason for that conclusion, let me say how difficult I have found the notion that one can distinguish in a meaningful way between a *Charter* right such as freedom of expression and a *Charter* value such as freedom of expression. Some of the decided cases suggest, for example, that, while you may not rely on s. 2(b) of the *Charter* because the *Charter* does not apply to private litigation governed by the common law in the absence of government action, the Court ought to reflect the *Charter* value of freedom of expression in the order that is made.

Dolphin Delivery

84 The source of the difficulty is the decision of Mr. Justice McIntyre writing for the majority in *Dolphin Delivery*. After a discussion of various legal writings he stated on p. 599:

The action will also be unconstitutional to the extent that it relies for authority or justification on a rule of the common law which constitutes or creates an infringement of a *Charter* right or freedom. In this way the *Charter* will apply to the common law, whether in public or private litigation. It will apply to the common law, however, only *in so far as the common law is the basis of some governmental action* which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom. [Emphasis added]

85 However, on p. 603 we find this view:

Where, however, private party "A" sues private party "B" relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to

apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative.

Legal Authors

- 86 In his article entitled "The *Dolphin Delivery* Case: The Application of the *Charter* to Private Action" (1986-1987), 51 Sask. L. Rev. 273, Professor Hogg queried the meaning of the word "ought" in the phrase "whether the judiciary ought to apply." He concluded that "Probably, all that it means is that where a common law rule is unsettled, the Court in developing the law in the normal incremental way should take account of *Charter* values" (p. 278).
- 87 Other commentators take the stronger meaning of "ought" suggested by Professor Hogg that the Court must measure each common law rule (however well settled) against the values of the *Charter*. Thus Professor Slattery in his article "The *Charter's* Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver?" (1986-1987), 32 McGill L.J. 905, concluded that the word "ought" places a constitutional duty on the Court "to take account of fundamental constitutional values in developing the common law as it applies to disputes between private parties" (p. 921).

- 88 I quote further from Professor Slattery's article (p. 921):

Second, as seen earlier, the Court holds that the *Charter* will apply to the common law "only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom". This holding flows from the proposition that the *Charter* applies to the alleged infringement of a right only where the offending party is itself a governmental agent or invokes a governmental act. On this view, then, the basic values embodied in the *Charter* do not extend to private relations founded on the common law. If this is the true interpretation of the *Charter*, then the courts would be constitutionally *unwarranted* in making use of basic *Charter* values to develop the common law rules governing private action.

In brief, either the *Charter* covers the common law governing private relations or it does not. If it does, there is no need to create a separate doctrine mandating the development of the common law in light of constitutional values. If the *Charter* does not, then the values it embodies are inapplicable to the common law governing private relations.

See also R. Elliot and R. Grant, "The *Charter's* Application in Private Litigation" (1989), 23 U.B.C.L.R. 459.

The Application of Dolphin Delivery

- 89 The lesser meaning of "ought" preferred by Professor Hogg appears to me to be close in concept to the one accepted by the Supreme Court of Canada in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, where it was held, in a

criminal case, that the common law rule rendering spouses incompetent to testify against each other should not apply to spouses who are separated without any reasonable possibility of reconciliation. Writing for the Court, Mr. Justice Iacobucci concluded (pp. 675-76):

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, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed. The common law rule making an irreconcilably separated spouse an incompetent witness for the prosecution against the other spouse is inconsistent with the values in the *Charter*. Subject to consideration of the limits on the judicial role, the rule ought therefore to be changed. Society can have no interest in preserving marital harmony where spouses are irreconcilably separated because there is no marital harmony to be preserved.

I note that no specific section of the *Charter* was relied upon to bring the common law rule up to date.

90 However, the stronger version of “ought” appears to me to have been accepted by the Supreme Court of Canada in its recent decision in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. In that case, a publication ban had been granted to restrain the CBC from broadcasting the mini-series “The Boys of St. Vincent” because of related criminal trials of four accused scheduled to be heard on charges of physical and sexual abuse. The judge’s authority to make the order was based on the common law and there was no suggestion that the common law rule was unsettled. The publication ban was set aside by the Supreme Court of Canada.

91 Chief Justice Lamer, writing for himself and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ., stated (p. 878):

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.

92 Madam Justice McLachlin discussed the effect of the majority’s reasons for judgment in these extracts (p. 941):

The appeal presents three issues, all of importance. The first is whether the *Charter*, which applies to "governmental action", applies to a court-ordered publication ban . . .

The Chief Justice does not deal with the first issue directly.

93 Her conclusions are found in these passages (pp. 944-45):

L'Heureux-Dubé J. suggests that the *Charter* is applicable only to certain judicial activity, rather than court orders *per se*. With respect, I do not see this as a tenable distinction. The judge's order is the effective distillation of judicial activity; consequently it is upon the order that one must focus.

The question of what court orders attract the *Charter* is a large question, the answer to which is best determined on a case-to-case basis. For present purposes, it is sufficient to observe that *Rahey* and *B.C.G.E.U.* delineate one area in which orders of a court will be subject to *Charter* scrutiny. Court orders in the criminal sphere which affect *Charter* rights or the ability to enforce them are themselves subject to the *Charter*. This much, at a minimum, is required if *Charter* rights are to be meaningful.

The case at bar falls into this category. The publication ban was related to the protection of the accused's constitutional right to a fair trial, just as in *Rahey* the order related to the accused's right to a timely trial. In both cases the *Charter* must apply. From the perspective of *B.C.G.E.U.*, the ban may be viewed as a case of the "criminal law . . . being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*" (p. 244). It follows that the *Charter* applies to the order under appeal.

94 In the earlier decision of *Droit de la famille – 1150*, (sub nom. *P. (D.) v. S. (C.)*) [1993] 4 S.C.R. 141, a biological father sought to rely on the *Charter* to challenge certain conditions imposed upon him in an access order. Madam Justice L'Heureux-Dubé, in rejecting that proposition, stated (p. 181):

The appellant alleges that the trial judge infringed his freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. As I stated in *Young, supra*, the *Charter* does not apply to private disputes between parents in a family context. The *Charter* can no more cover judicial orders made to resolve disputes of a private nature (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; and *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530) . . .

Despite the foregoing, however, courts can in no way ignore the values underlying the *Charter* in any decision they are called upon to make.

95 There follows a consideration of ss. 2(a), 2(b), 15(1) and 2(d) with a finding that if the *Charter* did apply, which it did not, the order would not infringe any of the freedoms in those provisions.

- 96 In the most recent case of *R. v. Park* (S.C.C., June 22, 1995) [reported 31 Alta. L.R. (3d) 1] Madam Justice L'Heureux-Dubé stated at p. 33 [p. 25]:

The majority of this Court recently concluded in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, that the common law must develop in a way that is consistent with *Charter* values. It follows that the common law governing the mens rea of sexual assault must be approached having regard to, inter alia, s. 15 of the *Charter*.

Conclusion

- 97 In this state of legal uncertainty as I conceive it to be, I turn to the present case. As I have said, this is private litigation involving private parties. There is no suggestion of government action. The Supreme Court of Canada has affirmed in *P. (D.) v. S. (C.)* (cited above) that the decision in *Dolphin Delivery* is the law of the land.
- 98 Exceptions to the requirements of government action have been recognized in "court orders in the criminal sphere" (McLachlin J. in *Dagenais*, p. 944) and in outmoded rules of common law also in the criminal sphere (*Salituro* cited above). Those exceptions have no relevance to the present case.
- 99 In my opinion, the *Charter* does not apply to this action for defamation, an action based on the common law rules. I doubt that it would apply even if the rules were to be found in provincial legislation. In *Malenfant c. Larose*, [1988] R.J.Q. 2643 (C.A.), it was held that the *Charter* did not apply to an action in defamation founded on art. 1053 of the *Civil Code*. The imposition by art. 1053 of civil responsibility for the civil wrong of defamation was not considered, it seems, the kind of "government action" stipulated by *Dolphin Delivery* in the application of the *Charter*.
- 100 The appeal against the order for disclosure at this stage of the proceedings depended entirely on the proposition that the constitutional values expressed in s. 2(b) of the *Charter* had been infringed or not recognized. I have not been able to develop a meaningful distinction between the application of the *Charter* and the application of *Charter* values. Because, in my view, the *Charter* does not apply, the appeal on this issue must fail.
- 101 Accordingly, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

**The Canada Employment and Immigration Commission, the Deputy Attorney General of Canada and the Attorney General of Canada
Applicants**

v.

**Marcelle Tétreault-Gadoury Respondent
and**

Léon Vellone, Rodrigue Deraiche and André Manocchio Mis en cause

INDEXED AS: TÉTREAU-GADOURY v. CANADA
(EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION)

File No.: 21222.

Present: Lamer J.

1989: October 24; 1989: November 17.

MOTION TO STATE CONSTITUTIONAL QUESTIONS

Practice — Constitutional questions — Statement — Refusal by Court to state two constitutional questions — Questions not in accordance with Rule 32 of the Rules of the Supreme Court of Canada.

Under Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, a constitutional question under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is no different from any other constitutional question. A question shall be stated only when the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute or of regulations is raised, or the inoperability thereof is urged.

ases Cited

Referred to: *Dubois v. The Queen*, S.C.C., No. 18608, June 28, 1984, unreported; *Mills v. The Queen*, S.C.C., No. 17818, November 24, 1983, unreported; *Staranchuk v. The Queen*, S.C.C., No. 17931, December 16, 1983, unreported; *Guillemette v. The Queen*, S.C.C., No. 18145, March 6, 1984, unreported; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, S.C.C., No. 18154, January 10, 1984, unreported.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, rr. 4, 32 [am. SOR/84-821, s. 1].

MOTION to state constitutional questions and to extend time. Motion granted in part.

La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, le sous-procureur général du Canada et le procureur général du Canada Requérants

^a

c.

**Marcelle Tétreault-Gadoury Intimée
et**

^b

Léon Vellone, Rodrigue Deraiche et André Manocchio Mis en cause

RÉPERTORIÉ: TÉTREAU-GADOURY c. CANADA
(COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

^c

N° du greffe: 21222.

Présent: Le juge Lamer.

1989: 24 octobre; 1989: 17 novembre.

^d

REQUÊTE POUR ÉNONCER DES QUESTIONS CONSTITUTIONNELLES

^e

Pratique — Questions constitutionnelles — Formulation — Refus par la Cour de formuler deux questions constitutionnelles — Questions non conformes à l'art. 32 des Règles de la Cour suprême du Canada.

^f

Aux fins de l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, une question constitutionnelle en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne diffère en aucune manière des autres questions constitutionnelles. Une question constitutionnelle ne doit être formulée que lorsqu'est contestée la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement ou lorsqu'est plaidé son caractère inopérant.

^g

Jurisprudence

^h

Décisions mentionnées: *Dubois c. La Reine*, C.S.C., n° 18608, 28 juin 1984, inédite; *Mills c. La Reine*, C.S.C., n° 17818, 24 novembre 1983, inédite; *Staranchuk c. La Reine*, C.S.C., n° 17931, 16 décembre 1983, inédite; *Guillemette c. La Reine*, C.S.C., n° 18145, 6 mars 1984, inédite; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, C.S.C., n° 18154, 10 janvier 1984, inédite.

ⁱ

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 4, 32 [mod. DORS/84-821, art. 1].

^j

REQUÊTE pour énoncer des questions constitutionnelles et pour accorder un délai. Requête accueillie en partie.

Claude Joyal and *Carole Bureau*, for the applicants.

Robert Décaray and *Jean-Guy Ouellet*, for the respondent.

The following reasons for the order were delivered by

LAMER J.—I have been asked to state the following constitutional questions pursuant to Rule 32(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, and to extend time to so do.

1. Does s. 19 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (formerly s. 31 of the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended 1976-77, c. 54), which excludes persons aged 65 and over from unemployment insurance benefits violate the equality rights of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 19 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (formerly s. 31 of the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended 1976-77, c. 54), justified pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus consistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Is a board of referees established pursuant to s. 76 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1 (formerly s. 91 of the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48), constitutionally competent to find or declare that a statutory provision which it must apply is of no force or effect for the reason that it considers the provision to be in violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. Regardless of the answer to question 3, can the Federal Court of Appeal, in the case of an application to review and set aside a decision of a board of referees pursuant to s. 28(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, issue a direction to the board to assume that a statutory provision which it must apply is inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is, in consequence, inoperative?

Rule 32(1) reads as follows:

32. (1) When a party to an appeal

Claude Joyal et *Carole Bureau*, pour les requérants.

Robert Décaray et *Jean-Guy Ouellet*, pour l'intimée.

Les motifs suivants de l'ordonnance ont été rendus par

LE JUGE LAMER—On m'a demandé de formuler les questions constitutionnelles suivantes, en vertu du par. 32(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, et d'accorder un délai pour ce faire.

- b 1. L'article 19 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1 (autrefois l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48, tel que modifié par 1976-77, chap. 54), qui exclut les personnes âgées de 65 ans ou plus du bénéfice des prestations d'assurance-chômage viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- c 2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'art. 19 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1 (autrefois l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48, tel que modifié par 1976-77, chap. 54), est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- f 3. Un conseil arbitral créé en vertu de l'art. 76 de la *Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), chap. U-1 (autrefois l'art. 91 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48), est-il constitutionnellement habilité à constater ou déclarer inopérante une disposition législative qu'il est tenu d'appliquer au motif qu'il la considère contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- h 4. Indépendamment de la réponse à la question 3, la Cour d'appel fédérale, dans le cadre d'une demande d'examen et d'annulation présentée en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, peut-elle émettre une directive à l'intention d'un conseil arbitral de tenir pour acquis qu'une disposition législative qu'il est tenu d'appliquer est incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est de ce fait inopérante?

Voici le libellé du par. 32(1):

- j 32. (1) Lorsque, dans le cas d'un pourvoi autorisé par la Cour, par la cour de dernier ressort d'une province, par la Cour d'appel fédérale ou d'un pourvoi de plein droit, une partie

(a) intends to raise a question as to the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of Regulations made thereunder, or

(b) intends to urge the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder,

(c) (Revoked, SOR/84-821, s. 1)

such party shall, upon notice to the other parties, apply to the Chief Justice or a Judge for the purpose of stating the question, within thirty days from the granting of leave to appeal or within thirty days from the filing of the notice of appeal in an appeal with leave of the court of final resort in a province, the Federal Court of Appeal, or in an appeal as of right.

Rule 32(1) was amended on October 23, 1984. The amendment was for the purpose of modifying para. (b) and deleting para. (c). Paragraph (c) read as follows:

(c) intends to urge that his rights as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed or denied,

Notwithstanding the generality of that subsection as regards the nature of the application, which included not only s. 52 challenges but also s. 24 applications for remedy not seeking a declaration of inoperability of a law, this Court, as a matter of policy, and exercising discretion under Rule 4 of the Rules of Court, refused to state such questions when,

(1) the question proposed did not comprehend the degree of generality which would justify the application of Rule 32,

(2) the issue raised was essentially one of evidence,

(3) the question arose from the facts of the case,

(4) there was no attack on the validity of a law, but when the Court was being asked to construe a law in the light of a section of the *Charter*, or

(5) that the alleged infringement or denial of guaranteed rights arose from particular facts as opposed to a law or regulation.

a) entend contester la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province, ou de l'un de leurs règlements d'application, ou

b) entend plaider le caractère inopérant d'une loi du Parlement du Canada ou d'une loi de la législature d'une province ou de l'un de leurs règlements d'application,

c) (Abrogé, DORS/84-821, art. 1)

b elle doit, après avoir donné avis aux autres parties et dans les 30 jours de l'autorisation de pourvoi ou de l'inscription de l'avis de pourvoi, s'adresser au Juge en chef ou à un juge pour que soit formulée la question.

d Le paragraphe 32(1) a été modifié le 23 octobre 1984. Il en a résulté la modification de l'al. b) et l'abrogation de l'al. c) qui se lisait comme suit:

e c) entend plaider qu'elle est victime de violation ou de négation des droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*,

f Malgré les termes généraux de ce paragraphe quant à la nature des demandes qui incluaient tant les contestations en vertu de l'art. 52 que les demandes de réparation en vertu de l'art. 24, sans déclaration du caractère inopérant d'une loi, cette Cour, pour des raisons de principe et dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 4 des Règles de la Cour, a refusé de formuler g de telles questions lorsque

i h i (1) la question proposée n'était pas d'ordre suffisamment général pour justifier l'application de l'art. 32,

i (2) la question soulevée avait essentiellement trait à la preuve,

i (3) la question découlait des faits de la cause,

j i (4) on ne contestait pas la validité d'une loi mais qu'on demandait plutôt à la Cour d'interpréter une loi à la lumière d'un article de la *Charte*, ou

j i (5) la violation ou la négation alléguée des droits ou libertés garantis découlait des faits particuliers de la cause et non pas d'une loi ou d'un règlement.

(See *Dubois v. The Queen*, S.C.C., No. 18608, June 28, 1984 (*per* Dickson C.J.); *Mills v. The Queen*, S.C.C., No. 17818, November 24, 1983 (*per* Laskin C.J.); *Staranchuk v. The Queen*, S.C.C., No. 17931, December 16, 1983 (*per* Laskin C.J.); *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, S.C.C., No. 18154, January 10, 1984 (*per* Estey J.); *Guillemette v. The Queen*, S.C.C., No. 18145, March 6, 1984 (*per* Beetz J.))

The amendment to our Rules in October 1984, a few months after the Chief Justice's decision in *Dubois, supra*, reflects the policy of the Court under the previous Rule 32(1). It made it amply clear that under Rule 32(1) a constitutional question under the *Charter* is no different from any other constitutional question, and thus a question shall be stated only when the constitutional validity, or the constitutional applicability of a statute or of regulations is raised, or that the inoperability thereof is urged.

When reading the questions it is obvious to me that questions 1 and 2 meet the test, but that questions 3 and 4 do not.

For these reasons, I extend time, and state questions 1 and 2 only.

Judgment accordingly.

Solicitor for the applicants: John Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.

(Voir *Dubois c. La Reine*, C.S.C., n° 18608, le 28 juin 1984 (le juge en chef Dickson); *Mills c. La Reine*, C.S.C., n° 17818, le 24 novembre 1983 (le juge en chef Laskin); *Staranchuk c. La Reine*, C.S.C., n° 17913, le 16 décembre 1983 (le juge en chef Laskin); *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, C.S.C., n° 18154, le 10 janvier 1984 (le juge Estey); *Guillemette c. La Reine*, C.S.C., n° 18145, le 6 mars 1984 (le juge Beetz).)

La modification de nos Règles en octobre 1984, quelques mois après la décision du Juge en chef dans *Dubois*, précitée, reflète la position de principe que la Cour avait adoptée à l'égard de l'ancien par. 32(1). Elle indique clairement qu'aux fins du par. 32(1) une question constitutionnelle en vertu de la *Charte* ne diffère en aucune manière des autres questions constitutionnelles et qu'en conséquence, une question constitutionnelle ne doit être formulée que lorsqu'est contestée la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement ou lorsqu'est plaidé son caractère inopérant.

Il m'apparaît évident, à la lecture des questions, que les questions 1 et 2 remplissent ces exigences, mais pas les questions 3 et 4.

Pour ces raisons, j'accorde un délai et je ne formule que les questions 1 et 2.

Jugement en conséquence.

Procureur des requérants: John Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.

Action Travail des Femmes *Appellant*

v.

Canadian National Railway Company *Respondent*

and

Canadian Human Rights Commission *Mis en cause*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

and between

Canadian Human Rights Commission *Appellant*

v.

Canadian National Railway Company *Respondent*

and

Action Travail des Femmes, Denis Lemieux, Nicole Duval-Hesler, Joan Wallace and the Attorney General of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION)

File Nos: 19499, 19500.

1986: November 5, 6; 1987: June 25.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Civil rights — Discrimination — Employment — Systemic discrimination against an identifiable group — Human Rights Tribunal imposing employment equity program on employer — Tribunal's order setting employment goal and fixing hiring quota — Whether the Tribunal had jurisdiction to make such order — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 15(1), 41(2)(a).

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Action Travail des Femmes *Appelante*

c.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Intimée*

et

Commission canadienne des droits de la personne *Mise en cause*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

c et entre

Commission canadienne des droits de la personne *Appelante*

d c.

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *Intimée*

et

e **Action Travail des Femmes, Denis Lemieux, Nicole Duval-Hesler, Joan Wallace et le procureur général du Canada** *Mis en cause*

f RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE)

N° du greffe: 19499, 19500.

g 1986: 5, 6 novembre; 1987: 25 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

h EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

i *Libertés publiques — Discrimination — Emploi — Discrimination systémique contre un groupe identifiable — Imposition par un tribunal des droits de la personne d'un programme d'équité en matière d'emploi à un employeur — Ordonnance du tribunal fixant un objectif d'emploi et des contingements d'embauche — Le tribunal est-il compétent pour rendre une telle ordonnance? — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 15(1), 41(2)a.*

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

Statutes — Interpretation — Human rights legislation — Legislation to be given a broad interpretation to fulfil its purposes — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.

Action Travail des Femmes alleged that CN was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the *Canadian Human Rights Act* by denying employment opportunities to women in certain unskilled blue-collar positions. A Human Rights Tribunal constituted under s. 39 of the Act studied the complaint, found that the evidence indicated clearly that the recruitment, hiring and promotion policies at CN prevented and discouraged women from working on blue-collar jobs, and concluded that it was essential to impose upon CN a special employment program. In particular, paragraph 2 of the Special Temporary Measures Order required CN to increase to 13 per cent—the national average—the proportion of women working in non-traditional occupations, and until that goal was achieved, to hire at least one woman for every four non-traditional jobs filled in the future. CN's application to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act* to review the Tribunal's decision was allowed and paragraph 2 of the Special Temporary Measures Order was set aside. The majority of the Court held that the Tribunal exceeded its jurisdiction under s. 41(2)(a) of the *Canadian Human Rights Act* in making that part of the Order because the Tribunal's power under that section is limited to prescribing measures for the purpose of preventing in the future the recurrence of discriminatory practices which had been found to exist and not to remedy the consequences of past discrimination. This appeal is to determine whether the Tribunal has the power under s. 41(2)(a) to impose upon an employer an "employment equity program" to address the problem of "systemic discrimination" in the hiring and promotion of a disadvantaged group, in this case women.

Held: The appeal is allowed and the cross-appeal dismissed.

The Order made by the Tribunal was within its jurisdiction under s. 41(2)(a) of the Act. The purpose of the Act, stated in s. 2, is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination against identifiable protected groups and the Act must receive a fair, large and liberal interpretation to advance and fulfil its purpose. Under s. 41(2)(a), the Tribunal may order the "adoption of a special program ... referred to in subsection 15(1)", a

Législation — Interprétation — Législation sur les droits de la personne — Interprétation large de la législation pour qu'elle réalise ses objets — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.

a Action Travail des Femmes prétend que le CN s'est rendu coupable d'actes discriminatoires en matière d'embauche et de promotions, contrairement à l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en b refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois manuels non spécialisés. Un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de l'art. 39 de la Loi a étudié la plainte, constaté qu'il y avait des preuves manifestes que les politiques de recrutement, d'embauche c et de promotion du CN empêchaient et décourageaient les femmes d'occuper des emplois manuels et a conclu qu'il était essentiel d'imposer au CN un programme spécial d'emploi. En particulier, le deuxième paragraphe des mesures temporaires spéciales de l'ordonnance enjoign au CN d'augmenter à 13 pour 100—la moyenne nationale—la main-d'œuvre féminine dans les postes non traditionnels et, jusqu'à ce que ce but soit atteint, d'embaucher au moins une femme sur quatre postes non traditionnels à être comblés à l'avenir. La demande d'examen et d'annulation de la décision du tribunal, que le CN a adressée à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, a été accueillie et le paragraphe 2 des mesures temporaires spéciales a été radié. La Cour, à la majorité, a jugé que le tribunal avait excédé la compétence que lui confère l'al. 41(2)a de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en rendant cette ordonnance, car son pouvoir en vertu de cet article se limitait à prescrire des mesures destinées à prévenir la récurrence des actes discriminatoires constatés et non de remédier aux conséquences d'actes discriminatoires antérieurs. Le pourvoi a pour objet de déterminer si le tribunal a le pouvoir, en g vertu de l'al. 41(2)a, d'imposer à un employeur un «programme d'équité en matière d'emploi» pour répondre au problème de la «discrimination systémique» dans h l'embauche et la promotion d'un groupe désavantagé, dans ce cas-ci les femmes.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident rejeté.

i Le tribunal, en rendant son ordonnance, a respecté les limites de la compétence que lui confère l'al. 41(2)a de la Loi. L'objet de la Loi, énoncé à l'art. 2, n'est pas de punir une faute mais bien de prévenir la discrimination au détriment de groupes identifiables protégés, et elle doit recevoir une interprétation juste, large et libérale j afin de promouvoir cet objet. En vertu de l'al. 41(2)a, le tribunal peut ordonner «l'adoption d'une proposition

section designed to meet the problem of systemic discrimination, "to prevent the same or a similar [discriminatory] practice occurring in the future". An employment equity program, such as the one in the present case, is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination. The goal is not to compensate past victims or even to provide new opportunities for specific individuals who have been unfairly refused jobs or promotion in the past. Rather, an employment equity program is an attempt to ensure that future applicants and workers from the affected group will not face the same insidious barriers that blocked their forebears. In any employment equity program, there simply cannot be a radical dissociation of "remedy" and "prevention" for there is no prevention without some form of remedy. Although the dominant purpose of such programs is always to improve the situation of the target group in the future, it is essential, in attempting to combat systemic discrimination, to look to the past patterns of discrimination and to destroy those patterns. In this case, it is an uncontradicted fact that the hiring and promotion policies of CN and the enormous problems faced by the tiny minority of women in the blue-collar work force amounted to a systematic denial of women's equal employment opportunities. The employment equity program ordered by the Tribunal, including paragraph 2 of the Special Temporary Measures, was rationally designed to combat such systemic discrimination by preventing "the same or similar practice occurring in the future" and, therefore, fell within the scope of s. 41(2)(a).

Cases Cited

Referred to: *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, aff'd [1983] 2 F.C. 531; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2, 10, 15(1), 39, 41(2)(a), (b), (c), (d).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 11.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340.

^a relative à des programmes [...] spéciaux visés au paragraphe 15(1), paragraphe conçu pour répondre à la discrimination systémique, pour «prévenir les actes [discriminatoires] semblables». Un programme d'équité en matière d'emploi, comme celui ordonné par le tribunal en l'espèce, est conçu pour rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique. L'objectif n'est pas d'indemniser les victimes ni même d'ouvrir de nouveaux horizons à des individus particuliers qui, par le passé, se sont vu refuser inéquitablement un emploi ou une promotion. ^b Plutôt, le programme d'équité en matière d'emploi tente de faire en sorte qu'à l'avenir les postulants et les travailleurs du groupe touché n'aient pas à faire face aux mêmes barrières insidieuses qui ont arrêté leurs prédecesseurs. Toutefois, dans tout programme d'équité en matière d'emploi, on ne peut tout simplement pas dissocier radicalement la «réparations de la «prévention», puisqu'il ne peut y avoir prévention sans une forme quelconque de réparation. Si l'objet dominant de ces programmes est toujours d'améliorer la situation future du groupe visé, il est essentiel de s'attaquer aux anciens régimes discriminatoires et de les détruire. En l'espèce, c'est un fait incontesté que les politiques d'embauche et de promotion du CN et les problèmes considérables auxquels doit faire face la faible minorité de femmes ^c dans les emplois manuels reviennent à dénier systématiquement aux femmes l'égalité des chances en matière d'emploi. Le programme d'équité en matière d'emploi ordonné par le tribunal, y compris le paragraphe 2 des mesures spéciales temporaires, était logiquement conçu ^d pour combattre une telle discrimination systémique par la prévention d'«actes semblables» et, donc, est conforme à l'al. 41(2)a).

Jurisprudence

^g **Arrêts mentionnés:** *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, conf. [1983] 2 C.F. 531; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717.

Lois et règlements cités

ⁱ *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, chap. 340.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2, 10, 15(1), 39, 41(2)a, b, c, d).
^j *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 11.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

Authors Cited

- Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Agocs, Carol. "Affirmative Action, Canadian Style" (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148.
- Blumrosen, Alfred W. "Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity". In *Some Civil Liberties Issues of the Seventies*. Edited by Walter S. Tarnopolsky. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1975.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Greschner, Donna and Ken Norman. "Notes of Cases" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 805.
- Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law in Canada*. Toronto: R. De Boo, 1982.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1985] 1 F.C. 96, 20 D.L.R. (4th) 668, 61 N.R. 354, allowing CN's application under s. 28 of the *Federal Court Act* and setting aside part of the Human Rights Tribunal's Order. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Hélène Lebel, Q.C., for Action Travail des Femmes.

Alphonse Giard, Q.C., Rolland Boudreau, Q.C., and Anne Bétournay, for the Canadian National Railway Co.

René Duval and Anne Trotier, for the Canadian Human Rights Commission.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This case raises the important question whether a Human Rights Tribunal appointed under s. 39 of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (the Act), has the power under s. 41(2)(a) to impose upon an employer, in this case Canadian National Railway Co., a program tailored specifically to address the problem of "systemic discrimination" in the hiring and promotion of a disadvantaged group, in this case women. I am content to adopt the vocabulary of the *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), authored by Judge Rosalie

Doctrine citée

- Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services du Canada, 1984.
- ^a Agocs, Carol, «Affirmative Action, Canadian Style» (1986), 12 *Canadian Public Policy—Analyse de politiques* 148.
- Blumrosen, Alfred W. «Quotas, Common Sense and Law in Labour Relations: Three Dimensions of Equal Opportunity». In *Some Civil Liberties Issues of the Seventies*. Edited by Walter S. Tarnopolsky. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1975.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- ^b Greschner, Donna and Ken Norman. «Jurisprudence» (1985), 63 *R. du B. can.* 805.
- Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law in Canada*. Toronto: R. De Boo, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1985] 1 C.F. 96, 20 D.L.R. (4th) 668, 61 N.R. 354, qui a accueilli la demande du CN fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et annulé en partie l'ordonnance du Tribunal des droits de la personne. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Hélène Lebel, c.r., pour Action Travail des Femmes.

Alphonse Giard, c.r., Rolland Boudreau, c.r., et Anne Bétournay, pour la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

René Duval et Anne Trotier, pour la Commission canadienne des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

^j LE JUGE EN CHEF—Cette affaire pose l'importante question de savoir si un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de l'art. 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33 (ci-après la Loi), a le pouvoir, en vertu de l'al. 41(2)a), d'imposer à un employeur, en l'occurrence la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (ci-après le «Canadien National» ou le «CN»), un programme conçu expressément pour répondre au problème de la «discrimination systémique» dans l'embauche et la promotion d'un groupe désavantagé, dans ce

Abella (the Abella Report) and to describe such programs as "employment equity programs".

Action Travail des Femmes, a public interest pressure group originally funded by the federal government but now incorporated and financed independently, alleged that Canadian National was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the Act by denying employment opportunities to women in certain unskilled, blue-collar positions. Section 10 of the Act reads:

10. It is a discriminatory practice for an employer or an employee organization

- (a) to establish or pursue a policy or practice, or
- (b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

I

The Facts

A Human Rights Tribunal was constituted in July 1981 to study the complaint lodged by Action Travail des Femmes. The complaint reads as follows:

A.T.F. has reasonable grounds to believe that CN in the St. Lawrence Region has established or pursued a policy or practice that deprives or tends to deprive a class of individuals of employment opportunities because they are female.

The complaint was not that of a single complainant or even of a series of individual complainants; it was a complaint of systemic discrimination practised against an identifiable group.

The Tribunal received testimony from 50 witnesses during 33 days of hearings and, in due course, rendered a decision of some 175 pages. The decision records in detail the evidence of Mr. Yvon

cas-ci les femmes. Je me contenterai d'adopter le vocabulaire du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984), dont l'auteur est le juge Rosalie Abella (ci-après le rapport Abella), et de désigner de tels programmes sous le nom de «programmes d'équité en matière d'emploi».

Action Travail des Femmes, un groupe de pression d'intérêt public qui était financé à l'origine par le gouvernement fédéral, mais qui est maintenant constitué en société et assure son propre financement, prétend que le Canadien National s'est rendu coupable d'actes discriminatoires en matière d'embauche et de promotion, contrairement à l'art. 10 de la Loi, en refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois manuels non spécialisés. L'article 10 de la Loi porte:

d 10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur ou l'association d'employés

- a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou
- b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

f

I

Les faits

Un tribunal des droits de la personne a été constitué en juillet 1981 pour examiner la plainte déposée par Action Travail des Femmes. Voici le texte de cette plainte:

[TRADUCTION] A.T.F. a des motifs raisonnables de croire que le CN de la région du St-Laurent a fixé ou appliqué des lignes de conduite susceptibles d'annuler les chances d'emploi ou d'avancement d'individus pour le motif qu'il s'agit de personnes de sexe féminin.

La plainte n'est pas le fait d'une seule plaignante ni même de plusieurs plaignantes individuelles; il s'agit d'une plainte de discrimination systémique dont fait l'objet un groupe identifiable.

Le tribunal a entendu les témoignages de 50 personnes au cours de 33 jours d'audience et a finalement rendu une décision de quelque 175 pages. La décision rapporte en détail le témoi-

Massé, Vice-President of the St. Lawrence Region of Canadian National. Mr. Massé spoke of a study, apparently prepared in 1974 at the request of the then President of CN, Mr. Robert Bandeen, entitled "Canadian National Action Programs—Women", and commonly referred to as the Boyle/Kirkman Report. The Report identified three problems:

1. Lack of Definitive Executive Management Commitment

Top management's interest on the issue of women has not been communicated effectively nor have direct actions demonstrated their concern. The majority of managers are understandably perplexed regarding the current and future role of women within CN. CN managers across the system await a definitive policy statement with specific action programs. Executive management must commit themselves to begin to encourage their subordinates to change the environment to one which truly provides equal opportunity. They must convince both men and women that a special emphasis program is needed to utilize the talents of CN women. These actions must begin now in order to assure CN of a new, qualified management resource in the future.

2. Traditional beliefs by managers and women in the many negative myths and stereotypes about working women

Our interviews revealed a disturbing degree of negative attitudes resulting in obvious discriminatory behavior. For example, the majority of women seeking employment are channeled into secretarial positions, whereas, men are guided toward clerical positions which most often lead to promotions to higher level clerical jobs and/or middle management positions. In job bidding situations, women are frequently strongly discouraged from bidding on traditional men's job. Until the negative environment that these attitudes create is improved, equal opportunity for women will never occur.

3. Current personnel policies and procedures

These policies are limited and ineffective as they relate to the majority of women at CN.

The Report revealed that in the early 1970s women workers comprised one third of the total

gnage de M. Yvon Massé, vice-président de la région du St-Laurent du Canadien National. Monsieur Massé a parlé d'une étude, qui aurait été rédigée en 1974 à la demande du président du CN ^a de l'époque, M. Robert Bandeen, intitulée «Canadian National Action Programs—Women», communément désignée sous le nom de rapport Boyle-Kirkman. Le rapport a reconnu l'existence de trois problèmes:

b [TRADUCTION]

1. Absence d'engagement définitif de la part des cadres supérieurs

L'intérêt des cadres supérieurs pour la question des femmes ne s'est pas traduit dans les faits ni par aucune action directe. La majorité des cadres reste, on le comprendra, perplexe face au rôle actuel et futur des femmes au CN. Les cadres du CN, à tous les échelons, attendent encore l'énoncé d'une politique définitive comportant des programmes d'action spécifiques. Les cadres supérieurs doivent s'engager à encourager leurs subordonnés à modifier l'environnement de façon à ce qu'il y ait égalité réelle des chances. Ils doivent convaincre tant les hommes que les femmes de la nécessité d'un programme mettant spécialement l'accent sur l'utilisation des talents des femmes au CN. Ces actions doivent commencer dès maintenant si l'on veut assurer au CN de nouvelles ressources qualifiées en gestion pour l'avenir.

2. Persistance au sein de la direction et chez les femmes d'un grand nombre de mythes et de stéréotypes négatifs traditionnels au sujet des femmes au travail

Nos entrevues ont révélé un nombre troublant d'attitudes négatives à la source d'un comportement discriminatoire évident. Par exemple, la majorité des femmes qui sollicitent un emploi sont dirigées vers des postes de secrétaire, alors que les hommes sont guidés vers des emplois de bureau qui conduisent la plupart du temps à des promotions à des postes plus élevés et à des postes de cadres intermédiaires. En matière de postulation, les femmes sont souvent fortement découragées de solliciter des emplois traditionnellement réservés aux hommes. Tant que l'environnement négatif que ces attitudes créent ne sera pas amélioré, l'égalité des chances pour les femmes ne pourra se réaliser.

3. Politiques et méthodes actuelles relatives au personnel

Ces politiques sont limitées et inefficaces pour ce qui est de la majorité des femmes au CN.

j Le rapport révèle qu'au début des années 1970, le tiers de la main-d'œuvre totale du Canada était

labour force in Canada, holding 14.3 per cent of managerial positions, 41.2 per cent of professional and technical positions, and 72 per cent of all clerical jobs nation-wide. In contrast to the national employment statistics, women constituted approximately 4 per cent of the total CN work force and held less than 0.5 per cent of the senior management jobs.

The attitudes of male personnel at CN towards women were reviewed extensively in the Report. Examples follow:

1. "Women are generally disruptive to the work-force."
 2. "Women aren't tough enough to handle supervisory jobs. They fail miserably under pressure."
 3. "The best jobs for women are coach cleaners—That's second nature to them."
 4. "One big problem adding women to train crews would be policing the morals in the cabooses."
 5. Work in the yards is too physically demanding. The weather is too harsh."
 6. "Women cannot do the physical aspects of a CN conductor's job. There's too much handling of drunks, transients and undesirables."
 7. "Women have no drive, no ambition, no initiative."
 8. "A woman can't combine a career and family responsibilities."
 9. "The 'old boy network' for promotions is very strong at CN. This naturally inhibits women's advancement."
 10. "My department is all male—they don't want a woman snooping around."
 11. "Railroading is a man's sport—there's no room for women."
 12. "Unless I'm forced, I won't take a woman."
- fa
fo
1.
2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.
9.
10.
11.
12.
- [TRADUCTION]*
1. «Les femmes ont une influence néfaste sur la main-d'œuvre.»
 2. «Les femmes n'ont pas la force de caractère suffisante pour occuper des postes de surveillance. Elles cèdent misérablement sous l'effet de la contrainte.»
 3. «Les meilleurs emplois pour les femmes consistent à nettoyer les wagons, c'est chez elles une seconde nature.»
 4. «L'un des gros problèmes que susciterait la présence de femmes dans les équipages de trains serait de veiller au maintien des bonnes mœurs dans les fourgons de queue.»
 5. «Le travail dans les gares de triage est trop exigeant physiquement. Le climat est trop dur.»
 6. «Les femmes ne peuvent assumer les aspects physiques du métier de conducteur au CN. Il y a trop d'ivrognes, de vagabonds et d'indésirables dont il faut s'occuper.»
 7. «Les femmes manquent de dynamisme, d'ambition, d'initiative.»
 8. «Une femme ne peut combiner carrière et responsabilités familiales.»
 9. «Le réseau des «vieux copains» pour les promotions est très fort au CN. Cela nuit naturellement à l'avancement des femmes.»
 10. «Il n'y a que des hommes dans mon département, ils ne veulent pas de femmes qui s'immisceront dans leurs affaires.»
 11. «Les chemins de fer, ça regarde les hommes, il n'y a pas de place pour les femmes.»
 12. «À moins qu'on m'y force, je n'accepterai pas de femmes.»
1.
2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.
9.
10.
11.
12.

The Report also included a small number of comments from male CN employees which tended to

composé de femmes qui étaient titulaires de 14,3 pour 100 des postes de direction, de 41,2 pour 100 des postes de techniciens et de professionnels et de 72 pour 100 des postes de commis de bureau dans l'ensemble du pays. Comparativement à ces statistiques nationales en matière d'emploi, les femmes ne représentaient qu'environ 4 pour 100 de la main-d'œuvre totale du CN et n'y détenaient que moins de 0,5 pour 100 des postes de cadres supérieurs.

Le rapport étudie en profondeur les attitudes du personnel masculin du CN envers les femmes. Voici quelques exemples:

- [TRADUCTION]*
1. «Les femmes ont une influence néfaste sur la main-d'œuvre.»
 2. «Les femmes n'ont pas la force de caractère suffisante pour occuper des postes de surveillance. Elles cèdent misérablement sous l'effet de la contrainte.»
 3. «Les meilleurs emplois pour les femmes consistent à nettoyer les wagons, c'est chez elles une seconde nature.»
 4. «L'un des gros problèmes que susciterait la présence de femmes dans les équipages de trains serait de veiller au maintien des bonnes mœurs dans les fourgons de queue.»
 5. «Le travail dans les gares de triage est trop exigeant physiquement. Le climat est trop dur.»
 6. «Les femmes ne peuvent assumer les aspects physiques du métier de conducteur au CN. Il y a trop d'ivrognes, de vagabonds et d'indésirables dont il faut s'occuper.»
 7. «Les femmes manquent de dynamisme, d'ambition, d'initiative.»
 8. «Une femme ne peut combiner carrière et responsabilités familiales.»
 9. «Le réseau des «vieux copains» pour les promotions est très fort au CN. Cela nuit naturellement à l'avancement des femmes.»
 10. «Il n'y a que des hommes dans mon département, ils ne veulent pas de femmes qui s'immisceront dans leurs affaires.»
 11. «Les chemins de fer, ça regarde les hommes, il n'y a pas de place pour les femmes.»
 12. «À moins qu'on m'y force, je n'accepterai pas de femmes.»
1.
2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.
9.
10.
11.
12.
- Le rapport comporte aussi un petit nombre d'observations d'employés du CN qui tendent à favori-

favour the participation of women in the CN work force:

1. "Women are a vast, untapped resource we have overlooked until now."
2. "Women are the same as men—as long as they do the job, they should get hired, developed and promoted."
3. "We are guilty of unconscious discrimination against women by never identifying and developing their talents."

Women at CN were very conscious of the generally negative attitude of male supervisors, the Report revealed:

1. "We always hear—'You're taking a job from a man.'"
2. "We're at the mercy of the individual supervisor. If he's against women, we're sunk."
3. "When my Supervisor heard that he had to take two women, you should have heard the uproar he made in front of us."

The Boyle/Kirkman Report concluded with specific recommendations concerning the recruitment of women to CN:

CN needs to adopt a well-planned, aggressive program for the recruitment of women.

The following are some suggested actions which could be included in the recruitment program:

- A. Establish numeric objectives by level for the recruitment of women.
- B. Train all the personnel recruiters about how to interview women effectively.
- C. Develop new avenues for locating women:
 - (1) Advertise in women's periodicals
 - (2) Work with women's search agencies
 - (3) Specify women candidates wanted from all search agencies
 - (4) Encourage women referrals from employees
 - (5) Identify an individual within Personnel who could provide immediate follow-up on resumes

ser l'intégration des femmes à la main-d'œuvre du CN:

[TRADUCTION]

- a* 1. «Les femmes constituent une vaste ressource inexploitée dont nous n'avons pas tenu compte jusqu'à maintenant.»
2. «Les femmes sont comme les hommes, si elles peuvent faire le travail, elles devraient être embauchées, formées et obtenir des promotions.»
- b* 3. «Nous rendons coupables de discrimination inconsciente envers les femmes en ne cherchant jamais à connaître et à développer leurs talents.»

Les femmes au CN sont très conscientes de l'attitude généralement négative des surveillants; voici ce que le rapport révèle:

[TRADUCTION]

- d* 1. «On nous dit toujours: «Vous prenez la place d'un homme.»»
2. «Nous sommes à la merci de notre surveillant. S'il est contre les femmes, nous sommes foutus.»
3. «Lorsque mon surveillant a appris qu'il lui faudrait accepter deux femmes, vous auriez dû entendre la tempête de protestations qu'il a faites devant nous.»

En conclusion, le rapport Boyle-Kirkman fait des recommandations précises concernant le recrutement des femmes au CN:

[TRADUCTION] Il est nécessaire que le CN adopte un programme dynamique et bien planifié de recrutement pour les femmes.

Voici quelques suggestions de mesures qui pourraient être prises dans le cadre de ce programme de recrutement:

- g* A. Fixer des objectifs numériques par niveau de travail pour le recrutement de femmes.
- B. Former tous les recruteurs du bureau du personnel sur la façon d'interviewer les femmes efficacement.
- h* C. Mettre au point de nouveaux moyens d'aller chercher des femmes:
 - (1) Faire de la publicité dans les périodiques destinés aux femmes
 - (2) Coopérer avec les agences de placement pour femmes
 - (3) Spécifier que toutes les agences de placement sont invitées à soumettre des candidates
 - (4) Encourager la recommandation de femmes par les employés
 - (5) Confier spécifiquement à un membre du bureau du personnel la tâche d'assurer le suivi

and other leads regarding potential women candidates. Be prepared to act fast.

In July, 1978 a document entitled "Equal Opportunities Program" was sent to senior managers of the St. Lawrence Region of CN by Mr. Masse, enumerating three overarching objectives with respect to the participation of women in CN:

1. An increase in the total number of female employees at CN;
2. An increase in the number of female management employees;
3. An increase in the number of females in positions for which men only were traditionally hired.

The 1978 document contained a rather general program of action with five elements:

1. Hire female employees;
2. Increase receptiveness to female employees at CN;
3. Support the female employees at CN in their efforts to adapt and progress;
4. Project a public image of a company that is in favour of hiring female employees;
5. Periodically analyse the evolution of female manpower at CN.

It should be noted that these objectives were far less rigorous than those recommended in the CN-commissioned Boyle/Kirkman Report.

In January 1979, CN published a study entitled "Women in CN Status Report" which concluded that, systemically, progress had been slow, and in fact hardly merited being called "progress" at all. In spite of a decrease in the number of men in the CN work force, the number of women as a percentage of the work force had only increased by 1.61 per cent since 1974 when the Boyle/Kirkman Report was prepared. One section of the 1979 review carried this rubric: "Lingering Belief that Men Have First Claim to Jobs".

By February 18, 1982, 155 complaints against CN had been lodged with the Human Rights Commission. In due course, the Commission set up

immédiat aux curriculum vitae et autres renseignements concernant d'éventuelles candidatures. Être prêt à agir rapidement.

a En juillet 1978, M. Masse a envoyé aux cadres supérieurs de la région du St-Laurent du CN, un document intitulé «Programme possibilités égales» qui énumérait trois objectifs généraux concernant la participation des femmes au CN:

- b* 1. hausser le nombre total de femmes à l'emploi du CN;
2. hausser le nombre de femmes cadres;
3. hausser le nombre de femmes dans des emplois traditionnellement réservés aux hommes.

Le document de 1978 énonçait un programme d'action plutôt général en cinq points:

- d* 1. Engager du personnel féminin;
2. Approfondir notre attitude réceptive envers les femmes au travail au CN;
3. Supporter les femmes à l'emploi du CN dans leur adaptation et efforts de progrès;
4. Donner à la société l'image d'une entreprise favorable à l'embauche des femmes;
5. Analyser périodiquement l'évolution de la main-d'œuvre féminine au CN.

On remarquera que ces objectifs étaient beaucoup moins rigoureux que les recommandations du rapport Boyle-Kirkman qui a fait suite à l'étude commandée par le CN.

g En janvier 1979, le CN a publié une étude intitulée «Women in CN Status Report» qui concluait que, dans l'ensemble, les progrès avaient été lents et en fait ne méritaient guère d'être qualifiés de «progrès». En dépit de la diminution du nombre d'hommes dans la main-d'œuvre du CN, le nombre de femmes, en tant que pourcentage de la main-d'œuvre, ne s'était accru que de 1,61 pour 100 depuis 1974, c'est-à-dire depuis le moment où le rapport Boyle-Kirkman avait été rédigé. Une section de l'étude de 1979 portait le titre suivant: [TRADUCTION] «Persistance de la conviction que les hommes doivent avoir la priorité en matière d'emploi».

j Le 18 février 1982, 155 plaintes contre le CN avaient été déposées devant la Commission des droits de la personne. Finalement, la Commission

of CN. Among blue-collar workers in Canada, 13 per cent were women during the period January to May 1982, yet female applicants for blue-collar jobs at CN constituted only 5 per cent of the total applicant pool.^a

The markedly low rate of female participation in so-called "non-traditional" occupations at Canadian National, namely occupations in which women typically have been significantly under-represented considering their proportion in the work force as a whole, was not fortuitous. The evidence before the Tribunal established clearly that the recruitment, hiring and promotion policies at Canadian National prevented and discouraged women from working on blue-collar jobs. The Tribunal held, a finding not challenged in this Court, that CN had not made any real effort to inform women in general of the possibility of filling non-traditional positions in the company. For example, the evidence indicated that Canadian National's recruitment program with respect to skilled crafts and trade workers was limited largely to sending representatives to technical schools where there were almost no women. When women presented themselves at the personnel office, the interviews had a decidedly "chilling effect" on female involvement in non-traditional employment; women were expressly encouraged to apply only for secretarial jobs. According to some of the testimony, women applying for employment were never told clearly the qualifications which they needed to fill the blue-collar job openings. Another hurdle placed in the way of some applicants, including those seeking employment as coach cleaners, was to require experience in soldering. Moreover, the personnel office did not itself do any hiring for blue-collar jobs. Instead, it forwarded names to the area foreman, and Canadian National had no means of controlling the decision of the foreman to hire or not to hire a woman. The

main-d'œuvre au Canada. À l'époque, les femmes ne représentaient que 6,11 pour 100 de l'ensemble de la main-d'œuvre du CN. Au cours de la période comprise entre janvier et mai 1982, les femmes constituaient 13 pour 100 de la main-d'œuvre ouvrière au Canada et pourtant les candidates pour des emplois manuels au CN ne représentaient que 5 pour 100 du nombre total de candidats.^a

Ce taux remarquablement faible de la participation féminine dans les métiers dit «non traditionnels» au Canadien National, notamment dans des métiers où les femmes ont habituellement été fort sous-représentées compte tenu du pourcentage de la main-d'œuvre globale qu'elles représentent, n'est pas fortuit. La preuve dont le tribunal a été saisi établit clairement que les politiques de recrutement, d'embauche et de promotion du Canadien National ont empêché et découragé les femmes d'occuper des emplois manuels. Le tribunal en est venu à la conclusion, qui n'a pas été contestée devant cette Cour, que le CN n'avait pas vraiment fait d'efforts pour informer les femmes en général de la possibilité d'occuper des emplois non traditionnels au sein de la compagnie. Par exemple, il ressort de la preuve que le programme de recrutement du Canadien National dans le cas des corps de métiers était largement limité à l'envoi de représentants dans les écoles techniques où il n'y avait presque aucune femme. Lorsque des femmes se présentaient au bureau du personnel, les entrevues avaient décidément un «effet de douche froide» sur la participation de femmes dans des secteurs non traditionnels; on encourageait expressément les femmes à ne postuler que des emplois de secrétaire. D'après certains témoignages, on ne disait jamais clairement aux femmes qui sollicitaient un emploi quelles étaient les conditions à remplir pour obtenir les emplois manuels disponibles. Un autre obstacle imposé à certaines candidates, y compris celles sollicitant un poste de préposé au nettoyage des wagons, consistait à exiger une expérience de la soudure. En outre, le bureau du personnel ne s'occupait pas lui-même de l'embauche de travailleurs manuels. Au lieu de cela, il faisait parvenir les noms des candidats au contremaître du secteur et ainsi le Canadien National n'avait aucun moyen de contrôler la décision du contremaître d'engager ou non une femme. Il est

evidence indicated that the foremen were typically unreceptive to female candidates.

II

The Earlier Judgments1. *The Human Rights Tribunal*

The Human Rights Tribunal concluded that it was essential to impose upon CN a special employment program if the proportion of women in blue-collar jobs at CN was to mirror even roughly the proportion of women in similar jobs across the country, namely 13 per cent. It should be stressed that this goal appears to be modest considering that the 13 per cent participation rate of women in blue-collar jobs across Canada at the time arguably constituted a significant under-representation of women in that segment of the labour market.

For greater clarity, the Tribunal stated that its objective was simply to increase to 13 per cent the female work force in non-traditional jobs at CN in the St. Lawrence Region. To that end, the Tribunal made the following order:

ORDER

FOR THE ABOVE REASONS this Tribunal, concluding that there are in the St Lawrence Region of CN certain hiring policies or practices that are discriminatory for the purpose of section 10 of the Canadian Human Rights Act, and that these practices are not based on *bona fide* occupational requirements for the purpose of section 14 of the said Act, makes the following order, according to the powers conferred upon it by section 41:

PERMANENT MEASURES FOR
NEUTRALIZATION OF CURRENT POLICIES
AND PRACTICES

1. CN shall immediately discontinue the use of the Bennett test for entry level positions other than apprentice positions, and, within one year of the time of this decision and for the same positions, shall discontinue all mechanical aptitude tests that have a negative impact on

ressorti de la preuve que les contremaîtres étaient habituellement défavorables aux femmes candidates.

a

II

Les jugements antérieurs1. *Le tribunal des droits de la personne*

Le tribunal des droits de la personne a conclu qu'il était essentiel d'imposer au CN un programme spécial d'emploi si l'on voulait que le pourcentage des femmes détenant des emplois manuels au CN reflète au moins approximativement le pourcentage de celles détenant des emplois similaires dans l'ensemble du pays, soit 13 pour 100. On devrait souligner que cet objectif semble modeste si l'on considère que ce 13 pour 100 de femmes cols bleus dans l'ensemble du Canada à l'époque constituait certes une forte sous-représentation des femmes dans ce secteur du marché du travail.

Pour plus de clarté, le tribunal a déclaré que son objectif consistait simplement à hausser jusqu'à 13 pour 100 la main-d'œuvre féminine occupant des postes non traditionnels au CN dans la région du St-Laurent. À cette fin, le tribunal a rendu l'ordonnance suivante:

ORDONNANCE

POUR LES MOTIFS PRÉCITÉS, ce tribunal, concluant à l'existence au CN, dans la région du St-Laurent, de certaines pratiques ou lignes de conduite d'embauche qui sont discriminatoires au sens de l'article 10 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, et concluant de plus que ces lignes de conduite ne sont pas fondées sur des exigences professionnelles normales au sens de l'article 14 de ladite loi, rend l'ordonnance suivante, selon les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 41 de ladite loi:

MESURES PERMANENTES DE
NEUTRALISATION DE POLITIQUES ET
PRATIQUES COURANTES

1. Le CN devra cesser immédiatement l'utilisation du test Bennett pour les postes d'entrée autres que les postes d'apprentis de même que, dans un délai d'un an à compter de la présente décision et à l'endroit des mêmes postes, cesser l'utilisation de tous tests d'aptitude méca-

women and are not warranted by the aptitude requirements of the positions being applied for.

2. CN shall immediately discontinue all practices pursued by foremen or others in which female candidates undergo physical tests not required of male candidates, mainly the test which consists of lifting a brakeshoe with one arm.

3. CN shall immediately discontinue the requirement for welding experience for all entry level positions, with the exception of apprentice positions.

4. CN shall modify its system for the dissemination of information on positions available. More specifically, within the period of one year it shall take the most suitable measures to inform the general public of all positions available.

5. CN shall immediately change the reception practices in its employment office to give female candidates complete, specific and objective information on the real requirements of non-traditional positions.

6. CN shall immediately modify its system of interviewing candidates; in particular, it shall ensure that those responsible for conducting such interviews are given strict instructions to treat all candidates in the same way, regardless of their sex.

7. Should CN wish to continue to grant foremen the power to refuse to hire persons already accepted by the employment office, it shall immediately issue a specific directive to the effect that no one shall be rejected on the basis of sex.

8. CN shall continue to implement the measures already adopted in its directive on sexual harassment with a view to eliminating from the workplace all forms of sexual harassment and discrimination.

SPECIAL TEMPORARY MEASURES

1. Within the period of one year and until the percentage of women in non-traditional jobs at CN has reached 13, CN shall undertake an information and publicity campaign inviting women in particular to apply for non-traditional positions.

2. Whereas we feel that the process of change in CN's St Lawrence Region must be accelerated and preferential measures for women are required;

nique qui ont un impact négatif pour les femmes sans être justifiés par les aptitudes requises pour les emplois postulés par les candidates.

2. Le CN devra cesser immédiatement toute pratique *a* des contremaîtres ou de tout autre responsable visant à exiger des candidates féminines des tests physiques non imposés aux candidats masculins et notamment le test consistant à soulever d'une main une mâchoire de freins.

3. Le CN devra cesser immédiatement d'exiger des *b* candidats une expérience déjà acquise en soudure pour tous les postes d'entrée, à l'exception des postes d'apprentis.

4. Le CN devra modifier son système de diffusion des *c* renseignements relatifs aux emplois disponibles. Plus particulièrement, il devra, dans un délai d'un an, prendre les moyens d'information et de publicité les plus appropriés auprès du public en général pour annoncer tout poste disponible.

5. Le CN devra modifier dès maintenant les pratiques *d* d'accueil du bureau d'embauche pour donner aux candidates féminines des informations complètes, précises et objectives sur les exigences réelles des emplois non traditionnels.

6. Le CN devra modifier dès maintenant son système *e* d'entrevue des candidats; plus particulièrement, il devra veiller à ce que les responsables de ces entrevues aient de strictes instructions visant à traiter de la même façon tous les candidats, sans égard à leur sexe.

7. Dans la mesure où le CN voudrait continuer d'accorder aux contremaîtres le pouvoir de refuser d'embaucher des personnes déjà acceptées par le bureau d'embauche, le CN devra émettre dans l'immédiat une directive précise à leur endroit, à l'effet que nul ne peut *f* être refusé pour des motifs de discrimination sexuelle.

8. Le CN devra poursuivre les mesures déjà adoptées dans le cadre de sa directive sur le harcèlement sexuel visant à éliminer du lieu de travail toute forme de harcèlement et de discrimination sexuels.

h

MESURES SPÉCIALES TEMPORAIRES

1. Le CN devra, dans un délai d'un an et jusqu'à ce *i* que le pourcentage de femmes dans les emplois non traditionnels au CN ait atteint 13%, entreprendre une campagne d'information et de publicité pour inviter en particulier les femmes à poser leur candidature à des postes non traditionnels.

2. Considérant qu'il nous apparaît que le processus de *j* changement dans la région du St-Laurent au CN doit être accéléré et que des mesures préférentielles visant les femmes s'imposent.

—Whereas the employer must be given a certain measure of flexibility in view of the uncertainty surrounding the question of how many qualified female workers are available;

—Whereas ideally, in order to create as soon as possible a critical mass that would allow the system to continue to correct itself, we would be inclined to require over the coming years, until the objective of 13% is achieved, the hiring of women to fill at least one non-traditional position out of every three;

—Whereas for the sake of giving more latitude and flexibility to CN in the methods employed to achieve the desired objective, we feel that it would be more prudent to require a ratio lower than one in three for the hiring of women for non-traditional positions at CN;

ACCORDINGLY, Canadian National is ordered to hire at least one woman for every four non-traditional positions filled in the future. This measure shall take effect only when CN employees who have been laid off but who are subject to recall have been recalled by CN, but not before one year has elapsed from the time of this decision, in order to give CN a reasonable length of time to adopt measures to comply with this order. When it is in effect, daily adherence to the one-in-four ratio will not be required, in order to give the employer more choice in the selection of candidates. However, it must be complied with over each quarterly period until the desired objective of having 13% of non-traditional positions filled by women is achieved.

3. Within a period of two months of this decision, CN shall appoint a person responsible with full powers to ensure the application of the special temporary measures and to carry out any other duties assigned to him by CN to implement this decision.

SUBMISSION OF DATA

CN SHALL SUBMIT TO THE COMMISSION:

1. Within 20 days of the introduction of the above-mentioned special temporary measures, an initial inventory of the number of blue-collar workers in the CN's St Lawrence Region, by sex and by position.

2. Within 20 days of the end of each quarterly period after the above-mentioned special temporary measures have begun to be applied, and for the entire duration of

Considérant par ailleurs qu'il faut laisser à l'employeur une certaine flexibilité vu l'incertitude devant laquelle nous nous trouvons sur l'ampleur du bassin de main-d'œuvre féminine qualifiée disponible.

a Considérant qu'idéalement, pour créer le plus tôt possible une masse critique qui permettrait au système de continuer à se corriger par lui-même, nous serions enclins à exiger qu'au cours des prochaines années, et jusqu'à ce que l'objectif de 13% soit atteint, au moins un poste non traditionnel sur trois soit confié, à l'embauche, à une femme.

Considérant cependant qu'afin de donner plus de latitude et de flexibilité au CN dans les moyens à prendre pour atteindre l'objectif désiré, il nous apparaît plus prudent de fixer un nombre minimal d'embauche féminine plus faible qu'un sur trois des postes non traditionnels à être comblés au CN dorénavant.

EN CONSÉQUENCE, il est ordonné au Canadien National d'embaucher au moins une femme sur quatre postes non traditionnels à être comblés à l'avenir. Cette mesure n'entrera en vigueur que lorsque les employés du CN actuellement mis à pied mais sujets à rappel auront été rappelés par le CN, mais, dans tous les cas, pas avant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la présente décision, afin de donner au CN un délai raisonnable pour adopter les mesures nécessaires pour se conformer à cette ordonnance. Une fois en vigueur, la proportion d'un sur quatre n'aura pas à être respectée quotidiennement, ce afin de permettre à l'employeur un meilleur choix dans la sélection des candidats. Elle devra cependant être respectée dans l'ensemble de chaque période trimestrielle, jusqu'à ce que l'objectif désiré de 13% de femmes dans les postes non traditionnels soit atteint.

b 3. Dans un délai de deux mois à compter de la présente décision, le CN devra nommer un responsable avec pleins pouvoirs pour assurer la mise en vigueur des mesures spéciales temporaires et réaliser tout autre mandat qui pourrait lui être confié par le CN relativement à la mise en œuvre de la présente décision.

PRODUCTION DE DONNÉES

LE CN DEVRA SOUMETTRE À LA COMMISSION:

i 1. Dans les vingt (20) jours suivant la mise en application des mesures spéciales temporaires susdites, un relevé initial du nombre d'employés «cols bleus» dans la région du St-Laurent au CN, par sexe et par fonction.

j 2. Dans les vingt (20) jours suivant la fin de chaque période trimestrielle à compter de la mise en application des mesures spéciales temporaires susdites et pendant

the Human Rights Tribunal to consider the "class" complaint set out above.

Thirteen women testified before the Tribunal as to their experience as candidates or employees with CN. One of the witnesses, Ms. Carla Nemeroff, detailed some of the problems she faced as the only woman in her work place:

They told me they did not want me there. How did they behave? Well, they tried to confuse me. Instead of telling me things like two or three moves at a time, which is all you have to do, they would tell me about 15 moves in a row, like talking really quickly, using the numbers, like this "take a locomotive, put it there, go here, go there", you know, like really—so that I would get confused, or they would tell me to jump off the train at a switch, I would get off at the switch, and they would leave me at the switch, and they would not tell me what they were doing, they would leave me there, or they would just go off on break, and they would not tell me they were going on break. Sometimes they would leave me at a switch, or at an engine. They would say "go release the brakes on that engine and wait for my signal"; I would never hear the signal, they would go off and eat lunch and leave me there. They used to do that all the time.

According to the testimony, women were subjected to extremely unpleasant treatment by their male colleagues:

Another time, a few guys—we were on break sort of hanging around outside because it was warm out; a few guys jumped me and pretended they were going to rape me. I found that quite offensive.

Then, another time, I was bringing a train into the shop—you see, I was not a cleaner any more; I was signalling, and I was bringing a train into the shop. The boss yelled out something obscene to distract me from my work, and it was very dangerous.

By the end of 1981, there were only 57 women in "blue-collar" posts in the St. Lawrence Region of CN, being a mere 0.7 per cent of the blue-collar labour force in the region. There were 276 women occupying unskilled jobs in all the regions where CN operated, again amounting to only 0.7 per cent of the unskilled work force. By contrast, women represented, in 1981, 40.7 per cent of the total Canadian labour force. At the time, women constituted only 6.11 per cent of the total work force

a constitué un tribunal des droits de la personne pour examiner la plainte «collective» précitée.

Treize femmes sont venues raconter devant le tribunal leurs expériences comme candidates ou employées du CN. L'une des témoins, Mlle Carla Nemeroff, a exposé en détail certains des problèmes auxquels elle a dû faire face en tant qu'unique femme dans son milieu de travail:

[TRADUCTION] Ils m'ont dit qu'ils ne voulaient pas de moi. Comment se sont-ils comportés? Et bien, ils ont essayé de m'embrouiller. Au lieu de m'apprendre deux ou trois choses à la fois, ce qui est tout ce que vous avez à faire, ils m'enseignaient 15 manœuvres de suite, comme en parlant très rapidement, en utilisant des chiffres, comme «prenez une locomotive, amenez-la là-bas, venez ici, allez là-bas.» Vous comprenez? Vraiment! Pour m'embrouiller. Ou ils me disaient de sauter du train à un poste d'aiguillage; je descendais à l'aiguillage et ils me laissaient là. Ils ne me disaient pas ce qu'ils faisaient, ils me laissaient là, ou ils partaient tout simplement à la pause sans me dire où ils allaient. Parfois, ils me laissaient à un poste d'aiguillage ou près d'une locomotive. Ils disaient «allez relâcher les freins de cette locomotive et attendez mon signal». Le signal n'arrivait jamais; ils s'en allaient et ils allaient manger et ils me laissaient là. Ils faisaient cela tout le temps.

D'après ce témoignage, les femmes faisaient l'objet d'un traitement extrêmement déplaisant de la part de leurs collègues masculins.

[TRADUCTION] Une autre fois, quelques gars—c'était la pause et nous flânions en quelque sorte à l'extérieur parce qu'il faisait chaud—quelques gars m'ont sauté dessus en faisant semblant qu'ils allaient me violer. J'ai trouvé cela des plus offensant.

Puis, une autre fois, j'amenaïais un train à l'atelier—vous voyez, je n'étais plus préposée au nettoyage; j'étais à la signalisation et je faisais entrer un train à l'atelier. Le chef m'a crié quelque chose d'obscène pour me distraire de mon travail, et c'était très dangereux.

À la fin de 1981, seulement 57 femmes occupaient des emplois manuels dans la région du St-Laurent du CN, ce qui représentait à peine 0,7 pour 100 des travailleurs manuels de cette région. Il y avait 276 femmes qui occupaient des emplois non spécialisés dans l'ensemble des régions où le CN exerce ses activités, ce qui représentait ici encore à peine 0,7 pour 100 de la main-d'œuvre non spécialisée. En 1981, par contre, les femmes représentaient 40,7 pour 100 de l'ensemble de la

the said measures, after forwarding a copy to ATF, a report containing:

(a) a list indicating the name, sex, title and duties, date hired and employment sector of every person hired in the St Lawrence Region during the previous quarter;

(b) a detailed statement of the efforts made by CN to recruit female candidates for non-traditional positions during the previous quarter;

(c) a breakdown, by sex, of: the total number of persons who applied for non-traditional positions at CN during the previous quarter; and the total number of persons who completed, underwent or failed every test or written examination to fill a non-traditional position. This list shall include the score and rank of every person who passed the test or examination;

(d) the name, sex and changes in titles and duties, or changes in status of every employee hired for non-traditional positions after the special temporary measures come into force.

3. A statement giving the name, official title and date of appointment of the person in charge of applying the above-mentioned special temporary measures, within twenty days of his or her appointment.

It will be observed that the first part of the Order required CN to cease certain discriminatory hiring and employment practices and to alter others; the second part set a goal of 13 per cent female participation in the targeted job positions, and established a requirement to hire at least one woman to fill every four job openings until that goal was reached; and the third part required the filing of periodic reports with the Commission.

2. *The Federal Court of Appeal*

Canadian National made an application to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to review and set aside the Decision of the Tribunal on the following grounds:

1. That the Tribunal appointed by the Canadian Human Rights Commission erred in law by basing its Decision on erroneous findings of fact, made without regard for the material before it. Such findings are contrary to, and unsupported by the evidence.

toute la durée desdites mesures, après en avoir transmis une copie à ATF, un rapport comprenant:

a) une liste indiquant les noms, sexe, titres et fonctions, date d'embauche et secteur de travail de toute personne embauchée dans la région du St-Laurent pendant le trimestre précédent;

b) une déclaration détaillée faisant état des efforts entrepris par le CN pour recruter des candidates féminines dans des postes non traditionnels pendant le trimestre précédent;

c) le nombre total de personnes ayant posé leur candidature à des postes non traditionnels au CN pendant le trimestre précédent, par sexe; le nombre total de personnes ayant complété, passé ou échoué tout test ou examen écrit pour fins d'embauche à un poste non traditionnel. Cette liste devra comprendre les résultats et le rang de toute personne ayant réussi le test ou examen;

d) les noms, sexe et tous changements de titres et fonctions, ou changement de statut des employés embauchés à des postes non traditionnels après l'entrée en vigueur des mesures spéciales temporaires.

e) Dans les vingt (20) jours suivant sa nomination, une déclaration indiquant le nom, le titre officiel et la date de nomination du responsable chargé de l'application des mesures temporaires susdites.

f) On remarquera que la première partie de l'ordonnance enjoint au CN de mettre fin à certaines pratiques discriminatoires en matière d'embauche et d'emploi et d'en modifier d'autres; la seconde partie fixe à 13 pour 100 le pourcentage cible de femmes dans les postes visés et oblige à embaucher au moins une femme pour combler un poste vacant sur quatre jusqu'à ce que cet objectif soit atteint; enfin, la troisième partie exige le dépôt de rapports périodiques auprès de la Commission.

2. *La Cour d'appel fédérale*

g) h) i) Le Canadien National s'est fondé sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, pour demander à la Cour d'appel fédérale d'examiner et d'annuler la décision du tribunal sur la foi des moyens suivants:

[TRADUCTION]

j) 1. Le tribunal constitué par la Commission canadienne des droits de la personne a commis une erreur de droit en fondant sa décision sur des constatations de fait erronées qui ne tiennent aucun compte des pièces dont il était saisi. Ces constatations sont contraires à la preuve soumise qui ne les étaye pas.

**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 Intervenors**

and

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

**INDEXED AS: DAGENAIS v. CANADIAN BROADCASTING
CORP.**

File No.: 23403.

1994: January 24; 1994: December 8.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

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

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

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

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

a 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**

Nº du greffe: 23403.

e 1994: 24 janvier; 1994: 8 décembre.

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

g **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.**

j **Appel — 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.

d 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.

j 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

tion 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.

- a* 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.
- b* 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.
- f* 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 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
- h*
- i*
- j*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la preuve, que, même si la mini-série ne traitait directement d'aucun des intimés, elle aurait gravement compromis la sélection d'un jury impartial étant donné l'énorme publicité entourant déjà l'affaire, et que les autres mesures ne pouvaient qu'être inefficaces. Bien que ce critère diffère sur le plan formel de celui du «risque réel et important», sur le fond, ils s'équivalent. Bien que l'interdiction ait temporairement nié aux appellants 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 soutiendrait 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 appellants 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 appellants ne disposaient d'aucun autre recours ou moyen d'appel pour contester l'interdiction.

i 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'appel.

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; *Kourtessis 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.

a 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.

d 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.

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

Jurisprudence

h Citée par le juge en chef Lamer

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

d. **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)

f. *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.

h. Citée par le juge La Forest (dissident)

i. *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)

j. *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; *Kourtessis 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.

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 Supp.), s. 6], 10, 468, 469 [am. c. 27 (1st Supp.), 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 Supp.), 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 Supp.), s. 3].

Authors Cited

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

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; *Kourtessis c. M.R.N.*, [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.

Lois et règlements cités

e 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. & repl. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 3)], 10, 468, 469 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 62], 517, 539 [*idem*, art. 97], 553 [abr. & repl. *idem*, art. 104; mod. 1992, ch. 1, art. 58(1) (ann. I, art. 11)], 555 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 106 et 203], 674, 784(1), 798.
f 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).
h Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & repl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 5 [mod. ch. 24 (2^e suppl.), art. 3].
i Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 6.
j Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario, TR/92-99, r. 6.04(1).

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. a
- 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). b
- Jamal, Mahmud, and H. Patrick Glenn. "Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal" (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 142. c
- 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. d
- Mann, F. A. "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights" (1979), 95 *L.Q.R.* 348. e
- 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". f
- 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. g
- W. Ian C. Binnie, Q.C., Malcolm Mercer and Daniel J. Henry*, for the appellants. h
- Peter A. E. Shoniker and Joseph J. Markson*, for the respondents. i
- James K. Stewart and Lori Sterling*, for the intervener the Attorney General for Ontario. j
- Julius H. Grey*, for the intervener John Newton Smith. k
- 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 appellants.
- 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 intervener the Canadian Association of Journalists.

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

LAMER C.J. —

I. Factual Background

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.

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.

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.

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

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

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

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Les faits

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.

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.

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

^j 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'appelants 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.

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. Decisions Below

Ontario Court of Justice (General Division)

Gotlib J. made the following orders:

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

c Le juge Gotlib a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

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

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

j [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 appellants soient rejetés.

c 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).
h

d e f g i j

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 surpassé de loin tout inconvenient 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'Orignal.

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, ^a 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'Orignal.

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?

ⁱ 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

^a 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).

^j 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 espéré 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*

i 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

^a 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, comprenait 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.

^c 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:

^e 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.

^h 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.

^j 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).

tive. 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.

d 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*.

e 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.

i 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.

i (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;

a

(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];

b

(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.

c

(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 *Kourtessis 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.

g 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.

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

j 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 aimeraient 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*

c 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.

e 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*

j 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 *Kourtessis, 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 *Kourtessis*, 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:

f 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.

h 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.

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

(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?

(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 discréptionnaire 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:

b 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.

c 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.

f 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.

g 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).

f

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'affirmation, 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-

appe
at triIr
ity c
eral
orde
and
und
ity
lacc
rati
(atThe
to n
the
thei
suc
wo
fun
ord
rev
48:He
or
di
otl
ab
HeTo
re
w
th
A
n:
ti:
ap
is

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

^b 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):

^d 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:

^h 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.

ⁱ 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*

^c 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*.

^g 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*

ⁱ 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*

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

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

Dagenais aurait dû s'adresser au juge présidant 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.

^f 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.

^g 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.

ⁱ 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*

^j 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 constraint 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

a 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*.

b 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:

c 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 discréption 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 obligeraient en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante.

d 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.

e 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.

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) :

^a 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.

^c

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

^d

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».

^f 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.

^j

... 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.

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 enshâssées 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:

- a* 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 ^a 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 ^b 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.

^c 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 ^d (aux pp. 282 et 283):

^e [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.

^f 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 ^g

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

^a 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.

^b 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.

^c 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.

^j 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 dires* 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.

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) 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

(3) Commentaires généraux sur les interdictions de publication

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

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

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

(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);

b 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.

d 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.

e 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 tabloid 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;
- a* - protéger les témoins vulnérables (par exemple les enfants, les indicateurs de police et les victimes de crimes sexuels);
- b* - 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);
- c* - accroître au maximum les chances de réadaptation des «jeunes contrevenants»;
- c* - inciter les gens à signaler les infractions de nature sexuelle;
- d* - 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);
- e* - maintenir la sécurité nationale.
- On devrait également reconnaître que ne pas rendre une ordonnance de non-publication peut:
 - f* - accroître au maximum les chances que des individus porteurs de renseignements pertinents prennent connaissance de l'affaire et communiquent de nouveaux renseignements;
 - g* - 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;
 - h* - diminuer le crime au moyen de sa désapprobation publique;
 - i* - 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 irredeemably adversely influenced by publications. However, the difference of issue is irrelevant here. What matters is that this Court has strongly endorsed the ability of a jury to follow the explicit instructions of a judge. This endorsement surely applies as much to the instruction to ignore all information not presented in the course of the criminal proceedings as it applies to the instruction to use evidence of prior convictions for one purpose and not another. I am comforted in my extension of *Corbett* to the case at bar by *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, at pp. 993-94, in which La Forest J. wrote in the context of the impact of publicity that “[t]his Court has recently had occasion to underline the confidence that may be had in the ability of a jury to disabuse itself of information that it is not entitled to consider; see *R. v. Corbett*”.

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

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

^a Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d'un droit criminel de plus en plus compliqué et subtile. 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, ^b 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 larrêt *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*».

^j 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-imparing 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.

^b 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 ^c reconnu que, dans les cas appropriés, il est nécessaire d'apprecier 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'étalement 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 ^d 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, ^e 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.

^f 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.
- ^a
- (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.
 - ^b (e) Le juge doit considérer tous les moyens possibles de circonscrire l'interdiction et la restreindre autant que possible;
 - ^c (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.
- ^d

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.

- ^e
- (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.

- ^f (e) Le juge doit considérer tous les moyens possibles de circonscrire l'interdiction et la restreindre autant que possible;

- ^g (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 appellants 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 *Kourtessis* 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.

^a 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 appellants; elle doit donc être analysée au regard de la *Charte*. J'estime que les commentaires du juge McLachlin sur cette question sont particulièrement utiles.

^e Je ne crois pas que les appellants 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 larrêt *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 ^f un bref de *certiorari*. Dans *Kourtessis*, 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.

ⁱ 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 appellants le droit de demander une réparation à un juge d'une cour supérieure en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette réparation est elle-même discrétionnaire. À mon sens, elle s'apparente au pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de prononcer un jugement déclaratoire et devrait être assujettie aux mêmes restrictions; voir l'analyse de la nature du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé relativement aux actions en jugement déclaratoire dans *Kourtessis*, aux pp. 86 et 87.

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

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

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

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

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

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

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

Les motifs suivants ont été rendus par

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

Dans la présente instance, les appellants 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 appellants 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 découlent 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 appellants 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 appellants ont le droit d'interjeter appel en l'espèce, le ^a 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 convaincu 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.

^d 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.

ⁱ 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 *Kourtessis 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 *Kourtessis, 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.

b 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 *Kourtessis c. M.R.N.*, [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.

e 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 *Kourtessis*, précité, aux pp. 69 et 70:

h 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.]

j 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.

a

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

b

... 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.]

c

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:

d

[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.

e

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

f

En conséquence, conformément à l'art. 674 du *Code criminel*, les appellants 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.

g

i 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-

j

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 Quebec v. Ste-Marie*, [1977] 2 S.C.R. 414), it has not been so interpreted with respect to interlocutory criminal appeals. In fact, *Mills, supra*, and *Meltzer, supra*, clearly establish that "there should be no interlocutory appeals in criminal matters". At page 959 of *Mills, supra*, McIntyre J. stated:

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

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

a ... 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:

b ... 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.]

c 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:

d 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 appellants, 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

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

^a 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 généralement 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

^b Une dernière source possible de compétence a été soulevée dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*. L'appellant 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 allégation semble avoir été acceptée par le juge McLachlin dans ses motifs dans le présent pourvoi. De façon plus précise, le juge McLachlin soutient 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.

^j 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 appétants. 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 appétants 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 appétants, 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 appétants 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 appétants qualité pour soulever la question. Ce n'est toutefois pas notre cause.

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

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

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

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

4. The Applicability of the Charter to Court Orders

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

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

appels interlocutoires en matière criminelle a été décidée de façon définitive dans les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités. À cet égard, je souscris aux commentaires suivants du juge en chef Bayda de la

^a Cour d'appel de la Saskatchewan, tirés de ses motifs (à la p. 104) dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Summary

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

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

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

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

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

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

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

e 5. Résumé

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Substantive Merits of the Challenge to the Publication Ban

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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).

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

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

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

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

III. Conclusion

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

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

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

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

III. Conclusion

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

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

IV. Disposition

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

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

IV. Dispositif

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

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

The following are the reasons delivered by

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

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

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

a Version française des motifs rendus par

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ciaire (comme je l'expliquerai plus loin dans mes motifs, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas modifié la position généralement adoptée par les tribunaux britanniques ni la pertinence des précédents analysés dans cette décision)). Je reviendrai plus loin sur les différences qui opposent les traditions américaine et anglo-canadienne, mais je le répète, au Canada, il suffit en common law d'établir l'existence d'un risque réel et important que l'équité du procès soit compromise pour justifier l'interdiction de publication.

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

Bien qu'elle ne modifie pas directement le critère de common law, l'application de la *Charte* à l'examen d'une interdiction de publication ou de diffusion modifie dans une certaine mesure la structure de l'analyse. Pour déterminer le juste équilibre entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression, on aura recours à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. L'existence de deux droits fondamentaux égaux en possibilité de conflit sous-tend cette analyse.

An initial question which arises in proceeding with any form of s. 1 balancing is who bears the burden of justifying an infringement. Each party bears an initial burden of showing a *Charter* infringement. After that initial burden is discharged, however, the balancing of competing *Charter* rights is incompatible with a burden on either party. Burdens are simply means of allocating uncertainty. It is appropriate in a normal s. 1 analysis to place the burden on the government because it is required to justify legislation or action which infringes a single *Charter* right. Burdens are completely inappropriate where a *prima facie* case has been made out that the alternative courses of action (i.e., to issue a ban or not) will infringe two different *Charter* rights. In this context, the balancing which is at the heart of the s. 1 analysis should be carried on without privileging or disadvantaging either of the rights at issue.

Une des premières questions qui se posent dans le cadre de toute forme de pondération en fonction de l'article premier est de savoir qui a la charge de justifier la violation. Il incombe en premier lieu à chaque partie d'établir qu'il y a eu violation de la *Charte*. Une fois que l'on s'est acquitté de ce premier fardeau, toutefois, aucun fardeau ne devrait être imposé à l'une ou l'autre partie dans le cadre de la pondération de droits opposés garantis par la *Charte*. Les fardeaux ne sont que des moyens de répartir l'incertitude. Il convient, dans une analyse ordinaire fondée sur l'article premier, d'imposer le fardeau au gouvernement puisque ce dernier est tenu de justifier une disposition législative ou une action qui porte atteinte à un seul droit garanti par la *Charte*. Les fardeaux sont sans pertinence lorsqu'il y a preuve suffisante à première vue que les mesures possibles (c'est-à-dire ordonner ou non l'interdiction) porteront atteinte à deux droits constitutionnels distincts. Dans ce contexte, la pondération qui est au cœur de l'analyse fondée sur l'article premier ne devrait privilégier ou désavantager ni l'un ni l'autre droit.

Turning to the actual s. 1 analysis, it would seem that the validity of imposing a ban will be determined almost exclusively at the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test. The first part of the *Oakes* test, that there be a pressing and substantial objective, is easily satisfied given that the ban is aimed at protecting a *Charter* right. Similarly, the requirement that the impugned measure be rationally connected to the objective, which is the first branch of the proportionality portion of the test, is also easily satisfied. As the Chief Justice notes, though possible it will rarely be the case that the impugned material will have a total absence of influence.

As stated above, the heart of the s. 1 analysis of publication and broadcast bans is to be found in the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test. The second or minimal impairment branch is perhaps the aspect of the s. 1 analysis that is most altered when the task is to reconcile two *Charter* rights. The fact that the court must balance fair trial and freedom of expression rights forces a measure of flexibility into the analysis. If applied blindly or dogmatically, minimal impairment of one of the rights could theoretically mean maximal impairment of the other.

There is no question, as the Chief Justice has noted, that minimal impairment requires that bans be as narrowly circumscribed as possible in protecting the fairness of a trial. Just as injunctions aimed at preserving the status quo must be crafted narrowly, the restraint imposed by publication bans must be limited to only that which is necessary to protect the right to a fair trial. A ban must thus be carefully limited both in terms of temporal and geographic application.

Minimal impairment also requires evaluation of alternative measures to protect the right to a fair trial. This evaluation is clearly present, though not necessarily explicit, in the common law require-

En ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier elle-même, il semble que la validité d'une interdiction sera déterminée presque exclusivement suivant la seconde et la troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*. La première partie de ce critère, soit l'existence d'un objectif urgent et réel, est nettement respectée puisque l'interdiction tend à protéger un droit garanti par la *Charte*. De même, il est aisément satisfait à la condition portant que la mesure contestée doit avoir un lien rationnel avec l'objectif, première étape du volet proportionnalité du critère. Comme le Juge en chef le fait remarquer, il arrive rarement, bien que ce soit possible, que le matériel contesté n'ait aucune influence.

Je le répète, le cœur de l'analyse fondée sur l'article premier d'une interdiction de publication ou de diffusion se trouve dans les deuxième et troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans *Oakes*. La seconde étape, le critère de l'atteinte minimale, est peut-être l'aspect de l'analyse fondée sur l'article premier qui est davantage modifié lorsqu'il s'agit de concilier deux droits garantis par la *Charte*. Le fait que la cour doive pondérer le droit à un procès équitable et la liberté d'expression commande une certaine souplesse dans l'analyse. Si la pondération est faite aveuglément ou péremptoirement, l'atteinte minimale à l'un des droits pourrait théoriquement signifier l'atteinte maximale à l'autre.

Il n'y a pas de doute, comme le signale le Juge en chef, que pour qu'il y ait atteinte minimale, l'interdiction doit être aussi circonscrite que possible, tout en sauvegardant l'équité du procès. Tout comme les injonctions destinées à maintenir le statu quo doivent être formulées en des termes restrictifs, la restriction imposée par l'interdiction de publication doit être limitée à ce qui est indispensable pour garantir le droit à un procès équitable. L'interdiction doit être soigneusement circonscrite dans le temps et quant aux endroits où elle s'applique.

Le critère de l'atteinte minimale commande également l'examen d'autres mesures susceptibles de garantir le droit à un procès équitable. Cet examen est manifestement présent, quoique pas nécessaire-

ment that a publication create a real and substantial risk to the fairness of a trial before a ban can be ordered. In applying his modified version of the common law rule, the Chief Justice would require trial judges to make a finding that there is no reasonably available alternative measure to a publication or broadcast ban. The existence of alternative measures to protect the fairness of the trial such as sequestration, careful scrutiny of potential jurors and change of venue has been relied on in the United States as the basis for the virtual total rejection of prior restraint orders (see *Nebraska Press, supra*, and its aftermath). In my view, the mere existence of alternatives to publication bans, alternatives which are available in almost every case, does not of itself support the denial of a publication ban. Rather, what is required is the more difficult assessment of the likely effect of the proposed publication ban on freedom of expression and the effectiveness as well as the cost or burden of alternative measures. An examination of the Anglo-Canadian tradition and the potential burdens of alternative measures will put the existence of such alternatives in perspective.

Thorson J.A. usefully summarized the difference between the traditional Canadian and American approaches in *Global Communications, supra*, at pp. 111-12:

Generally speaking, however, the approach taken in the United States seems to be to allow for the widest possible latitude in media reporting of events transpiring prior to and during the course of the trial of an accused person. This is counterbalanced, in the interests of ensuring an impartial and unbiased jury, in a number of ways including, during the jury selection process, by an often searching examination into the attitudes, biases and even the personal and financial affairs of potential jurors and, after the jury selection process has been completed, by the sequestration of the members of the jury while the trial is in progress to reduce the risk of their exposure to the media and other publicity generated by it.

ment explicite, dans la condition portant, en common law, qu'une publication doit créer un risque réel et important que l'équité du procès soit compromise pour que l'interdiction puisse être ordonnée. En appliquant sa version modifiée de la règle de common law, le Juge en chef obligeraient les juges du procès à conclure qu'il n'existe aucune mesure raisonnablement accessible autre que l'interdiction de publication ou de diffusion. L'existence d'autres mesures susceptibles de maintenir l'équité du procès, comme l'isolement du jury, l'interrogatoire approfondi des candidats jurés et le changement de lieu du procès, a été invoquée aux États-Unis pour justifier le rejet pour ainsi dire absolu d'ordonnances de restriction préalable (voir *Nebraska Press*, précité, et les arrêts qui l'ont suivi). À mon avis, la simple existence d'autres mesures que l'interdiction de publication, solutions qui existent dans presque tous les cas, ne justifie pas en soi l'élimination de l'interdiction de publication. Il y a plutôt lieu de s'attaquer à la tâche plus difficile d'évaluer d'une part, l'effet probable de l'interdiction de publication envisagée sur la liberté d'expression, et d'autre part, l'efficacité de même que les coûts ou les charges des autres mesures. Une étude de la tradition anglo-canadienne et des coûts potentiels des autres mesures permettra d'apprecier la disponibilité de ces mesures dans leur contexte.

Le juge Thorson de la Cour d'appel a bien résumé la différence entre les positions traditionnelles canadienne et américaine dans *Global Communications*, précité, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] En règle générale, toutefois, on semble, aux États-Unis, laisser aux médias toute latitude pour rapporter les événements qui se produisent avant et pendant le procès d'un accusé. Pour garantir un jury impartial et objectif, on fait contrepoids à cette liberté de nombreuses façons, notamment, pendant la sélection du jury, en sondant de façon fréquemment rigoureuse les attitudes, les préjugés et même les affaires personnelles et financières des candidats jurés et, une fois le processus de sélection du jury terminé, en isolant les membres du jury pendant le déroulement du procès afin de réduire le risque qu'ils soient exposés aux médias et aux autres formes de publicité qui en découlent.

In Canada, by contrast, the process of jury selection is neither as prolonged nor as exhaustive as a general rule; indeed the kind of questioning and probing into the affairs of potential jurors that is sometimes seen in the United States would be unlikely to be permitted under our system. Moreover, in Canada the sequestration of jurors throughout a trial occurs only exceptionally. The strong bias of our system is to prevent the dissemination before the conclusion of the trial of media publicity that might be prejudicial to the accused's fair trial.

A recent illustration of this openness to preventive measures is *Keegstra (No. 2), supra*. In that case, the Alberta Court of Appeal upheld an order prohibiting the production of a play about the life of James Keegstra during Mr. Keegstra's second trial. In upholding the order, the Court of Appeal rejected the appellant theatre's assertion that there were less drastic remedies to protect the trial process. In coming to this conclusion, Kerans J.A. provided some insight into the view point at the foundation of a preventive approach, at p. 236:

But, while urging a juror to be faithful to his or her oath, courts traditionally also try to help the juror by removing undue, unnecessary, and excessive temptations, if possible. That is what the rule in this case is all about. Mr. Shea [for the appellant theatre], it seems to us, offers a counsel of despair: because perfect isolation of the jury is impossible, do not try any form of protection. We will not succumb to that approach. We commend the effort of the first judge. His sole interest in this matter is to help that jury.

Examples of the resort to preventive measures can be found in both the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and access to information legislation. Sections 517 and 539 of the *Criminal Code* are two such examples. Section 517 applies to the publication of evidence adduced at a bail hearing. Section 539 deals with the publication of evidence adduced during a preliminary inquiry. In the case of access to information legislation, there are usually provisions that protect government documents, such as investigative reports, which could influence the fairness of a trial (see, for example, s.

Au Canada, au contraire, la sélection du jury est de manière générale ni aussi longue, ni aussi exhaustive; en fait, le genre d'interrogatoire et d'inquisition dans les affaires des candidats jurés que l'on voit parfois aux États-Unis ne serait probablement pas permis au Canada. En outre, ici, on n'a recours qu'exceptionnellement à l'isolement des jurés pendant le procès. Le penchant marqué de notre régime vise à empêcher la diffusion, avant la conclusion du procès, d'une publicité médiatique qui pourrait porter préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable.

L'arrêt *Keegstra (No. 2)*, précité, est un exemple récent de cette ouverture d'esprit aux mesures préventives. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé l'ordonnance interdisant la présentation, pendant le second procès de James Keegstra, d'une pièce de théâtre reconstituant sa vie. En confirmant l'ordonnance, la Cour d'appel a rejeté la prétention du théâtre appelant portant qu'il existait des moyens moins draconiens de protéger le déroulement du procès. Pour arriver à cette conclusion, le juge Kerans de la Cour d'appel a donné un aperçu du fondement de la solution préventive, à la p. 236:

[TRADUCTION] Cependant, tout en demandant à un juré d'être fidèle à son serment, les tribunaux ont également dans le passé tenté d'aider le juré en supprimant toute tentation indue, inutile et excessive, si cela est possible. C'est ce que signifie la règle dont il est question en l'espèce. M. Shea [représentant le théâtre appelant], nous semble-t-il, soumet cet argument en désespoir de cause: parce que l'isolement complet du jury est impossible, n'essayez aucune forme de protection. Nous ne nous laisserons pas séduire par cette position. Nous louons l'effort du premier juge. Son seul intérêt dans cette affaire est d'aider ce jury.

On peut trouver dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et dans les lois relatives à l'accès à l'information des cas où des mesures préventives ont été prévues. Les articles 517 et 539 du *Code criminel* en sont deux exemples. L'article 517 vise la publication d'éléments de preuve produits lors d'une enquête pour cautionnement. L'article 539 porte sur la publication d'éléments de preuve produits au cours d'une enquête préliminaire. Les lois relatives à l'accès à l'information, quant à elles, contiennent en général des dispositions qui protègent certains documents du gouvernement qui

14(1)(f) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31). Clearly the alternative measures, and most notably challenge for cause, are available in these situations. Parliament and the provincial legislatures, however, have expressly opted for the preventive response.

In the United Kingdom, as in Canada, the power to order a publication ban was historically seen as part of the ability of the courts to deal with *ex facie* criminal contempt. Reference to the position and tradition in the United Kingdom may strike some as odd in the face of the condemnation of that country by the European Court of Human Rights in the *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30; condemnation: 11 votes to 9. The condemnation in the *Sunday Times* case, however, has been viewed as being based only on differing opinions as to whether an interference with freedom of expression was necessary in the circumstances of the particular case (see D. J. Harris, "Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979" (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257, at p. 259; S. H. Bailey, "The Contempt of Court Act 1981" (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301, at p. 303; *contra*: F. A. Mann, "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights" (1979), 95 *L.Q.R.* 348, at pp. 352-53). In fact, the majority of the European Court made it clear that it was not condemning the English law of contempt and that there would be cases where restraint would be necessary to avoid "trial by newspaper" (see paras. 63, 43 and 65-66; see also the comments of R. Ergec, "La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171, at pp. 178-79). Following the decision in the *Sunday Times* case, the law of contempt was consolidated and to some extent reformed by the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49. The *Contempt of Court Act 1981* preserves the power of the courts to deal with publications which imperil the administration of justice. The test for contempt in regard to publications commenting on legal proceedings is whether the publication "creates a substantial

pourraient influer sur l'équité d'un procès, comme les rapports d'enquête (voir, par exemple, l'al. 14(1)f de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31).

^a De toute évidence, on pourrait dans ces cas recourir aux autres mesures, plus particulièrement à la récusation motivée. Le Parlement et les législatures provinciales ont toutefois expressément opté pour la démarche préventive.

Au Royaume-Uni, comme au Canada, le pouvoir d'ordonner l'interdiction de publication a historiquement été considéré comme un attribut du pouvoir des tribunaux de se pencher sur l'outrage criminel commis *ex facie*. Le renvoi à la position et à la tradition du Royaume-Uni peut paraître étrange à certains, d'autant plus que ce pays a été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; condamnation: 11 voix contre 9. La condamnation dans l'affaire du *Sunday Times* a toutefois été considérée comme étant fondée uniquement sur des opinions divergentes quant à savoir s'il était nécessaire, vu les circonstances de l'affaire, de restreindre la liberté d'expression (voir D. J. Harris, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979» (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257, à la p. 259; S. H. Bailey, «The Contempt of Court Act 1981» (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301, à la p. 303; *contra*: F. A. Mann, «Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights» (1979), 95 *L.Q.R.* 348, aux pp. 352 et 353). En fait, la Cour européenne à la majorité a précisé qu'elle ne condamnait pas le droit anglais en matière d'outrage au tribunal et qu'il serait parfois nécessaire d'imposer une restriction pour éviter la tenue d'un «procès dans la presse» (voir les par. 63, 43, 65 et 66; voir également les commentaires de R. Ergec, «La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire», [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171, aux pp. 178 et 179). À la suite de l'arrêt *Sunday Times*, le droit en matière d'outrage au tribunal a été refondé et dans une certaine mesure réformé par la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, qui maintient le pouvoir des tribunaux de prendre des mesures à l'égard des publications qui compromettent l'administration de la justice. Le

risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced" (s. 2(2)). The *Contempt of Court Act 1981* thus preserves the ability for courts to intervene in circumstances similar to those now before this Court and implicitly requires an assessment of the suitability of alternative measures.

In assessing the suitability of alternative measures, judges must keep in mind that these measures impose distinct costs and burdens. The minimal impairment arm of the proportionality analysis therefore requires the trial judge to do a comparative analysis of effectiveness, feasibility and cost of all possible measures. Adjourning trials or changing venues imposes obvious costs for all concerned and raises the possibility of a violation of the s. 11(b) *Charter* guarantee of a trial within a reasonable time. Sequestration of the jury is a very exceptional remedy which Kerans J.A. termed a "monstrous suggestion" given that it imposes a heavy burden on those citizens who offer the greatest contribution to the right to a fair trial (*Keegstra (No. 2), supra*, at p. 235). Providing strong judicial direction to the jury reflects the confidence we place in the jury system and will be a very real solution when the application is made to a trial judge who has had the opportunity to observe the conduct of the jury throughout the trial. This was the case for Soublière J. in the trial of the respondent Dagenais. Where the trial has yet to begin, a judge may not be satisfied that the remedy would be sufficient. Such an opinion does not undermine the trust we place in juries, rather, as Kerans J.A. suggested, it would simply reflect a concern to remove undue, unnecessary and excessive temptations.

In the case of broadcast bans of docudramas related to pending trials, the most obvious alternative remedy is extensive challenges for cause and *voir dires* during jury selection. As noted above, the bias against pre-trial bans in the United States

^a critère en matière d'outrage relativement aux publications qui commentent les procédures judiciaires consiste à déterminer si la publication [TRA-DUCTION] «crée un risque considérable que, dans les procédures en question, le cours de la justice soit gravement entravé ou compromis» (par. 2(2)). La *Contempt of Court Act 1981* maintient donc le pouvoir des tribunaux d'intervenir dans des situations semblables à celle dont notre Cour est saisie et commande implicitement l'examen de la pertinence des autres mesures possibles.

^b Dans le cadre de cet examen, les juges doivent garder à l'esprit que les mesures engendrent des charges et des coûts qui leur sont propres. Le critère de l'atteinte minimale dans l'analyse de la proportionnalité requiert par conséquent que le juge du procès compare l'efficacité, la faisabilité et le coût de toutes les mesures possibles. Ajourner un procès ou en changer le lieu engendre des coûts évidents pour les parties concernées et risque d'entraîner une violation du droit à un procès dans un délai raisonnable, garanti à l'al. 11b) de la *Charte*. L'isolement du jury est une solution très exceptionnelle que le juge Kerans a qualifiée de [TRA-DUCTION] «proposition monstrueuse» puisqu'elle impose un lourd fardeau à des citoyens dont l'apport au droit à un procès équitable est sans égal (*Keegstra (No. 2)*, précité, à la p. 235). Donner au jury des directives fermes montre la confiance dont jouit le système de jury et sera une solution très actuelle lorsque la demande est faite à un juge du procès qui a pu observer le comportement du jury pendant le procès. C'était le cas pour le juge Soublière dans le procès de l'intimé Dagenais. Lorsque le procès n'est pas encore commencé, le juge peut ne pas être convaincu de l'efficacité de la solution. Une telle conclusion ne mine pas la confiance que nous accordons aux jurés; au contraire, comme le juge Kerans l'a donné à entendre, elle traduit simplement le désir de supprimer les tentations indues, inutiles et excessives.

^c Dans le cas des interdictions de diffusion de docudramas liés à des procès imminents, l'autre réparation la plus évidente est l'utilisation de récussions motivées et voir-dire nombreux au cours de la sélection du jury. Comme je l'ai fait remarquer

has led to a sometimes gruelling jury selection process which has occasionally lasted for up to six weeks. As Thorson J.A. noted, such a practice does not reflect the tradition in this country. The recent Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, may be seen as a departure from this tradition. While refraining from pronouncing upon its correctness, I would point out that that case reflected particular issues outside the context of publication bans. The exceptional concern to prevent racial discrimination from interfering with an accused's right to a fair trial does not justify sweeping away the Canadian tradition of minimal challenge nor does it justify the potentially huge costs associated with more extensive challenge.

At the minimal impairment stage, therefore, the trial judge must consider the alternatives to a publication ban but is not bound to find that they would be insufficient. The concern to help juries in exceptional cases by taking preventive measures requires that trial judges not feel constrained by an overly strict test which would impose costs that we have historically not been prepared to accept. The flexibility implicit in this formulation means that trial judges will have a wide discretion in evaluating the various means available to protect the right to a fair trial and that the facts of each case will be of great importance in determining what measure is appropriate.

It might be suggested that my references to the common law tradition are irrelevant in the age of the *Charter*. In my view, however, the *Charter* does not oblige departing from this tradition in any substantive respect. Clearly this was the opinion of Kerans J.A. and Thorson J.A. in *Keegstra* (No. 2) and *Global Communications*, respectively. I disagree with those who argue that the *Charter* requires that we emulate American society and discard the unique balance of fundamental values

précédemment, aux États-Unis, le parti pris contre l'interdiction préalable au procès a parfois donné lieu à un épuisant processus de sélection du jury qui a quelquefois nécessité jusqu'à six semaines. ^a Comme le juge Thorson l'a signalé, une telle pratique n'est pas représentative de la tradition canadienne. La décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, peut être considérée comme une dérogation à cette tradition. Je m'abstiendrai d'en commenter la justesse, mais je soulignerai que cette affaire soulevait des questions étrangères au contexte des interdictions de publication. Le besoin d'éviter que la discrimination raciale porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable reste exceptionnel et ne justifie pas d'écartier du revers de la main la tradition canadienne du recours restreint à la récusation de jurés, ni ne justifie-t-il les coûts potentiellement considérables de récusations plus nombreuses. ^b

À l'étape de l'atteinte minimale, le juge du procès doit donc considérer les mesures autres que l'interdiction de publication, sans toutefois devoir conclure qu'elles seraient inadéquates. La volonté d'aider les jurés au moyen de mesures préventives dans les cas exceptionnels commande que les juges du procès ne se sentent pas contraints par un critère excessivement rigide qui imposerait des coûts que, dans le passé, nous n'avons pas été disposés à assumer. La flexibilité implicite dans cette affirmation signifie que les juges du procès auront un pouvoir discrétionnaire étendu pour soupeser les différents moyens susceptibles de protéger le droit à un procès équitable et que les faits de chaque affaire seront très importants dans la détermination des mesures appropriées. ^c ^d ^e ^f ^g ^h

On pourrait prétendre que mes références à la tradition de common law ne sont pas pertinentes à l'ère de la *Charte*. À mon avis, toutefois, la *Charte* n'oblige à s'écartier d'aucun aspect fondamental de cette tradition. Les juges Kerans et Thorson de la Cour d'appel dans *Keegstra* (No. 2) et *Global Communications*, respectivement, étaient certes de cet avis. Je ne suis pas d'accord avec ceux qui font valoir que la *Charte* nous force à imiter la société américaine et à rejeter l'équilibre particulier de

which existed in this country prior to 1982. The *Charter* provides a means to assure that the enumerated fundamental rights and freedoms are respected. It does not give primacy to any of those rights. The impact of the *Charter* will be minimal in areas where the common law is an expression of, rather than a derogation from, fundamental values. The common law pertaining to publication and broadcast bans is an example of one such area. As I have noted, the requirement that there be a real and substantial risk to the fairness of the trial process is a clear expression of this balance.

The final step in the *Oakes* test requires proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective. The Chief Justice would now add a further requirement of proportionality between the salutary and deleterious effects of a measure limiting rights or freedoms. In order to determine whether there is the requisite proportionality, a court should begin by carefully determining the nature of the infringement. The nature of any infringement and the effects will vary with the extent of the ban imposed.

The general purposes of docudramas would appear to support the suggestion that a temporary ban until the end of a trial may well be a minor restriction of the right to freedom of expression. One purpose of such productions may be to examine current issues of general public importance in an effort to spark discussion and assist in the process of seeking solutions. A related and less ambitious purpose may simply be to present a thorough account of events of public interest. Delaying the presentation of a docudrama until the end of a trial would not hinder either of these purposes. Unlike news, immediacy is not the essence of docudramas.

I also note that the temporary ban of a docudrama does not in any way affect the fundamental principle of open courts. Such a ban does not restrict access to the courts nor does it prevent publication in respect of court proceedings. Those

valeurs fondamentales qui avait été atteint au Canada avant 1982. La *Charte* prévoit un mécanisme permettant de faire respecter les libertés et droits fondamentaux qui y sont énoncés. Elle ne donne primauté à aucun de ces droits. La *Charte* aura peu d'incidence dans les domaines où la common law reflète les valeurs fondamentales plutôt que d'y déroger. La common law relative aux interdictions de publication ou de diffusion en est un exemple. Comme je l'ai mentionné précédemment, la condition portant qu'il doit exister un risque réel et important d'atteinte à l'équité du procès est le reflet indéniable de cet équilibre.

La dernière étape du critère formulé dans *Oakes* commande la proportionnalité entre les effets des mesures qui restreignent les droits ou les libertés en question et leur objectif. Le Juge en chef ajoute-rait aujourd'hui l'exigence de proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une mesure qui restreint les droits ou les libertés. Pour déterminer s'il y a proportionnalité, le tribunal serait d'abord tenu d'établir soigneusement la nature de la violation. Les effets de la violation, de même que sa nature, varieront selon l'étendue de l'interdiction imposée.

Les objectifs généraux des docudramas laissent penser que le report de leur diffusion à la fin d'un procès ne portera vraisemblablement atteinte à la liberté d'expression que dans une faible mesure. Ces œuvres peuvent avoir notamment pour objectif d'analyser des questions actuelles d'importance publique générale en vue de susciter la discussion et de faciliter le processus de recherche de solutions. Elles peuvent également avoir pour objectif secondaire et moins ambitieux de simplement présenter un récit fouillé d'événements d'intérêt public. Le report de la présentation d'un docudrame à la fin d'un procès ne fera obstacle à aucun de ces objectifs. Contrairement aux nouvelles courantes, le caractère immédiat ne leur est pas essentiel.

Je remarque également que l'interdiction temporaire de diffuser un docudrame n'atteint en aucune façon le principe fondamental de l'accessibilité des tribunaux. Elle ne restreint pas l'accès aux tribunaux, ni n'empêche la publication relativement aux

situations present formidable deleterious effects and their analysis should be carefully distinguished from bans pertaining to docudramas (for a recent British examination of this question, see *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.)).

On the salutary side of the equation, concerns have been expressed as to the efficacy of publication bans. It is said that the actual effect of bans on jury impartiality is increasingly negligible given technological advances which make bans difficult to enforce. With all due respect, it is wrong to simply throw up our hands in the face of such difficulties. These difficulties simply demonstrate that we live in a rapidly changing global community where regulation in the public interest has not always been able to keep pace with change. Current national and international regulation may be inadequate, but fundamental principles have not changed nor have the value and appropriateness of taking preventive measures in highly exceptional cases.

In the particular case of docudramas, the salutary effects of temporary bans derive from the potential influence of docudramas on prospective jurors. In part, the impact of docudramas derives from the power of omniscience afforded to the viewer. The viewer sees all and therefore knows all in a way that can only exist in fictional works. What the viewer actually sees, however, is the expression of the agendas of the writer, director and producer. What the viewer sees is also only partly fiction with little indication of the line between documentary and drama. Furthermore, the particular agendas of those involved may mean that fiction becomes worse than reality. As will be seen below, the mini-series now before the Court is a prime example of this possibility. Finally, the fact a docudrama is being shown on television, perhaps at prime time, accentuates its overall potential influence. Television is in many ways more powerful than print. Few would argue that vivid images are often more firmly etched in memory than even the best prose. All of these factors

^a procédures judiciaires. Ces situations présentent des effets préjudiciables considérables, et il importe de distinguer leur analyse de celle des interdictions relatives aux docudrames (pour une étude britannique récente de cette question, voir *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.)).

^b Sur le plan des effets bénéfiques, on a exprimé des doutes sur l'efficacité des interdictions de publication. On soutient que leur effet véritable sur l'impartialité du jury est de plus en plus négligeable du fait des progrès technologiques qui rendent difficile l'exécution des interdictions. Avec égards, on aurait tort de se contenter de baisser les bras devant de telles difficultés. Elles montrent simplement que nous vivons dans une collectivité globale qui évolue rapidement et où la réglementation d'intérêt public n'a pas toujours été en mesure de suivre la cadence. La réglementation actuelle à l'échelle nationale et internationale est peut-être inadéquate, mais les principes fondamentaux n'ont pas changé, ni d'ailleurs la valeur et la justesse de la décision d'opter pour des mesures préventives dans des cas très exceptionnels.

^c Dans le cas particulier des docudrames, leur interdiction temporaire est bénéfique puisqu'ils peuvent influer sur les candidats jurés. Leur impact naît en partie du pouvoir d'omniscience qu'ils confèrent au public. Ce dernier voit tout, donc, sait tout, d'une manière qui ne peut exister que dans les œuvres de fiction. Ce que le public voit effectivement est toutefois le reflet des visées de l'auteur, du réalisateur et du producteur. Ce que le public voit relève également en partie de la fiction, et peu d'indications sont fournies quant à la ligne qui démarque le documentaire de la dramatique. En outre, inspirés par leurs visées personnelles, ceux qui participent à la création peuvent rendre la fiction pire que la réalité. Comme nous le verrons plus loin, la mini-série dont il est question en l'espèce est un exemple parfait de cette possibilité. Enfin, la diffusion d'un docudrame à la télévision, peut-être aux heures de grande écoute, en accroît l'influence potentielle sur le public en général. La télévision est à beaucoup d'égards plus influente que la presse. Rares sont ceux qui nierait que les

serve to demonstrate that the potential of docudramas to influence prospective jurors may be significant. Much will depend, however, on the particular facts of each case.

Analysing publication and broadcast bans through the prism of s. 1 is a useful analytical exercise, but in doing so I do not wish to be taken as laying out a rigid process which lower courts must follow. The essence of the decision to issue a ban or not is a balancing of various factors to determine whether such a preventive measure is a necessary and reasonable response to the facts of any given case. Thus the trial judge must consider the nature of the threat to the fairness of the trial, including the susceptibility of juries to being influenced, the extent of the restriction on freedom of expression and the availability of alternative measures.

Though there is a tendency in *post facto* assessments to say trials were either fair or not, the determination of whether to take preventive measures is by its very nature neither black nor white. The balancing which underpins the decision to order or refuse a ban is necessarily an imprecise science. Judges approaching such decisions either at first instance or at a review stage should keep this reality in mind.

Appellate review of such findings must therefore respect the discretion accorded to trial judges. The findings as to whether there is a real and substantial risk to the fairness of the trial process is a question of mixed fact and law. If the trial judge uses the correct standard and applies it in a reasonable manner, then an appellate court should not overturn the decision. The crucial question is whether the finding was arbitrary or whether there is a basis for it in the evidence. If there is a basis in the evidence for the conclusion, then deference

images animées sont souvent plus solidement ancrées dans la mémoire des gens que la prose, fût-elle la meilleure. Tous ces facteurs permettent de penser que les docudramas risquent fort d'influencer les candidats jurés. Cela dépend toutefois beaucoup des faits de chaque cas.

- b* Analyser une interdiction de publication et de diffusion par le prisme de l'article premier est un exercice utile, mais je ne souhaite pas pour autant que l'on croie que j'élabore de ce fait un processus rigide auquel les tribunaux d'instance inférieure doivent adhérer. La décision d'ordonner ou non une interdiction repose essentiellement sur la pondération de divers facteurs en vue de déterminer si le recours à cette mesure préventive est nécessaire et raisonnable compte tenu des faits d'une affaire donnée. Aussi, le juge du procès doit-il considérer la nature de la menace posée à l'équité du procès, dont la possibilité que les jurés soient influencés, l'ampleur de la restriction à la liberté d'expression et l'existence d'autres mesures.

f Bien qu'on ait tendance, après-coup, à dire qu'un procès était soit équitable, soit inéquitable, la décision de prendre ou non des mesures préventives se situe, de par sa nature même, dans une zone grise. La pondération qui fonde la décision d'ordonner ou de refuser une interdiction est nécessairement une science inexacte. Les juges appelés à prendre ces décisions en première instance ou en appel devraient se rappeler cette réalité.

h Le contrôle par voie d'appel des conclusions du juge du procès dans ce domaine doit par conséquent respecter son pouvoir discrétionnaire. La conclusion relative à la question de savoir s'il existe un risque réel et important d'atteinte à l'équité du procès est une question mixte de fait et de droit. Si le juge du procès utilise la norme pertinente et l'applique d'une manière raisonnable, alors le tribunal d'appel ne devrait pas annuler sa décision. Il s'agit fondamentalement de savoir si la conclusion est arbitraire ou si elle est motivée par

will be in order even though the appellate court might not have arrived at the same result.

The preceding discussion can be usefully summarized in the following general points. Publication and broadcast bans can be ordered to protect the fairness of a pending or current trial. These bans should be seen as possible complements to other measures available to guarantee the fairness of the trial process. The fact such bans restrict freedom of expression and freedom of the press means that they should be imposed only in exceptional cases. Trial judges should carefully consider the alternative measures available since they have the advantage of not restricting freedom of expression and freedom of the press. It is not necessary, however, for the trial judge to determine with certainty that the alternative measures would be insufficient to protect the fairness of the trial. What is required is that the trial judge be satisfied that the publication will create a real and substantial risk to the fairness of the trial, which available alternative measures will not prevent. The Anglo-Canadian tradition, as distinct from the American, allows greater scope for prophylactic measures. Consistent with this tradition and the distinct balance between the fundamental rights it implies, trial judges will possess an important discretion to issue publication and broadcast bans. In the special case of docudramas, the impairment of freedom of expression where a judge issues a temporary broadcast ban may well be minimal in comparison to the risk which such productions represent to the right to a fair trial. A judge may thus be fully justified in issuing a temporary ban where the surrounding circumstances and the nature of the publication create a real and substantial risk to the fairness of the trial. As the Chief Justice has noted, where circumstances permit it is desirable for the trial judge to review the proposed publication as part of the evidence before determining whether to issue a ban. Finally, the decision of a trial judge, made after weighing all the factors, should not be interfered with unless it is based on an error in principle or it cannot be reasonably supported on the evidence. Mere disagreement with her/his conclusion is not enough. With these general princi-

la preuve. Si elle est justifiée par la preuve, le tribunal d'appel doit faire montre de retenue en dépit du fait qu'il ne serait peut-être pas arrivé à la même conclusion.

a On peut résumer l'analyse qui précède comme suit. L'interdiction de publication et de diffusion peut être ordonnée en vue de préserver le caractère équitable d'un procès à venir ou en cours. On doit l'envisager à titre de complément possible à d'autres mesures susceptibles de garantir l'équité d'un procès. Du fait qu'elle restreint la liberté d'expression et la liberté de presse, on ne doit y avoir recours que dans les cas exceptionnels. Le juge du procès doit considérer soigneusement les autres mesures disponibles puisque celles-ci offrent l'avantage de ne pas restreindre la liberté d'expression et la liberté de presse. Il n'est en revanche pas nécessaire que le juge du procès détermine avec certitude que les autres mesures ne suffiraient pas à garantir l'équité du procès. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que la publication engendrera un risque réel et important quant à l'équité du procès, risque que les autres mesures n'écartent pas. Contrairement à la tradition américaine, la tradition anglo-canadienne accorde une plus grande place aux mesures préventives. Conformément à cette tradition et à l'équilibre distinct que celle-ci suppose entre les droits fondamentaux, le juge du procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'interdiction de publication et de diffusion. Dans le cas particulier des docudramas, l'atteinte à la liberté d'expression causée par l'interdiction de diffusion temporaire prononcée par le juge peut très bien être minime comparativement au risque que ces productions représentent quant au droit de subir un procès équitable. Le juge peut donc être tout à fait justifié de prononcer une interdiction temporaire lorsque le contexte et la nature de la publication créent un risque réel et important quant à l'équité du procès. Comme le Juge en chef l'a fait remarquer, lorsque les circonstances le permettent, il est souhaitable que le juge du procès examine la publication prévue, à titre d'élément de preuve, avant de se prononcer sur l'interdiction. Enfin, la décision qu'un juge du procès rend après avoir pesé tous les facteurs ne devrait être modifiée que si elle est fondée sur une erreur de principe ou

ples in mind, I turn to the specific facts of this case.

2. Applying the General Principles to the Facts of this Case

Perhaps the best way to understand the facts of the case on appeal is through the affidavits which were before Gotlib J. The affidavit of Ronald F. Caza in support of the application for a broadcast ban provided the judge with an overview of the two-part mini-series. Mr. Caza viewed the film at a special screening organized by the National Film Board ("NFB"). At that time and when he gave affidavit evidence, Mr. Caza was retained by the Brothers of the Christian Schools of Ottawa. The following excerpts usefully summarize the content of the mini-series:

3. The film is divided into two parts. The first part covers a certain time period during which physical and sexual abuse is inflicted upon children residing in an orphanage run by a lay religion order of brothers. The second part takes place 15 years later, when a brother and a former brother undergo criminal trials and a public inquiry looks into allegations of a cover-up at the orphanage.

10. In the film, it seems that the majority of the brothers are abusing the children. In fact, there only seems to be one brother who is not abusing the children and he is seemingly intimidated by the other brothers. . . .

12. In the second part of the film, the audience witnesses the trials of the superintendent and another brother. The lawyers representing the brother and former brother are portrayed as being cruel and insensitive. They are also portrayed as treating the victims in a seemingly heartless and unnecessary manner.

15. Because the audience has witnessed all of the actual physical and sexual assaults, the contentions of the defence lawyers seem ridiculous and misleading. The

qu'elle ne puisse être raisonnablement étayée par la preuve. Un simple désaccord avec les conclusions du juge ne suffit pas. À la lumière de ces principes généraux, je me penche maintenant sur ^a les faits particuliers de l'affaire.

2. Application des principes généraux aux faits de l'espèce

^b La meilleure façon de comprendre les faits de l'espèce est sans doute de se référer aux affidavits soumis au juge Gotlib. L'affidavit de Ronald F. Caza joint à la demande d'interdiction de diffusion a permis au juge d'avoir une vue d'ensemble de la mini-série en deux parties. Monsieur Caza a visionné le film lors d'une projection spéciale organisée par l'Office national du film («ONF»). À cette époque, et au moment où M. Caza a témoigné, ses services avaient été retenus par les Frères des écoles chrétiennes d'Ottawa. Les extraits suivants résument bien le contenu de la mini-série:

^c [TRADUCTION] 3. Le film se divise en deux parties. La première couvre la période au cours de laquelle des abus physiques et sexuels sont infligés à des enfants résidant dans un orphelinat dirigé par un ordre religieux de frères laïcs. La seconde se déroule 15 ans plus tard, au moment où un frère et un ancien frère subissent leur procès criminel et où une enquête publique étudie les allégations de camouflage dans l'orphelinat.

^g 10. Dans le film, il semble que la majorité des frères agressait les enfants. En fait, un seul frère semble ne pas s'adonner à cette pratique, et il semble intimidé par les autres frères. . . .

^h 12. Dans la seconde partie du film, le public est témoin des procès du directeur et d'un autre frère. Leurs avocats font figure d'être cruels et froids. On les présente également comme traitant les victimes d'une manière en apparence inutilement insensible.

^j 15. Le public ayant été témoin de toutes les agressions physiques et sexuelles, les prétentions des avocats de la défense semblent ridicules et trompeuses. On donne au

audience is left with the feeling that the victims, no matter what problems there may be with their testimony, should be believed because all of their problems are due to the abuse inflicted upon them by the brothers.

Mr. Caza's general view of the mini-series was echoed in an article entitled "Film gives voice to abuse victims" published in the *Toronto Star* on 29 November 1992. A copy of this article was attached as an exhibit to the affidavit of Angelo S. Callegari in support of the application. The article demonstrates poignantly the relevance of the mini-series to the trials of the respondents (at p. H1):

Yes, it's the Mount Cashel saga, with echoes of other cases recently prosecuted in Ontario, in Canada's Western provinces, and in the United States. Direct references are thinly veiled, and Smith and his producers at the NFB and CBC are careful to include a disclaimer assuring viewers that this is not a re-enactment of any specific series of events, nor a portrayal of real people.

Each of those cases was so similar, however, even to the degree of government disinterest in legitimate complaints, that they are almost interchangeable. Given recent revelations, *The Boys of St. Vincent* takes on the semblance of a modern morality play; its plot points and characters are ubiquitous, almost part of contemporary folk lore.

The CBC did not seek to cross-examine in respect of these two affidavits nor did they request that Gotlib J. view the mini-series. The CBC relied on a single affidavit in opposing the application. The essence of the CBC's response to the application as reflected in the affidavit of Michael Hughes was that the mini-series was not about the respondents and that by setting the series in Newfoundland there was no risk of confusion. This assertion, however, stands in stark contrast to the disclaimer which appeared at the beginning of the film and which explained that though the series was not a reenactment of any actual event, it was "inspired by recent events in Newfoundland and elsewhere in Canada". Mr. Hughes went on to explain, referring to the briefing note from the NFB, that "THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention,

public l'impression que, peu importe les faiblesses de leur témoignage, les victimes devraient être crues parce que toutes leurs difficultés sont le fruit de l'abus qu'elles ont subi aux mains des frères.

^a L'opinion générale de M. Caza sur la mini-série a été reprise dans un article intitulé [TRADUCTION] «Un film donne la parole à des victimes d'abus», publié dans le *Toronto Star* du 29 novembre 1992. Un exemplaire de cet article était joint à l'affidavit d'Angelo S. Callegari à l'appui de la demande. L'article illustre de façon bouleversante la pertinence de la mini-série relativement aux procès des intimés (à la p. H1):

^b [TRADUCTION] Oui, il s'agit de la saga de Mount Cashel et du rappel d'autres affaires qui ont récemment fait l'objet de poursuites en Ontario, dans l'Ouest canadien et aux États-Unis. Des références directes sont à peine voilées, et Smith et ses réalisateurs de l'ONF et de la SRC prennent soin d'avertir le téléspectateur qu'il ne s'agit pas d'une reconstitution d'événements particuliers, ni d'un portrait de personnes vivantes.

^c Ces affaires étaient si semblables cependant, même pour ce qui est du peu d'intérêt manifesté par les gouvernements à l'égard de plaintes légitimes, qu'elles sont pour ainsi dire interchangeables. Compte tenu des révélations récentes, *Les garçons de Saint-Vincent* prend l'allure d'une pièce de théâtre moderne sur la moralité; la trame et les personnages sont marqués d'ubiquité, et font presque partie du folklore contemporain.

^d La SRC n'a pas cherché à contre-interroger relativement à ces deux affidavits, ni n'a-t-elle demandé au juge Gotlib de visionner la mini-série. Elle n'a soumis qu'un seul affidavit à l'encontre de la demande. Essentiellement, comme en fait foi l'affidavit de Michael Hughes, la SRC a fait valoir que la mini-série ne portait pas sur les intimés et qu'en situant la mini-série à Terre-Neuve, il n'y avait aucun risque de confusion. Cette prétention tranche toutefois avec l'avertissement servi au commencement du film, qui explique que, bien que la série ne soit pas une reconstitution d'un événement véritable, elle a été «inspirée en partie d'événements qui se seraient produits à Terre-Neuve et ailleurs au Canada». Monsieur Hughes a ensuite expliqué, en se référant aux notes de production de l'ONF, que [TRADUCTION] «LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question

and is intended to help bring the public to better understand this very serious issue of sexual abuse". Finally, Mr. Hughes pointed to the losses which CBC would suffer if the broadcast ban was granted. These damages included approximately \$600,000 in lost advertising revenues and expenditures.

Gotlib J. noted that the four charges involved "a highly explosive and inflammatory issue to be decided by, in effect, four separate juries in four separate courts" and that there had "already been widespread publicity". She saw no reason "to add fuel to the fire", given the imminence of the three remaining trials and the fact that they would be finished by the fall of 1993, some eight months later. Gotlib J. rejected the alternative remedies proposed by the CBC stating that they begged the question. Finally, she concluded:

In all, I am satisfied that the harm that would be caused by the showing of this particular film before the jury trials of the three remaining accused persons would be such that the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised.

Gotlib J. thus believed she was faced with a situation in which the gathering of an impartial jury would have been seriously compromised given the substantial publicity. The "fire" was burning strong and thus the alternative measures were bound to be ineffective. She therefore believed she had little choice but to temporarily ban the mini-series in order to protect the fairness of the pending trials.

The affidavit evidence reviewed above clearly supports Gotlib J.'s findings. The mini-series was a work of fiction, but it was based on a number of similar, "almost interchangeable" cases. The appellants did not directly challenge this assertion and conceded before the Court of Appeal that there were parallels between the events depicted in the film and the charges which the respondents were facing at the time. These parallels take on great significance in light of the particular way in which

d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale, et qui est destinée à amener le public à mieux comprendre le phénomène très grave de l'abus sexuel». Enfin, M. Hughes a souligné les pertes que la SRC subirait si l'interdiction de diffusion était accordée. Ces pertes incluaient des revenus de publicité et des dépenses d'environ 600 000 \$.

b Le juge Gotlib a signalé que, dans le cadre des quatre accusations portées, [TRADUCTION] «quatre jurys distincts sont en fait appelés à trancher dans quatre cours distinctes une question fort explosive et incendiaire», et qu'il y avait [TRADUCTION] «déjà eu énormément de publicité». Elle ne voyait aucune raison [TRADUCTION] «de jeter de l'huile sur le feu», compte tenu de l'imminence des trois procès à venir et du fait qu'ils seraient terminés à l'automne 1993, quelque huit mois plus tard. Le juge Gotlib a rejeté les autres recours proposés par la SRC en disant qu'ils éludaient la question. Enfin, elle a conclu:

[TRADUCTION] En définitive, je suis convaincue que la diffusion de ce film avant les procès par jury des trois autres accusés causerait un préjudice tel que la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise.

f Le juge Gotlib estimait donc que la sélection d'un jury impartial aurait été gravement compromise étant donné l'énorme publicité. Le «feu» faisait rage, si bien que les autres mesures ne pouvaient qu'être inefficaces. Elle a par conséquent estimé n'avoir d'autre choix que d'interdire temporairement la diffusion de la mini-série afin de préserver le caractère équitable des procès à venir.

i La preuve par affidavit examinée précédemment appuie certainement les conclusions du juge Gotlib. La mini-série était une œuvre de fiction, mais elle était fondée sur de nombreuses affaires semblables, [TRADUCTION] «pour ainsi dire interchangeables». Les appellants ne s'en sont pas pris directement à cette affirmation et ont reconnu en Cour d'appel qu'il y avait des parallèles entre les événements décrits dans le film et les accusations portées contre les intimés à l'époque. Ces parallèles

the events were portrayed. The two-part dramatization left no doubt as to the accused's guilt, impugned the tactics of the defence and alleged a cover-up. In my view, it was open for Gotlib J. to find on the basis of the evidence before her that even though the mini-series was not directly about any of the respondents, it would have seriously compromised the possibility of finding an impartial jury given the context of widespread prior publicity. Though this test differs on a formal level from the "real and substantial risk" test, I have little difficulty in concluding, as did the Court of Appeal of Ontario, that they are equivalent in substance.

On the basis of my examination of the record, I would add the following points in support of Gotlib J.'s position. The mini-series was to be shown in prime time and the CBC had spent \$97,000 on radio, billboard and print advertising. The direct audience was thus potentially huge. Furthermore, the risks were particularly great because of the nature of the media attention at the time. Michael Hughes, on behalf of the CBC, noted in his affidavit that "THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention...". The physical and sexual abuse which formed the subject matter of the mini-series therefore was not simply an issue of general public interest or in respect of which there was general public consciousness. Rather, public attention was being focused directly on the specific facts before the courts and the guilt or innocence of the persons who stood accused.

The information contained in the documents which appeared as exhibits to the affidavit of Michelle d'Auray, Director of Corporate Affairs for the NFB, and filed before the Court of Appeal buttress Gotlib J.'s concerns. In particular, the Production Notes prepared by the NFB illustrate my earlier point that in some cases docudramas will manipulate fiction so that it is worse than reality.

revêtent une importance considérable étant donné la façon dont les événements ont été présentés. L'adaptation en deux parties ne laissait aucun doute quant à la culpabilité des accusés, elle attaquait les stratégies de la défense et alléguait l'existence de tentatives visant à étouffer l'affaire. À mon sens, le juge Gotlib pouvait conclure, sur le fondement de la preuve qui lui a été soumise, que, même si la mini-série ne traitait directement d'aucun des intimés, elle aurait gravement compromis la sélection d'un jury impartial étant donné l'énorme publicité entourant déjà l'affaire. Bien que ce critère diffère sur le plan formel de celui du «risque réel et important», j'ai peu de difficulté à conclure, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, que, sur le fond, ils s'équivalent.

Sur le fondement de mon examen du dossier, j'ajouterais les éléments suivants à l'appui de la position du juge Gotlib. La mini-série devait être présentée aux heures de grande écoute et la SRC avait consacré 97 000 \$ à la publicité radiophonique, à l'affichage et à la publicité imprimée. L'auditoire direct était donc potentiellement énorme. En outre, les risques étaient particulièrement élevés en raison de l'ampleur de l'attention médiatique accordée à l'affaire à l'époque. Michael Hughes, pour le compte de la SRC, a affirmé dans son affidavit que «LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale...». L'abus physique et sexuel qui était l'objet de la mini-série n'était donc pas simplement une question d'intérêt public général ou qui éveille la conscience publique en général. L'attention du public était plutôt dirigée directement sur les faits particuliers qui se trouvaient devant les tribunaux et sur la culpabilité ou l'innocence des inculpés.

Les renseignements contenus dans les documents joints à l'affidavit de Michelle d'Auray, directrice des Affaires générales de l'ONF, et déposés en Cour d'appel, étayent les conclusions du juge Gotlib. En particulier, les notes de production rédigées par l'ONF illustrent mes remarques antérieures que, dans certains cas, les docudramas manipulent la fiction de manière à la rendre pire

Being provocative and exaggerating reality is one way of making a strong impact on viewers and encouraging discussion. As noted above, the purpose of the production was stated by the NFB in the following terms:

THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention, and is intended to help bring the public to better understand this very serious issue of sexual abuse. It is our conviction that the public exploration of important and sensitive issues is an integral part of a process of seeking solutions.

The Production Notes explain some of the techniques used to achieve the desired impact on the viewing public. The voice of Pierre Letarte, the Director of Photography for the mini-series, was used in the Production Notes to describe some of the subtleties of the production design:

We put a lot of thought into the visual impact of the mini-series. Paintings from these centuries [the 18th and 19th] were very useful as inspiration, because the imagery was so dark and heavy, almost 'medieval'. That's a quality which you see reflected in the interior design of the orphanage, the priests' robes, even in the heavy crucifixes they carry.

All of these elements taken together leave no doubt in my mind that there was a sufficient basis upon which Gotlib J. could legitimately be concerned by the potential influence of the mini-series on the fairness of the trial process.

In issuing the ban, there is no question that Gotlib J. temporarily denied the appellants their freedom of expression. In many ways, however, this impairment was of a very minor nature. As I noted above, the mini-series is a work of fiction and not a news event. It therefore could be presented at a later date with minimal inconvenience. At the motion hearing, one of the primary inconveniences pointed to by the CBC was the potential financial loss a ban would cause. Lost advertising revenues or any other sort of commercial loss, however, cannot justify risking an accused's right to a fair trial. The opinion of Kerans J.A. in *Keegstra*

que la réalité. La provocation, de même que l'exagération de la réalité, sont une façon de créer un impact puissant sur le public et de susciter la discussion. Comme je l'ai signalé précédemment,

a l'objectif de la production a été énoncé par l'ONF dans les termes suivants:

[TRADUCTION] LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question d'intérêt national qui b jouit en ce moment d'une attention médiatique générale, et qui est destinée à amener le public à mieux comprendre le phénomène très grave de l'abus sexuel. Nous sommes convaincus que l'examen sur la place publique de questions importantes et délicates fait partie intégrale c du processus de recherche de solutions.

Les notes de production expliquent certaines techniques utilisées pour produire l'impact souhaité sur le public. Les propos de Pierre Letarte, directeur de la photographie pour la mini-série, sont repris dans les notes de production pour décrire certaines subtilités de la conception de la production:

[TRADUCTION] Nous avons mis beaucoup d'efforts dans l'impact visuel de la mini-série. Des peintures de ces siècles [le XVIII^e et le XIX^e] ont été des sources d'inspiration, car les images étaient tellement sombres et lourdes, presque «médiévales». C'est là une qualité que vous pouvez constater dans la décoration intérieure de l'orphelinat, dans les soutanes des prêtres, et même dans les lourds crucifix qu'ils portent.

Tous ces éléments considérés ensemble ne laissent aucun doute dans mon esprit qu'il y avait des raisons suffisantes pour que le juge Gotlib soit légitimement préoccupé par l'effet potentiel de la mini-série sur l'équité du procès.

En ordonnant l'interdiction, le juge Gotlib a h sans aucun doute temporairement nié aux appellants leur liberté d'expression. À maints égards, toutefois, cette atteinte était très mineure. Je le répète, la mini-série est une œuvre de fiction et non de l'information. Elle pouvait donc être présentée ultérieurement sans trop d'inconvénients. À i l'audition de la requête, la SRC a principalement fait valoir, au nombre des inconvénients, qu'elle risquait de subir une perte financière du fait de l'interdiction. Les recettes de publicité perdues ou toute autre perte commerciale ne peuvent cependant justifier que l'on compromette le droit d'un

(No. 2), *supra*, at p. 236, could have been invoked to reject the damages alleged by the CBC:

We emphasize that no reason is offered why immediate production is essential to the fair exercise of the right of free speech in the circumstances of this case. We accept that a commercial loss looms. And we accept, for the purpose of argument, that deliberate exploitation was not intended. Nevertheless, it seems to us that a person who mounts a production about a case pending before the courts is playing a dangerous game. We would not decide this case on the basis of sympathy for that commercial loss.

Furthermore, one would expect that a portion of these revenues would have been recouped when the mini-series was eventually broadcast.

Anytime a ban is issued, the spectre of chilling future endeavours must be a concern. Such a threat was raised in the affidavit of Michelle d'Auray. Ms. d'Auray, as Director of Corporate Affairs for the NFB, explained the mandate of the NFB and the potential consequences of a broadcast ban in respect of the mini-series in the following terms:

The NFB produces a significant number of dramatic productions that focus on stories derived from current societal circumstances, issues and problems. It is part of the NFB mandate. The consequences for the NFB if it is unable to air such productions if there is an imminent trial on a related subject-matter anywhere in Canada are immense.

With great respect for the opinion to the contrary, I cannot accept the suggestion that the consequences for producers of docudramas are immense. The purpose of the mini-series identified by the NFB and cited above reflects the relative "timelessness" of the production. Furthermore, the ban in this case was only a temporary restriction on the appellants' freedom of expression. Citing *CBC v. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719, Gotlib J. correctly limited the temporal scope of the ban to the conclusion of the respondents' trials. In this case, that time frame was some eight months with the three pending tri-

accusé à un procès équitable. L'opinion du juge Kerans dans *Keegstra* (No. 2), précité, à la p. 236, aurait pu être invoquée pour rejeter l'argument relatif aux dommages avancé par la SRC:

[TRADUCTION] Nous soulignons que l'on ne fait valoir aucune raison pour laquelle la présentation immédiate est essentielle à l'exercice légitime du droit à la liberté de parole dans les circonstances de l'espèce. Nous convenons que le risque d'une perte commerciale existe. Et nous reconnaissons, aux fins de la discussion, qu'on ne visait pas l'exploitation délibérée. Néanmoins, il nous semble que quiconque monte une production relativement à une affaire en instance devant les tribunaux joue un jeu dangereux. Nous ne trancherions pas cette affaire sur le fondement de la sympathie inspirée par cette perte commerciale.

Par ailleurs, on peut penser qu'une partie de ces recettes aurait été récupérée lors de la diffusion subséquente de la mini-série.

Chaque fois qu'une interdiction est ordonnée, il faut tenir compte du risque de décourager toute entreprise future. Une telle menace a été soulevée dans l'affidavit de Michelle d'Auray. Madame d'Auray, à titre de directrice des Affaires générales de l'ONF, a expliqué dans les termes suivants le mandat de l'ONF et les conséquences possibles d'une interdiction de diffusion de la mini-série:

[TRADUCTION] L'ONF produit un grand nombre d'œuvres dramatiques, dont la trame découle de situations, de questions et de difficultés avec lesquelles la société est aux prises. Cela fait partie du mandat de l'ONF. Si ce dernier n'est pas en mesure de diffuser ces productions parce qu'un procès sur un sujet relié est sur le point de commencer quelque part au Canada, il en subira des conséquences considérables.

En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne puis accepter la proposition suivant laquelle les conséquences pour les producteurs de docudramas sont considérables. L'objectif de la mini-série, énoncé par l'ONF et cité précédemment, reflète l'«intemporalité» relative de la production. En outre, l'interdiction en l'espèce n'était qu'une restriction temporaire de la liberté d'expression des appellants. Citant l'arrêt *CBC c. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719, le juge Gotlib a légitimement limité la durée de l'interdiction à la fin des procès des intimés. En l'espèce, ce délai était de quelque huit

als scheduled to start in February, April and sometime between May and July. There is little doubt that public exploration of the issues of child physical and sexual abuse through the misuse of authority would have remained topical at the end of the eight-month period. I see no basis for concluding that the NFB's stated purpose of provoking public exploration as an integral part of a process of seeking solutions was frustrated by the ban.

Though in general the ban did not represent an unreasonable restriction on freedom of expression, its geographic scope was clearly overbroad, as found by the Ontario Court of Appeal. Gotlib J.'s stated reason for extending the ban to all of Canada was her opinion that "the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised". Regardless of the soundness of this opinion, there was no legal possibility that the trials could be moved outside the province of Ontario and therefore Gotlib J. clearly went well beyond what was necessary to deal with the application of the respondents. For that reason, I would have limited the ban to any broadcast in the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

My review of the evidence, the reasons supporting the ban and the effect on the appellants' freedom of expression rights lead to the conclusion that, taken as a whole, the order of Gotlib J. reflected correct principle applied in a reasonable manner. Regardless of whether I would have issued a ban in this case, there was clearly a basis for Gotlib J.'s conclusions. Her decision to order a ban was a preventive measure which should be upheld as a legitimate exercise of the crucial discretion of the courts to protect the integrity of the trial process. In upholding Gotlib J.'s decision I think it is appropriate to repeat the words of Kerans J.A. in *Keegstra (No. 2)*. A person who mounts a production about a case pending before the courts is playing a dangerous game. In general, it is prudent to wait until an ongoing or imminent trial is completed before broadcasting or mounting a docudrama.

mois, les trois procès devant s'ouvrir en février, en avril et quelque part entre mai et juillet. Il n'y a pas de doute que l'analyse, sur la place publique, du phénomène de l'abus physique et sexuel d'enfants résultant d'un abus de pouvoir aurait toujours été d'actualité à la fin de la période de huit mois. Je ne vois aucune raison de conclure que l'objectif énoncé par l'ONF de provoquer la discussion publique dans le cadre d'un processus de recherche de solutions ait été frustré par l'interdiction.

Bien qu'en général, l'interdiction n'ait pas déraisonnablement restreint la liberté d'expression, sa portée géographique était nettement excessive, ainsi que l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Gotlib a étendu l'interdiction à tout le Canada pour le motif que «la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise». Peu importe la sagesse de son opinion, il était en droit impossible que les procès se déroulent à l'extérieur de l'Ontario et, par conséquent, le juge Gotlib est nettement allée au-delà de ce qui était nécessaire pour traiter la demande des intimés. Pour ce motif, j'aurais limité l'interdiction à toute diffusion en Ontario et par CBMT-TV à Montréal.

Mon examen de la preuve, les motifs justifiant l'interdiction et l'effet sur la liberté d'expression des appellants me font conclure que, dans l'ensemble, le juge Gotlib a appliqué de façon raisonnable les principes pertinents. Peu importe que j'eusse ou non prononcé l'interdiction en l'espèce, les conclusions du juge Gotlib étaient manifestement fondées. Sa décision d'ordonner l'interdiction était une mesure préventive qui devrait être confirmée comme étant l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire essentiel des tribunaux de préserver l'intégrité du déroulement du procès. En confirmant la décision du juge Gotlib, il convient, à mon avis, de reprendre les propos du juge Kerans dans l'arrêt *Keegstra (No. 2)*. Quiconque monte une production sur une affaire en instance devant les tribunaux joue un jeu dangereux. En général, il est prudent d'attendre qu'un procès en cours ou imminent soit terminé pour diffuser ou monter un docudrame.

For the foregoing reasons, I would allow the appeal in respect of the broadcast ban but only to the extent of limiting its scope to the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal. I am in agreement with the Chief Justice on the jurisdictional issue.

3. Disposition

In the exercise of this Court's jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act*, I would allow the appeal from the judgment of the Court of Appeal and set it aside for lack of jurisdiction. Likewise, in the cases of Dagenais and Monette, I would allow the appeal and set aside the orders of Gotlib J. for lack of jurisdiction. In the cases of Dugas and Radford, being in agreement with the conclusions of the Court of Appeal on the merits, I would dispose as it did of the appeal and uphold the order of Gotlib J. banning the broadcast of the mini-series, *The Boys of St. Vincent*, but limit its scope to the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — The respondents Dagenais, Monette, Dugas and Radford, members or former members of a religious order known as the Christian Brothers, were charged with physical and sexual abuse against boys in their care at training schools in Ontario. The Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") proposed to air a four-hour fictional drama called *The Boys of St. Vincent* during or prior to their trial. *The Boys of St. Vincent* depicted physical and sexual abuse of boys in a Catholic training school in Newfoundland. The respondents, alleging that the broadcast would prejudice the jurors and deny them fair trials, obtained a publication ban on the broadcast until the completion of their trials. The order was upheld with modifications in the Court of Appeal. The CBC asks this Court to set aside the ban on the ground that it violates the guarantee of freedom

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi relativement à l'interdiction de diffusion, mais seulement pour limiter sa portée à la province d'Ontario et à CBMT-TV à Montréal. Je suis d'accord avec le Juge en chef sur la question de compétence.

3. Dispositif

En vertu de la compétence conférée à notre Cour par l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé contre le jugement de la Cour d'appel et d'infirmer ce jugement pour absence de compétence. De même, dans les cas de Dagenais et de Monette, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer les ordonnances du juge Gotlib pour absence de compétence. Puisque, dans les cas de Dugas et de Radford, je souscris aux conclusions de la Cour d'appel sur le fond, je suis d'avis de me rallier à son dispositif de l'appel et de confirmer l'ordonnance du juge Gotlib interdisant la diffusion de la mini-série *Les garçons de Saint-Vincent*, tout en restreignant sa portée à l'Ontario et à CBMT-TV à Montréal.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Les intimés Dagenais, Monette, Dugas et Radford, membres ou anciens membres de l'ordre religieux des Frères des écoles chrétiennes, ont été accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins dans des centres d'éducation surveillée de l'Ontario. La Société Radio-Canada («SRC») se proposait de diffuser un drame fictif de quatre heures intitulé *The Boys of St. Vincent* (*Les garçons de Saint-Vincent*) pendant ou avant leur procès. *Les garçons de Saint-Vincent* décrivait les abus physiques et sexuels infligés à des garçons d'un centre catholique d'éducation surveillée de Terre-Neuve. Faisant valoir que la diffusion prédisposerait les jurés et porterait atteinte à leur droit à un procès équitable, les intimés ont obtenu une interdiction de publication à l'égard de la diffusion jusqu'à la fin de leurs procès. La Cour d'appel a maintenu l'ordonnance en y apportant certaines modifications. La SRC demande à notre Cour d'annuler l'interdiction pour le motif qu'elle viole

of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appeal presents three issues, all of importance. The first is whether the *Charter*, which applies to "governmental action", applies to a court-ordered publication ban. The second concerns the procedures by which such bans may be challenged. The third issue is the substantive one of whether the publication ban violated the guarantee of free speech found in s. 2(b) of the *Charter*. I would answer the first and third questions affirmatively. On the second, I would endorse the procedures proposed by the Chief Justice.

The Chief Justice does not deal with the first issue directly. He concludes that it can be avoided by focusing on the *Charter's* application to the common law. A judge exercising judicial discretion to grant a publication ban would commit a reviewable error of law if the ban were not in accordance with the *Charter*. But this constitutes an implicit acceptance of the fact that judges in applying the law are bound by the *Charter*. While the question of whether a judicial act is government action is avoided, the practical result is the same as if one had answered that question in the affirmative; in either case, judicial acts must conform to the *Charter*. Indeed, the practical effect of the Chief Justice's approach may be even broader; it may mean that all court orders would be subject to *Charter* scrutiny. Even purely private litigation would be subject to review on *Charter* grounds. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, for example, the union would arguably have been able to raise a *Charter* challenge of the court's injunction, on the basis that if it infringed the *Charter*, it would not have been authorized by the common law rule which gave the judge the discretion to order it. The judge would have thereby committed a reviewable error of law, and the result in the case would have been different on the issue

la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi soulève trois questions, toutes importantes. La première consiste à savoir si la *Charte*, qui s'applique à toute «action gouvernementale», est applicable à une interdiction de publication ordonnée par un tribunal. La deuxième concerne les procédures de contestation de l'interdiction. La troisième, de fond celle-là, est de savoir si l'interdiction de publication a porté atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La première et la troisième questions doivent à mon avis recevoir une réponse affirmative. Quant à la deuxième, je fais miennes les procédures proposées par le Juge en chef.

d

Ce dernier ne répond pas directement à la première question. Il conclut que l'on peut la contourner en mettant l'accent sur l'application de la *Charte* à la common law. Le juge qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, rend une ordonnance de non-publication incompatible avec la *Charte*, commet une erreur donnant lieu à révision. Toutefois, on admet alors implicitement que, dans l'application du droit, les juges sont liés par la *Charte*. Bien que l'on contourne la question de savoir si un acte judiciaire est une action gouvernementale, en pratique le résultat est le même que si l'on avait répondu à cette question dans l'affirmative; dans l'un et l'autre cas, les actes judiciaires doivent être conformes à la *Charte*. En fait, la solution du Juge en chef peut avoir des incidences pratiques même plus vastes; elle peut signifier que toutes les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen dans le cadre de la *Charte*. Même un litige exclusivement privé serait assujetti à un contrôle dans le cadre de la *Charte*. Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par exemple, le syndicat aurait pu, en se fondant sur la *Charte*, contester l'injonction du tribunal pour le motif que, si elle portait atteinte à la *Charte*, elle ne pouvait être autorisée par la règle de common law qui conférait au juge le pouvoir discrétionnaire de l'ordonner. Le juge aurait ainsi commis une erreur de droit donnant lieu à révision, et la ques-

of jurisdiction. It seems to me better in these circumstances to confront the first issue directly.

1. Does the Charter Apply to a Court-Ordered Publication Ban?

Constitutional guarantees of rights may apply in two ways. They may apply "vertically" to relations between the individual and the state. They may also apply "horizontally", governing relations between private individuals and corporations. The Canadian *Charter* falls into the former category. Section 32 of the *Constitution Act, 1982* states that the *Charter* applies "to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament" and "to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province". The publication ban here in issue was not made by Parliament or a legislature. So the question is whether it can be considered an act of "government" in relation to a matter within the authority of Parliament or the legislatures.

The respondents argue that the ban is not subject to the *Charter* because it is an order of the court and the courts are not "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. They rely on the statement of McIntyre J., writing for the majority of this Court in *Dolphin Delivery*, at p. 600, that "[w]hile in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial", for the purposes of *Charter* application he could not equate "the order of a court with an element of governmental action".

While this statement seems broad, it must be read in the context of the case. At issue in *Dolphin Delivery* was a court order resolving a dispute between private parties. The argument was that because the court had made the order, the *Charter*

tion de compétence soulevée dans l'affaire aurait été tranchée différemment. Dans les circonstances de l'espèce, il me semble préférable d'attaquer la première question directement.

1. La Charte s'applique-t-elle à l'interdiction de publication ordonnée par un tribunal?

Les garanties constitutionnelles applicables aux droits peuvent prendre deux formes. Elles peuvent s'appliquer «verticalement» aux relations entre les particuliers et l'État, ou «horizontalement», dans les relations entre les particuliers et les personnes morales. La *Charte* canadienne relève de la première catégorie. Aux termes de l'art. 32 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte* s'applique «au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement» et «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». L'interdiction de publication contestée en l'espèce n'a pas été prononcée par le Parlement, ni par une législature. La question est donc de savoir si elle peut être considérée comme un acte du «gouvernement» relativement à un domaine qui relève du Parlement ou des législatures.

Les intimés soutiennent que l'interdiction n'est pas assujettie à la *Charte* pour le motif qu'elle a été ordonnée par un tribunal, et que les tribunaux ne sont pas un «gouvernement» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Ils invoquent les propos du juge McIntyre qui, à la p. 600 de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, a écrit, au nom de notre Cour à la majorité, que «[m]ême si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire», pour les fins de l'application de la *Charte*, on ne peut assimiler «l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale».

Ces propos semblent généraux, mais ils doivent être lus dans le contexte de l'affaire. Dans *Dolphin Delivery*, on contestait une ordonnance judiciaire résolvant un litige entre des particuliers. On y a fait valoir que, puisque le tribunal avait rendu l'ordon-

should apply. To accept this argument would have been to take the *Charter* into the realm of relations between individuals, which s. 32 clearly never contemplated. As Professor Hogg puts it, "the reason for the decision is that a contrary decision would have the effect of applying the Charter to the relationships of private parties that s. 32 intends to exclude from Charter coverage, and that ought in principle to be excluded": *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 34-16. The *ratio decidendi* of *Dolphin Delivery*, as Professor Hogg asserts, must be that "a court order, when issued as a resolution of a dispute between private parties, and when based on the common law, is not governmental action to which the Charter applies" (p. 34-16).

In two subsequent cases, this Court has accepted that the *Charter* could apply to court orders in some circumstances. In *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, the Court concluded that a trial judge's conduct in ordering 19 adjournments in alleged violation of the accused's rights to a trial within a reasonable time must conform to the *Charter*. La Forest J. stated that it seemed obvious that "the courts, as custodians of the principles enshrined in the *Charter*, must themselves be subject to *Charter* scrutiny in the administration of their duties" (p. 633). In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court held that a court order directed to maintaining access to the courts attracted *Charter* scrutiny, reasoning that if *Charter* rights are to have practical effect, then there must be access to a fair court process which itself complies with the *Charter*. Dickson C.J., for the majority of the Court, distinguished *Dolphin Delivery* on the basis that the injunction in that case was issued to resolve "a purely private dispute" (p. 243). Observing that the motivation for the court's action was "entirely 'public' in nature", Dickson C.J. continued (at p. 244):

nance, la *Charte* devait s'appliquer. Souscrire à cet argument aurait eu pour effet d'entraîner la *Charte* dans le domaine des relations entre particuliers, ce que l'art. 32 n'a manifestement jamais envisagé.

^a Comme le professeur Hogg le dit, [TRADUCTION] «il en a été décidé ainsi parce qu'une décision contraire aurait pour effet d'appliquer la Charte aux relations entre particuliers, alors que l'art. 32 vise à exclure de la portée de la Charte cet élément qui, en principe, devrait être exclu»: *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 34-16. Dans *Dolphin Delivery*, comme le soutient le professeur Hogg, la *ratio decidendi* doit être que [TRADUCTION] «lorsqu'elle vise à résoudre un conflit entre particuliers et qu'elle est fondée sur la common law, l'ordonnance judiciaire n'est pas une action gouvernementale à laquelle la *Charte* s'applique» (p. 34-16).

^d Dans deux affaires ultérieures, notre Cour a admis que la *Charte* puisse s'appliquer aux ordonnances judiciaires dans certaines circonstances.

^e Dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, la Cour a conclu que le comportement du juge du procès qui ordonne 19 ajournements, présumément en violation du droit de l'accusé à un procès dans un délai raisonnable, doit être conforme à la *Charte*. Selon le juge La Forest, il semblait évident que «les tribunaux, à titre de gardiens des principes enchaînés dans la *Charte*, doivent eux-mêmes être assujettis à l'examen que prévoit la *Charte* dans l'exécution de leurs fonctions» (p. 633). Dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a conclu que l'ordonnance d'un tribunal visant à faciliter l'accès aux tribunaux entraînait un examen

^g fondé sur la *Charte* puisque, si les droits garantis par la *Charte* doivent avoir un effet pratique, on doit pouvoir avoir accès à un processus judiciaire équitable qui soit lui-même compatible avec la *Charte*. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, le juge en chef Dickson a établi une distinction d'avec *Dolphin Delivery* car l'injonction dans cette affaire visait à résoudre «un différend purement privé» (p. 243). Remarquant que la cour

^j avait agi pour des motifs de «caractère entièrement «public», le juge en chef Dickson a ajouté, à la p. 244:

The criminal law is being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*. At the same time, however, this branch of the criminal law, like any other, must comply with the fundamental standards established by the *Charter*.

Il s'agit de l'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. En même temps, toutefois, on doit dans cette branche du droit criminel, comme dans n'importe quelle autre, se conformer aux normes fondamentales établies par la *Charte*.

These cases suggest that court orders in the criminal sphere which affect the accused's *Charter* rights or procedures by which those rights may be vindicated must themselves conform to the *Charter*. This is consistent with the fact that many *Charter* rights clearly contemplate review of judicial acts or omissions. As Professor Hogg points out (at p. 34-15), nearly all of the rights guaranteed to criminal defendants by s. 11 of the *Charter* entail some sort of action on the part of courts. Many of the other legal rights included in the *Charter*, such as ss. 12, 13 and 14, also contemplate judicial action.

Ces affaires donnent à entendre que les ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un accusé ou aux procédures par lesquelles ces droits peuvent être défendus, doivent elles-mêmes se conformer à la *Charte*. De nombreux droits garantis par la *Charte* prévoient d'ailleurs manifestement le contrôle d'actes ou omissions judiciaires. Comme le professeur Hogg le souligne (à la p. 34-15), pour ainsi dire tous les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* aux défendeurs dans les procès criminels entraînent quelque action des tribunaux. Plusieurs des autres garanties juridiques prévues dans la *Charte*, comme aux art. 12, 13 et 14, envisagent également l'action judiciaire.

L'Heureux-Dubé J. suggests that the *Charter* is applicable only to certain judicial activity, rather than court orders *per se*. With respect, I do not see this as a tenable distinction. The judge's order is the effective distillation of judicial activity; consequently it is upon the order that one must focus.

Selon le juge L'Heureux-Dubé, la *Charte* s'applique seulement à une certaine activité judiciaire, plutôt qu'aux ordonnances judiciaires comme telles. En toute déférence, je ne vois pas là une distinction défendable. En rendant une ordonnance, le juge se trouve effectivement à exercer une activité judiciaire; c'est donc sur l'ordonnance que l'on doit porter notre attention.

The question of what court orders attract the *Charter* is a large question, the answer to which is best determined on a case-to-case basis. For present purposes, it is sufficient to observe that *Rahey* and *B.C.G.E.U.* delineate one area in which orders of a court will be subject to *Charter* scrutiny. Court orders in the criminal sphere which affect *Charter* rights or the ability to enforce them are themselves subject to the *Charter*. This much, at a minimum, is required if *Charter* rights are to be meaningful.

La question de savoir quelles ordonnances judiciaires entraînent l'application de la *Charte* est générale, et est mieux résolue au cas par cas. Pour les fins de l'espèce, il suffit de dire que les arrêts *Rahey* et *B.C.G.E.U.*, précités, circonscrivent une sphère à l'intérieur de laquelle les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen fondé sur la *Charte*. Les ordonnances judiciaires en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte* ou à la capacité de les faire exécuter sont elles-mêmes assujetties à l'application de la *Charte*. C'est là le minimum requis si l'on souhaite que les droits garantis par la *Charte* aient un sens.

The case at bar falls into this category. The publication ban was related to the protection of the accused's constitutional right to a fair trial, just as in *Rahey* the order related to the accused's right to a timely trial. In both cases the *Charter* must apply. From the perspective of *B.C.G.E.U.*, the ban may be viewed as a case of the "criminal law . . . being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*" (p. 244). It follows that the *Charter* applies to the order under appeal.

2. Procedural Matters

If the *Charter* applies to publication bans, the question arises of the procedure to be followed by a person who wishes to challenge a ban on the ground that it violates the *Charter*. The parties to the litigation may use the existing procedures. The problem is that these procedures, premised on a simple contest between the Crown and the accused, or between litigating parties, do not contemplate motions and appeals brought by third parties, such as the media. Those parties now may assert *Charter* rights and guarantees. How are they to assert those rights?

The cardinal principle underlying these procedural issues is that the courts must be able to provide a full and effective remedy for any *Charter* infringement. I am of the view that a full and effective remedy requires more than the opportunity to address the trial court prior to the issuance of the ban. It must include recourse to an appellate tribunal. The scope of *Charter* rights is often unclear. A person who alleges that his or her *Charter* rights have been infringed must be permitted to challenge a narrow interpretation and seek resolution of their ambit on appeal. The appellate procedures which the Chief Justice has outlined satisfy this minimal requirement. While they involve some extension of the common law remedy of *certiorari*, I believe this extension is warranted in the case of appeals from press bans and hence justified under s. 24(1) of the *Charter*. The extension is warranted because there is no other way that over-

La présente affaire entre dans cette catégorie. L'interdiction de publication visait à protéger le droit constitutionnel des accusés à un procès équitable tout comme, dans l'affaire *Rahey*, l'ordonnance portait sur le droit de l'accusé à un procès dans un délai raisonnable. Dans les deux cas, la *Charte* doit s'appliquer. Dans l'optique de l'arrêt *B.C.G.E.U.*, précité, l'interdiction peut être considérée comme une affaire d'«application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*» (p. 244). Il s'ensuit que la *Charte* s'applique à l'ordonnance faisant l'objet de l'appel.

2. Questions procédurales

Si la *Charte* s'applique aux interdictions de publication, il s'agit de savoir comment doit s'y prendre la personne qui souhaite contester l'interdiction pour le motif qu'elle viole la *Charte*. Les parties au litige peuvent utiliser les procédures existantes. Toutefois, ces procédures, fondées sur un simple débat entre le ministère public et l'accusé, ou entre des parties opposées, ne prévoient pas les requêtes et les appels interjetés par des tiers, comme les médias. Ces derniers peuvent maintenant faire valoir des droits et des garanties prévus dans la *Charte*. Comment doivent-ils s'y prendre?

Ces questions de procédure reposent sur le principe capital selon lequel les tribunaux doivent pouvoir accorder une réparation pleine et efficace relativement à toute violation de la *Charte*. Je suis d'avis qu'une réparation pleine et efficace signifie davantage que la possibilité de se présenter devant le tribunal de première instance avant la délivrance de l'interdiction. Elle doit comprendre un recours à un tribunal d'appel. L'étendue des droits garantis par la *Charte* est souvent confuse. La personne qui allègue que les droits que lui garantit la *Charte* ont été violés doit avoir la possibilité de contester toute interprétation restrictive et de demander que la portée de ses droits soit délimitée en appel. Les procédures d'appel que le Juge en chef a exposées répondent à cette exigence minimale. Bien que ces procédures demandent un certain élargissement de la réparation de common law qu'est le *certiorari*, je suis d'avis que cet élargissement est justifié dans

broad publication bans can effectively be limited on appeal. Appeals from verdict prescribed by the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, do not cover orders for press bans. Absent an expanded common law appeal remedy such as that proposed by the Chief Justice, parties alleging an infringement of their freedom of expression by reason of the press ban would have no means of resolving the ambit of their rights on appeal. Given the approach to the first issue which I have proposed, a press ban might be challenged on the basis of error of law in that it constitutes a direct violation of the *Charter*.

Applied to press bans, the appeal routes proposed by the Chief Justice do not pose the problem of interrupting and delaying the criminal trial, a consequence against which this Court firmly set its face in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The appeals from a press ban are collateral to the trial, and may proceed at any time without affecting the trial process. If the trial is concluded before the matter is resolved on appeal, that must be accepted as the price of protecting the accused's and the public's interest in prompt and expeditious resolution of criminal trials. The party contesting the ban may be denied an immediate right to report on the proceedings in question. But the appeal may still serve the overarching purpose required by the *Charter* of allowing the *Charter* rights at issue to be defined for a future day.

This leaves the problem of what would happen in a case of a third party appeal on an issue central to a trial. For example, a witness might decline to testify on certain matters on grounds of privilege. The trial judge might find no privilege and order the witness to testify. Could the witness then follow the same appeal procedures outlined by the

le cas d'appels d'interdictions de publication et, par conséquent, justifié sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Il est rendu légitime par l'absence de tout autre moyen de restreindre efficacement en appel les interdictions de publication excessivement larges. Les appels que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit contre les verdicts ne visent pas les ordonnances de non-publication. À défaut d'un droit d'appel élargi en common law, comme celui que propose le Juge en chef, les parties qui allèguent que l'interdiction de publication porte atteinte à leur liberté d'expression n'auraient donc aucun moyen de faire préciser la portée de leurs droits en appel. Étant donné la manière dont j'ai proposé de traiter la première question, l'interdiction de publication pourrait être contestée sur le fondement de l'erreur de droit parce qu'elle va directement à l'encontre de la *Charte*.

Appliqués aux interdictions de publication, les moyens d'appel proposés par le Juge en chef n'engendrent aucune interruption ni retard du procès criminel, conséquence contre laquelle notre Cour s'est élevée catégoriquement dans larrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. L'appel de l'interdiction de publication est accessoire au procès et peut se dérouler n'importe quand, sans entraver le procès. Il se peut que celui-ci prenne fin avant que l'affaire soit tranchée en appel, mais c'est là le prix qu'il faut être disposé à payer pour protéger le droit de l'accusé et du public à ce que les procès criminels soient résolus avec diligence et rapidité. La partie qui conteste l'interdiction peut se voir refuser le droit immédiat de faire état des procédures en question. Mais l'appel peut tout de même servir l'objectif général prescrit par la *Charte*, qui consiste à permettre que les droits en question, garantis par la *Charte*, soient délimités pour l'avenir.

Reste la question de savoir ce qu'il adviendrait de l'appel interjeté par un tiers sur une question essentielle au procès. Par exemple, un témoin pourrait refuser de témoigner sur certains points en invoquant un privilège. Le juge du procès pourrait conclure à l'encontre du privilège et ordonner au témoin de témoigner. Le témoin pourrait-il alors

Chief Justice? If so might the trial be interrupted? Such concerns lead L'Heureux-Dubé J. to reject any appeal rights in third parties.

I agree with L'Heureux-Dubé J. that the interruption of criminal trials by interlocutory and third party appeals must be eschewed. However, I am not convinced that the procedure proposed by the Chief Justice leads to this result. First, matters integral to the trial like whether a witness must divulge material claimed to be privileged, will often fall within the class of matters which may be appealed on an appeal from the verdict under the *Criminal Code*, arguably undercutting the need for expansion of common law appeal remedies. But more important, even if the third party were found to enjoy an immediate right of appeal, it does not follow that the trial would stop, pending the exercise of that right. Given the primacy of the principle that criminal trials are not to be interrupted by interlocutory appeals, the reviewing judge, whether proceeding by *certiorari* or on appeal, might properly defer decision until the termination of the criminal trial. Having said this, I must affirm that these are issues which are better left to a case where they squarely arise. My point is the modest one that adopting the procedures proposed by the Chief Justice should not be understood to derogate from the principle that criminal trials should not be interrupted and delayed for the purpose of pursuing interlocutory appeals.

I offer a final comment on this aspect of the case. While the procedures outlined by the Chief Justice meet the minimal requirements of the *Charter*, they are, as he acknowledges, far from perfect. I endorse his call for legislative action to provide clear and consistent *Charter* remedies, and strike the appropriate balance between the rights of those who allege their *Charter* rights are infringed, on the one hand, and the private and public interest

recourir aux procédures d'appel exposées par le Juge en chef? Dans l'affirmative, le procès serait-il interrompu? Ces questions ont amené le juge L'Heureux-Dubé à refuser tout droit d'appel aux tiers.

Je conviens avec elle qu'il faut éviter que les procès criminels soient interrompus par des appels interlocutoires et des appels interjetés par des tiers. Je ne suis toutefois pas convaincue que c'est l'effet que produirait la procédure proposée par le Juge en chef. D'une part, les questions qui font partie intégrante du procès, comme celle de savoir si un témoin doit divulguer des éléments qu'on allègue être privilégiés, entreront fréquemment dans la catégorie de questions dont il peut être interjeté appel dans le cadre d'un appel du verdict en vertu du *Code criminel*, ce qui atténue, pourrait-on soutenir, le besoin d'élargir les droits d'appel en common law. Qui plus est, même si on jugeait que le tiers jouit d'un droit d'appel immédiat, le procès ne serait pas interrompu en attendant que ce droit soit exercé. Compte tenu de la primauté du principe portant que les procès criminels ne doivent pas être interrompus par des appels interlocutoires, le juge siégeant en révision pourrait légitimement, à la suite d'un recours en *certiorari* ou d'un appel, repousser sa décision jusqu'à la fin du procès criminel. Cela étant dit, je dois affirmer que ce sont là des questions qu'il vaudrait mieux ne résoudre que lorsqu'elles se poseront directement. Je me contente modestement de dire que les procédures établies par le Juge en chef ne devraient pas être considérées comme une dérogation au principe suivant lequel les procès criminels ne doivent pas être interrompus ni retardés à l'avantage des appels interlocutoires.

J'aimerais apporter un dernier commentaire sur cet aspect de l'affaire. Si les procédures proposées par le Juge en chef satisfont aux exigences minimales de la *Charte*, elles sont toutefois, comme il le reconnaît lui-même, loin d'être parfaites. Comme lui, je fais appel au législateur pour qu'il prévoie des réparations claires et compatibles fondées sur la *Charte* et établisse un juste équilibre entre, d'une part, les droits de ceux qui allèguent

that criminal trials proceed expeditiously and without interruption, on the other.

3. Did the Publication Ban Violate the Charter?

Freedom of expression is a right fundamental to democratic society. Accordingly, this Court has taken the view that the ambit of the right must be generously interpreted, going so far as to hold that even hate propaganda falls within the guarantee. Limitations on the guarantee may not be assumed; as a general rule, they must be justified, under s. 1 of the *Charter*.

The expression at issue on this appeal — the right to broadcast a fictional cinematic work — falls squarely within the ambit of s. 2(b) as defined by previous cases. The ban interfered with the right of the actors, directors and producers of the film to express themselves. There can be no doubt that the ban limited the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

The more difficult question is whether the ban can be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on freedom of expression, judged by the standards of a free and democratic society. Accepting the ban is a “limit” on s. 2(b) rights “prescribed by law”, one must weigh the gravity of the infringement of s. 2(b) against the objective to which the ban was directed.

Applying the criteria developed by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, one looks first to the objective of the ban. It is clear. It was to preserve the respondents’ rights to a fair trial — in particular to avoid the risk that an impartial jury could not be sworn, or if sworn, could not render a true verdict because of the poisonous effects of the publication.

que les droits que leur garantit la *Charte* ont été violés et, d’autre part, le droit du particulier et du public à ce que les procès criminels se déroulent rapidement et sans interruption.

3. L’interdiction de publication a-t-elle violé la *Charte*?

Dans une société démocratique, la liberté d’expression est un droit fondamental. Par conséquent, notre Cour a déclaré que la portée du droit doit recevoir une interprétation généreuse, allant même jusqu’à conclure que la propagande haineuse est protégée par cette garantie. Les restrictions à la garantie ne peuvent être présumées; en règle générale, elles doivent être justifiées aux termes de l’article premier de la *Charte*.

L’expression en cause dans le présent pourvoi — le droit de diffuser un ouvrage cinématographique fictif — relève clairement de la portée de l’al. 2b), circonscrite dans des affaires précédentes. L’interdiction entravait le droit des acteurs, des réalisateurs et des producteurs du film de s’exprimer. Il ne saurait faire de doute que l’interdiction restreignait leur liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*.

Plus complexe est la question de savoir si l’interdiction peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable à la liberté d’expression, en fonction des normes d’une société libre et démocratique. En tenant pour acquis que l’interdiction est une «limite» aux droits garantis par l’al. 2b), prescrite par «une règle de droit», il faut évaluer la gravité de la violation de l’al. 2b) par rapport à l’objectif visé par l’interdiction.

Suivant les critères que notre Cour a énoncés dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, on considère d’abord l’objectif de l’interdiction. Il est manifeste. Il visait à protéger le droit des intimés à un procès équitable — en particulier, à éviter le risque qu’un jury impartial ne puisse être asservi, ou s’il l’était, qu’il ne puisse rendre un verdict honnête en raison des incidences néfastes de la publication.

The next step is whether the infringement is proportionate to, or justified by, this goal. Proportionality in this sort of case is not a question of deciding where the balance should be struck between a fair trial and freedom of expression. The right to a fair trial is fundamental and cannot be sacrificed. I agree with the Chief Justice that in general, the conflict model is largely inappropriate. Fair trials and open discussion tend to go hand in hand. Nevertheless, in some instances, such as that in the current case, unlimited free expression may interfere with the accused's right to a fair trial. As Dickson C.J. said for the Court in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 467-68:

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. . . . We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

There thus may be cases where special circumstances are presented which indicate a serious risk (as opposed to a speculative possibility) that a fair jury could not be sworn or, where jurors have already been sworn, that publicity might somehow find its way to them and prejudice them. In these cases, a ban may be justified, provided that it goes no further than required to avoid the demonstrated risk of an unfair trial.

The common law test for whether a ban should be ordered is that there is a real and substantial risk that a fair trial would be impossible if publication were not restrained. Properly applied, that test meets the requirements of justification of an infringing measure under s. 1 — that the infringement be rationally connected to the goal, that it be minimally intrusive, and that it be proportionate to

L'étape suivante consiste à déterminer si la violation est proportionnelle à son objectif, ou justifiée par celui-ci. Dans une affaire comme celle en l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer où se situe l'équilibre entre un procès équitable et la liberté d'expression. Le droit à un procès équitable est fondamental et ne peut être sacrifié. Je conviens avec le Juge en chef qu'en général, le principe du conflit est tout à fait inadéquat. Les procès équitables et la discussion ouverte tendent à aller de pair. Néanmoins, il se peut que, dans certains cas, comme celui en l'espèce, une liberté d'expression illimitée fasse entrave au droit de l'accusé à un procès équitable. Comme le juge en chef Dickson l'a affirmé pour notre Cour dans *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 467 et 468:

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. [...] Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Il peut donc y avoir des cas où des circonstances particulières indiquent qu'il y a un risque élevé (par opposition à une possibilité conjecturale) qu'aucun jury impartial ne puisse être assermenté ou, si les jurés ont déjà été assermentés, que la publicité puisse de quelque façon se rendre à eux et les prédisposer. Dans ce cas, l'interdiction peut être justifiée, pour autant qu'elle se limite à ce qui est nécessaire pour éliminer le risque établi que le procès soit inéquitable.

En common law, le critère qui sert à déterminer si une interdiction doit être ordonnée est de se demander s'il existe un risque réel et important qu'il soit impossible d'avoir un procès équitable, si l'on n'ordonne pas la non-publication. Appliqué correctement, ce critère satisfait aux exigences de justification, aux termes de l'article premier, d'une mesure qui viole un droit — la violation a un lien

the benefit achieved. What is required is that the risk of an unfair trial be evaluated after taking full account of the general importance of the free dissemination of ideas and after considering measures which might offset or avoid the feared prejudice. What must be guarded against is the facile assumption that if there is any risk of prejudice to a fair trial, however speculative, the ban should be ordered. The courts are the guardians not only of the right to a fair trial but of freedom of expression. Both must be given the most serious consideration.

Rational connection between a broadcast ban and the requirements of a fair and impartial trial require demonstration of the following. First, it would seem necessary to show that many people eligible to sit as jurors would see the broadcast; conversely, if a substantial number would not see it, there should be no problem selecting a jury from among them. Second, it must be shown that publication might confuse or predispose potential jurors. In the case of a fictional work, it should be shown that jurors will not be able to separate broadcast fiction from reality. Third, it must be shown that any confusion may not be dispelled by proper direction or by other measures, such as judicial directions, change of the venue of the trial, or more exacting jury selection processes. If after considering all such matters, the judge is still left with a real concern that there is a substantial risk the trial may be rendered unfair, a rational connection between the infringement of freedom of expression and the ban will have been established.

Once the rational connection has been established, the judge must go on to ensure that the ban is minimally intrusive, i.e., that it impinges on freedom of expression no further than is actually required to avoid the risk of an unfair trial. It must be confined to the minimum geographical area required. It must not extend to more forms of

rationnel avec l'objectif, elle porte le moins possible atteinte au droit, et elle est proportionnelle au bénéfice atteint. Il est donc nécessaire d'évaluer le risque qu'un procès soit inéquitable après avoir bien tenu compte de l'importance générale de la libre transmission des idées et avoir considéré des mesures susceptibles d'éliminer ou d'éviter le préjudice redouté. Il faut se garder de présumer systématiquement que, s'il y a risque de préjudice à un procès équitable, aussi conjectural soit-il, l'interdiction devrait être ordonnée. Les tribunaux sont les gardiens non seulement du droit à un procès équitable, mais aussi de la liberté d'expression.

c Les deux garanties doivent être traitées avec la plus grande déférence.

d En ce qui concerne le lien rationnel entre l'interdiction de diffuser et les exigences relatives à un procès juste et équitable, il faut établir ce qui suit. D'une part, il semblerait nécessaire de démontrer qu'un grand nombre de personnes ayant qualité pour agir comme juré verraien la diffusion; inversément, si un nombre important de personnes ne la voyait pas, la sélection du jury parmi elles ne devrait poser aucune difficulté. D'autre part, on doit démontrer que la publication risque de semer la confusion chez les jurés éventuels ou de les prédisposer. Dans le cas d'une œuvre fictive, il faudrait démontrer l'incapacité pour les jurés de distinguer la fiction de la réalité. Enfin, il faut établir que toute confusion ne peut être dissipée par des directives appropriées ou par d'autres mesures, comme les instructions d'un juge, le changement de lieu du procès, ou un processus de sélection du jury plus exigeant. Si, après avoir considéré tous ces éléments, le juge croit toujours fermement qu'il y a un risque considérable que le procès soit rendu inéquitable, on aura établi un lien rationnel entre la violation de la liberté d'expression et l'interdiction.

i Une fois le lien rationnel démontré, le juge doit faire en sorte que l'interdiction porte le moins possible atteinte au droit en question, c'est-à-dire qu'elle ne porte atteinte à la liberté d'expression que dans la mesure où elle élimine le risque d'un procès inéquitable. Elle ne doit pas outrepasser la région géographique nécessaire, ni s'étendre à plus

expression or media of dissemination than necessary. And it must cease at the earliest possible time consistent with removing the risk of an unfair trial.

In the case at bar, the judge ordering the ban failed to direct herself sufficiently to the sort of considerations which go to establishing rational connection and minimal impairment. It follows that the ban cannot be supported.

4. Disposition

I would allow the appeal and set aside the ban.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents: Fedorsen, Shoniker, Toronto.

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

Solicitors for the intervenor John Newton Smith: Grey Casgrain, Montreal.

Solicitors for the intervenor the Canadian Association of Journalists: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

de formes d'expression ou de moyens de diffusion que nécessaire. Enfin, elle doit expirer le plus tôt possible, suivant ce qui est requis pour éliminer le risque que le procès soit inéquitable.

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.

4. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'interdiction.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs des appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimés: Fedorsen, Shoniker, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant John Newton Smith: Grey Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des journalistes: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

**Canadian Broadcasting
Corporation** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen, the Alleged
Victims, Doug McConachie, Armadale
Communications and Canadian
Press** *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario
Intervener

INDEXED AS: R. v. S. (T.)

File No.: 23596.

1994: January 24, 25; 1994: December 8.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN**

Criminal law — Publication bans — Young offender charged with sexual offences on two children — Youth court judge banning publication of evidence and proceedings at young offender's trial until trials of other accused involving same complainants completed — Whether media can challenge publication ban.

Appeal — Publication bans — Publication ban imposed in criminal proceedings — Ban issued under judge's common law or legislated discretionary authority — Avenues available for third parties to challenge ban.

A young offender was charged with a number of criminal offences, including sexual assaults on two children. Her trial was the first of a series of related trials involving the same complainants. The other accused were all adults. The Crown in the youth court trial applied for a non-publication order and the CBC and other news media were granted status to make representations on the application. The youth court judge banned

La Société Radio-Canada *Appelante*

a c.

**Sa Majesté la Reine, les victimes présumées,
Doug McConachie, Armadale
Communications et la Presse
canadienne** *Intimés*

et

**c Le procureur général de
l'Ontario** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (T.)

d *N^o du greffe:* 23596.

1994: 24, 25 janvier; 1994: 8 décembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN**

f Droit criminel — Interdictions de publication — Jeune contrevenante accusée d'avoir commis des infractions sexuelles contre deux enfants — Interdiction par le juge du tribunal pour adolescents de publier la preuve et les procédures au procès de la jeune contrevenante jusqu'à ce que les procès des autres accusés mettant en cause les mêmes plaignants soient terminés — Les médias peuvent-ils contester l'interdiction de publication?

g Appel — Interdictions de publication — Interdiction de publication ordonnée dans le cadre de procédures criminelles — Interdiction prononcée par le juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

i Une jeune contrevenante a été accusée de plusieurs infractions criminelles, dont des agressions sexuelles contre deux enfants. Son procès était le premier d'une série de procès reliés, mettant en cause les mêmes plaignants. Les autres accusés étaient tous des adultes. Au procès devant le tribunal pour adolescents, le ministère public a présenté une demande visant à obtenir une ordonnance de non-publication, et la SRC et d'autres

Canada Employment and Immigration Commission, the Deputy Attorney General of Canada and the Attorney General of Canada Appellants

v.

Marcelle Tétreault-Gadoury Respondent

and

Léon Vellone, Rodrigue Deraiche and André Manocchio Mis en cause

and

Cuddy Chicks Limited Intervener

and

Ontario Labour Relations Board and United Food and Commercial Workers International Union, Local 175 Intervenors

INDEXED AS: TÉTREAU-GADOURY v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION)

File No.: 21222.

1991: January 30; 1991: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Age discrimination — Person meeting all qualifications for unemployment insurance benefits except for being over age limit — Whether or not age exclusion infringing s. 15 of Charter — If so, whether or not justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 31(1), (2), (4).

Administrative law — Jurisdiction — Tribunal not expressly given power to consider all relevant law —

Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, le sous-procureur général du Canada et le procureur général du Canada Appelants

a.

Marcelle Tétreault-Gadoury Intimée

b.

et

Léon Vellone, Rodrigue Deraiche et André Manocchio Mis en cause

c.

et

Cuddy Chicks Limited Intervenante

d.

et

Commission des relations de travail de l'Ontario et Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175 Intervenants

RÉPERTORIÉ: TÉTREAU-GADOURY c. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

Nº du greffe: 21222.

1991: 30 janvier; 1991: 6 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

h. Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Personne remplissant toutes les conditions pour obtenir des prestations d'assurance-chômage mais dépassant l'âge limite — L'exclusion fondée sur l'âge viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 31(1), (2), (4).

i.

j. Droit administratif — Compétence — Tribunal n'ayant pas reçu expressément le pouvoir d'examiner

Employment Commission making ruling without reference to constitutional arguments — Whether administrative tribunal can apply Charter absent legislative authority to do so.

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Appeal from Unemployment Insurance Act Board of Referees to Federal Court on constitutional issue by-passing Umpire — Board not expressly given power to consider all relevant law — Umpire having power to consider all relevant law — Whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

The respondent lost her job shortly after her sixtieth birthday and applied for unemployment insurance benefits. The Canada Employment and Immigration Commission ruled that she was no longer entitled to receive ordinary unemployment insurance benefits because of her age even though she met all the other conditions under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Respondent was accordingly entitled only to the special lump sum retirement benefit provided for under s. 31 of the Act.

The respondent appealed the Commission's decision to a Board of Referees on the ground that s. 31 of the Act was inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This Board upheld the Commission's decision without rendering an opinion on the constitutional question. Rather than appealing to an umpire, as permitted by the Act, the respondent elected to challenge the Board's decision directly in the Federal Court of Appeal. That court found that that provision violated s. 15 of the *Charter* and that the Board of Referees had erred in failing to consider the respondent's *Charter* arguments.

The Canada Employment and Immigration Commission appealed from the decision of the Court of Appeal. At issue here were: (1) whether an administrative tribunal that has not expressly been provided with the power to consider all relevant law may, nonetheless, apply the *Charter*; and (2), whether the former s. 31 of the Act violated s. 15 of the *Charter*. A subsidiary issue was whether the Federal Court of Appeal was entitled to

toutes les lois pertinentes — Décision de la Commission de l'emploi rendue sans mention des arguments d'ordre constitutionnel — Un tribunal administratif peut-il appliquer la Charte en l'absence d'autorisation législative de le faire.

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Appel d'une décision d'un conseil arbitral constitué en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage sur une question constitutionnelle sans d'abord en appeler devant un juge-arbitre — Le conseil n'a pas reçu expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — Le juge-arbitre a le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes — La Cour d'appel fédérale peut-elle examiner la question constitutionnelle si le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard? — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 28.

L'intimée a perdu son emploi peu après son soixante-cinquième anniversaire et a demandé des prestations d'assurance-chômage. La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a décidé que même si elle remplissait toutes les autres conditions établies par la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, l'intimée n'était plus, en raison de son âge, admissible à recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires. Elle n'avait donc droit qu'au versement de la somme forfaitaire à titre de prestation spéciale de retraite prévue à l'art. 31 de la Loi.

*L'intimée, soutenant que l'art. 31 de la Loi était incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*, a interjeté appel de la décision de la Commission devant un conseil arbitral. Ce conseil a confirmé la décision de la Commission sans se prononcer sur la question constitutionnelle. Plutôt que d'interjeter appel devant un juge-arbitre, comme la Loi l'y autorise, l'intimée a choisi d'attaquer la décision du conseil directement en Cour d'appel fédérale. Celle-ci a conclu que cette disposition violait l'art. 15 de la *Charte* et que le conseil arbitral avait commis une erreur en ne considérant pas les arguments d'ordre constitutionnel que l'intimée lui avait soumis.*

*i La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada se pourvoit contre larrêt de la Cour d'appel. Il s'agit ici de savoir: (1) si un tribunal administratif, auquel n'a pas été conféré expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes, peut néanmoins appliquer la *Charte*, et (2) si l'ancien art. 31 de la Loi violait l'art. 15 de la *Charte*. Une question subsidiaire a été soulevée, savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait*

consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it.

This case did not involve the application of s. 24(1) of the *Charter* and the consequent need for a determination of whether the tribunal is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of that section. Respondent did not seek any remedy that would require its invocation. All she sought was that the Board of Referees disregard s. 31 when calculating the benefits that would otherwise be due her under the Act.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, the companion case to this appeal, the Court determined that an administrative body expressly empowered by legislative mandate to interpret or apply any law necessary to reach its findings, has the power to apply the *Charter*.

The *Unemployment Insurance Act, 1971* does not specifically address the issue whether the Board of Referees has jurisdiction to consider all relevant law. This jurisdiction is expressly conferred upon the umpire, to whom an appeal from the Board of Referees may be made. The failure to provide the Board of Referees with a power similar to that given to the umpire was not merely a legislative oversight. The power to interpret law is not one which is lightly conferred upon administrative tribunals.

The Board of Referees, an administrative body similar in institutional and functional terms to the umpire, may well have the practical capability to deal with *Charter* issues. The particular legislative scheme, nevertheless, contemplates that constitutional questions be more appropriately presented to the umpire, on appeal, rather than to the Board itself.

The Board of Referees had jurisdiction over the parties but not over the subject matter and the remedy. The subject matter concerned not simply the determination of the respondent's eligibility for benefits but also the determination of whether s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated s. 15 of the *Charter*. Similarly, the remedy would have required the Board to disregard s. 31 when awarding the respondent benefits,

examiner la question constitutionnelle dans l'hypothèse où le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard.

^a Le présent pourvoi ne porte pas sur l'application du par. 24(1) de la *Charte* et n'exige donc pas que soit tranchée la question de savoir s'il s'agit d'un «tribunal compétent» au sens de ce paragraphe. L'intimée ne demande aucune réparation qui exigerait qu'on l'invoque. Elle demande simplement que le conseil arbitral fasse abstraction de l'art. 31 dans le calcul des prestations qui lui seraient normalement versées en vertu de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

^c Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Dans *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 et dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, qui fait pendant au présent pourvoi, la Cour a déterminé qu'un organisme administratif expressément doté, aux termes de son mandat législatif, du pouvoir d'interpréter ou d'appliquer toutes les lois nécessaires pour rendre une décision, possède le pouvoir d'appliquer la *Charte*.

^f La *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* ne contient aucune disposition spécifique quant à la compétence du conseil arbitral d'examiner toute loi pertinente. Cette compétence est expressément conférée au juge-arbitre, devant qui appel peut être interjeté d'une décision du conseil arbitral. Le fait que le conseil arbitral ne jouisse pas d'un pouvoir semblable à celui du juge-arbitre ne résulte pas d'un simple oubli. Le pouvoir d'interpréter la loi n'est pas de ceux que le législateur a conféré à la légère aux tribunaux administratifs.

^h Le conseil arbitral, un organisme administratif de nature similaire, du point de vue institutionnel et fonctionnel, au juge-arbitre, peut fort bien avoir la capacité pratique de se prononcer sur des questions relatives à la *Charte*. Il découle néanmoins de l'économie particulière de la loi qu'il convient davantage de présenter les questions constitutionnelles au juge-arbitre, en appel, plutôt qu'au conseil lui-même.

ⁱ Le conseil arbitral avait compétence sur les parties, mais non quant au fond du litige et à la réparation demandée. La question ne consistait pas simplement à déterminer l'admissibilité de l'intimée aux prestations, mais aussi à déterminer si l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait l'art. 15 de la *Charte*. De même, la réparation demandée aurait exigé que le conseil fasse abstraction de l'art. 31 pour accorder des pres-

assuming it found s. 31 to be inconsistent with the *Charter*. Such a determination rested within the jurisdiction of the umpire, not the Board of Referees.

Many of the practical advantages associated with allowing administrative tribunals to decide constitutional questions were preserved here, even though jurisdiction to decide *Charter* questions does not rest with the Board. Foremost amongst these is that the Act allows for an appeal to an umpire who does possess such jurisdiction and the applicant therefore has the option of pursuing an avenue outside the regular court process. Another advantage is that the umpire will possess a certain insight, based upon broad experience with the legislative scheme, that will enable him or her to bring a specialized expertise to bear on the issue.

Section 28(1)(a) of the *Federal Court Act* allows for a direct application to the Court of Appeal to set aside the decision of a federal board on the ground that the board refused to exercise its jurisdiction. Had the respondent chosen to appeal the decision of the Board of Referees to an umpire first, and then to the Federal Court of Appeal, the umpire would have had jurisdiction to determine the constitutional issue. However, one cannot overlook the special nature of the Federal Court of Appeal's powers of review under s. 28 of the *Federal Court Act*, which are limited to overseeing and controlling the legality of decisions of administrative bodies and to referring matters back to these bodies for redetermination. Therefore, while the jurisdictional question was legitimately before the Court of Appeal, the court did not have the jurisdiction to make a final determination of the constitutional question. The Court should allow the appeal, solely on the narrow procedural grounds advanced by the appellant. Under the circumstances, however, it was appropriate for the Court to address the constitutional issue here.

The age restriction that existed in s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*. It removed persons aged 65 and over from the normal benefit plan and provided them with a single, lump sum retirement benefit in the amount of three times the weekly rate to which they would otherwise be entitled. It permanently deprived respondent of the status of a socially insured person by making her a pensioner of the state, even if she is still looking for a new job. It stigmatized her, regardless of her personal skills and situation, as belonging to the group of persons no longer part of the active population and perpetuated the insidious stereotype that a person

tations à l'intimée, en supposant qu'il ait jugé cet article incompatible avec la *Charte*. Une telle décision relève de la compétence du juge-arbitre, et non de celle du conseil arbitral.

^a Un grand nombre des avantages d'ordre pratique qu'il y a à permettre aux tribunaux administratifs de statuer sur des questions constitutionnelles sont préservés en l'espèce, même si la compétence de trancher les litiges relatifs à la *Charte* ne ressort pas au conseil. Le plus important est que la Loi prévoit la possibilité d'un appel devant un juge-arbitre possédant cette compétence et que la requérante a donc un recours autre que le processus judiciaire normal. Un autre avantage est que, grâce à sa vaste expérience de l'économie de la loi, le juge-arbitre apportera un éclairage qui permettra de compter sur l'expertise du tribunal.

^b L'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit la possibilité de demander directement à la Cour d'appel l'annulation de la décision d'un office fédéral au motif que celui-ci a refusé d'exercer sa compétence. Si l'intimée avait d'abord choisi d'interjeter appel contre la décision du conseil arbitral auprès d'un juge-arbitre et, ensuite, à la Cour d'appel fédérale, le juge-arbitre aurait eu compétence pour trancher la question constitutionnelle. Il ne faut toutefois pas oublier la nature spéciale des pouvoirs de révision conférés à la Cour d'appel fédérale par l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, lesquels se limitent à surveiller et à contrôler la légalité des décisions des organismes administratifs et à leur demander de reconsidérer l'affaire. Par conséquent, bien que la question de la compétence ait été légitimement soumise à la Cour d'appel, celle-ci n'avait pas compétence pour trancher de façon définitive la question constitutionnelle. La Cour devrait accueillir le pourvoi seulement quant aux moyens procéduraux étroits présentés par l'appelante. Toutefois, dans les circonstances, il était approprié que la Cour examine la question de la constitutionnalité en l'espèce.

^c La restriction fondée sur l'âge que comportait l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* était incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte*. Elle excluait les personnes de 65 ans ou plus du régime normal de prestations et leur versait une prestation de retraite sous forme de montant forfaitaire égal à trois fois le taux hebdomadaire auquel ils auraient par ailleurs eu droit. Elle faisait perdre pour toujours à l'intimée le statut d'assurée sociale pour lui attribuer celui de pensionnée de l'État, même si elle est toujours en quête d'un nouveau travail. Sans égard à ses aptitudes et à sa situation personnelles, elle était stigmatisée comme faisant partie du groupe de ceux et celles qui ne font plus

who is 65 years of age or older cannot be retrained for the labour market.

The age ineligibility restriction was designed to prevent those over the age of 65 from receiving a "double" return of both pension and unemployment benefits, and to prevent abuses of the Act by persons intending to retire. These goals, taken at face value and considered in light of the Act's ultimate purpose of providing members of the active labour force with a measure of economic security while temporarily unemployed met the "objectives test". A further objective was to tailor benefits under the Act to fit in with the scheme of other social programs designed for people over the age of 65. It is fair to take into account the possibility that a group deprived of benefits under one Act may be receiving equal, or even greater, benefits under another. Nevertheless, it is doubtful that the objective of fitting the Act within the government's particular legislative scheme of social programs could, in itself, be sufficiently important to justify the infringement of a *Charter* right.

The law has not been carefully designed to achieve any of these objectives. Section 31 may not even have been rationally connected to these objectives and certainly did not meet the minimal impairment requirement. There was no evidence that those over age 65 abused the Act any more than those in other age groups or that this abuse was any more difficult to detect. The objective of preventing double payment of benefits could have been achieved by simply deducting pension receipts from unemployment benefits. The objective of fitting the Act within the legislative scheme was not furthered by denying benefits to individuals over 65 and that denial was not compensated for by the provisions of other Acts. There was no evidence that the government could not afford to extend benefits to those over 65 or even more significantly, that any of the other Acts attempted to address the problem of sixty-five-year-olds who must keep working because they receive an insufficient pension or no pension at all. Indeed, s. 31 denied unemployment benefits precisely to those who needed them most. Even allowing the government a healthy measure of flexibility, the complete denial of unemployment benefits is not an acceptable method of achieving

partie de la population active et véhiculait le stéréotype insidieux qui veut qu'une personne âgée de 65 ans et plus n'est plus réhabilitable sur le marché du travail.

^a La restriction touchant l'âge visait à empêcher que les personnes âgées de plus de 65 ans ne reçoivent une double indemnité en touchant à la fois une pension et des prestations d'assurance-chômage, et à éviter les abus de la part de ceux qui ont l'intention de prendre leur retraite. À première vue, et compte tenu de l'objet ultime de la Loi qui est d'assurer aux membres de la main-d'œuvre active une certaine sécurité économique en cas de chômage temporaire, ces objectifs répondent au «critère des objectifs». Un autre objectif est celui d'harmoniser les prestations versées en vertu de la Loi à l'ensemble des autres programmes sociaux conçus pour répondre aux besoins des personnes de plus de 65 ans. Il est juste de tenir compte de la possibilité qu'un groupe privé de prestations en vertu d'une loi reçoive des prestations égales, ou même supérieures, en vertu d'une autre loi. Néanmoins, ce n'est pas certain que l'objectif d'harmoniser la Loi avec le régime gouvernemental de programmes sociaux puisse, en soi, suffire à justifier l'atteinte à un droit reconnu par la *Charte*.

^e La loi n'a pas été soigneusement conçue pour atteindre l'un quelconque de ces objectifs. L'article 31 n'avait peut-être même pas de lien rationnel avec ces objectifs et ne respectait certainement pas l'exigence de l'atteinte minimale. Il n'y a aucune preuve démontrant que les personnes âgées de plus de 65 ans abusent davantage de la Loi que celles appartenant à d'autres groupes d'âge, ou encore que cet abus est plus difficile à détecter. L'objectif d'éviter le dédoublement des prestations aurait pu être atteint par la simple déduction des revenus de pension des prestations d'assurance-chômage. L'objectif d'harmoniser la Loi avec le régime législatif n'a pas été assuré par le refus de verser des prestations aux personnes âgées de plus de 65 ans et ce refus n'a pas été compensé par les dispositions d'autres lois. Aucune donnée n'a été mise en preuve démontrant que le gouvernement ne pouvait pas se permettre d'étendre les prestations aux plus de 65 ans ou, de façon encore plus significative, on n'a pas davantage démontré qu'une autre loi tentait de combler la lacune en visant le problème des personnes de 65 ans qui doivent continuer à travailler parce que leur pension est insuffisante ou qu'elles en sont totalement dépourvues. En réalité, l'art. 31 prive du bénéfice de l'assurance-chômage ceux qui en ont le plus besoin. Même si on reconnaît au gouvernement la possibilité de jouir d'une large souplesse, interdire complètement l'accès aux prestations d'assurance-chômage ne constitue pas une méthode acceptable pour atteindre l'un quelconque des objectifs du gouver-

any of the government objectives. All of them could easily be attained by less intrusive means.

Per L'Heureux-Dubé J.: The reasons of La Forest J. were agreed with subject to certain comments. In general, the mandate given to a board by the legislature will usually be the most salient factor in determining whether the tribunal has the power to decide questions under the *Charter*. The question of what "other factors" might be relevant to the determination of a tribunal's jurisdiction over subject matter, particularly in the absence of other related tribunals established under the same legislation which are permitted to interpret the *Charter*, should be left open. The legislation will not necessarily be determinative of the administrative tribunal's jurisdiction over the constitutional subject matter argued. Where the statute is silent or unclear, there are many "other factors" to be considered when determining whether the constitutional subject matter should properly be considered by an administrative tribunal.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; **considered:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **referred to:** *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1).

nement. Chacun d'eux peut facilement être atteint par des moyens moins envahissants.

Le juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord avec les motifs du juge La Forest sous réserve de certains commentaires. En général, le mandat confié à un organisme par le législateur sera ordinairement le facteur le plus important pour déterminer si le tribunal a le pouvoir de trancher des questions en vertu de la *Charte*. Il n'y a pas lieu de répondre à la question de savoir quels «autres facteurs» pourraient être pertinents pour déterminer la compétence d'un tribunal sur l'objet d'un litige, particulièrement en l'absence d'autres tribunaux connexes constitués en vertu de la même loi qui auraient compétence pour interpréter la *Charte*. La loi ne sera pas nécessairement concluante quant à la compétence d'un tribunal administratif sur la question constitutionnelle en litige. Lorsque le texte de loi est muet ou imprécis, il y a de nombreux «autres facteurs» dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer si la question constitutionnelle peut être examinée par un tribunal administratif.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

e Arrêts appliqués: *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; **arrêts examinés:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **arrêts mentionnés:** *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

h Arrêts mentionnés: *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), 24(1).
Code des droits de la personne (1981), L.O. 1981, ch. 53, art. 19(2).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(d).
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 19(2).
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(1).
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, a
 c. 48, ss. 17 (now R.S.C., 1985, c. U-1, s. 6), 18 (now
 s. 7), 24 (now s. 13), 31(1) (am. by S.C. 1974-75-76,
 c. 80, s. 10; S.C. 1976-77, c. 54, s. 39), (2), (4) (later
 s. 19(1), (2), (4), and since repealed S.C. 1990, c. 40,
 s. 13), 92(1) (am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158,
 s. 55), 96 (later s. 81), 98 (now s. 82).
Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576,
 ss. 57(2) (am. by SOR/86-58), 70(4) (am. by SOR/82-
 1046).

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72,
 ch. 48, art. 17 (maintenant L.R.C. (1985), ch. U-1,
 art. 6), 18 (maintenant art. 7), 24 (maintenant art. 13),
 31(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 80, art. 10; S.C.
 1976-77, ch. 54, art. 39), (2), (4) (plus tard art. 19(1),
 (2), (4), et abrogé depuis par L.C. 1990, ch. 40,
 art. 13), 92(1) (ajouté par S.C. 1980-81-82-83,
 ch. 158, art. 55), 96 (plus tard art. 81), 98 (maintenant
 art. 82).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10,
 art. 28(1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7,
 art. 52d).
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch.
 O-9.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228,
 art. 106(1).
Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576,
 art. 57(2) (mod. par DORS/86-58), 70(4) (mod. par
 DORS/82-1046).
 d

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry on Unemployment Insurance. *Report of the Commission of Inquiry on Unemployment Insurance*. By Claude E. Forget, et al. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.

“Equality Issues in Federal Law: a discussion paper.” Ottawa: Dept. of Justice, 1985.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1989] 2 F.C. 245, 88 N.R. 6, 53 D.L.R. (4th) 384, [1988] C.L.L.R. ¶ 14,050, 33 Admin. L.R. 244, 23 C.C.E.L. 103, 43 C.R.R. 320, quashing a decision of the board of referees. Appeal allowed.

Gaspard Côté, Q.C., and Carole Bureau, for the appellants.

Jean-Guy Ouellet and Gilbert Nadon, for the respondent.

George W. Adams, Q.C., and Ralph N. Nero, for the intervener Cuddy Chicks Limited.

Stephen T. Goudge, Q.C., and Christopher M. Dassios, for the intervener the Ontario Labour Relations Board.

Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur l'assurance-chômage. *Rapport de la commission d'enquête sur l'assurance-chômage*. Par Claude E. Forget et autres. Ottawa: Approvisionnements et Services Canada, 1986.
 e «Les droits à l'égalité et la législation fédérale: un document de travail.» Ottawa: Ministère de la Justice, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1989] 2 C.F. 245, 88 N.R. 6, 53 D.L.R. (4th) 384, [1988] C.L.L.R. ¶ 14,050, 33 Admin. L.R. 244, 23 C.C.E.L. 103, 43 C.R.R. 320, qui a annulé une décision du conseil arbitral. Pourvoi accueilli.

g Gaspard Côté, c.r., et Carole Bureau, pour les appellants.

Jean-Guy Ouellet et Gilbert Nadon, pour l'intimée.

i George W. Adams, c.r., et Ralph N. Nero, pour l'intervenante Cuddy Chicks Limited.

j Stephen T. Goudge, c.r., et Christopher M. Dassios, pour l'intervenante la Commission des relations de travail de l'Ontario.

Douglas J. Wray, for the intervener United Food and Commercial Workers International Union, Local 175.

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

LA FOREST J.—This appeal, the reasons for which are released concurrently with those in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, is concerned with the constitutional validity of s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (later R.S.C., 1985, c. U-1, s. 19, and since repealed, subsequently referred to as s. 31), under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 31 prohibited the dispensation of ordinary unemployment insurance benefits to applicants over the age of 65.

The appeal also raises the preliminary issue of whether the Board of Referees or an umpire established pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971* has jurisdiction to consider a challenge to the constitutional validity of a section of that Act, and the consequent jurisdiction of the Federal Court of Appeal.

Facts

The respondent, Marcelle Tétreault-Gadoury, became 65 on September 8, 1986. Shortly afterwards, on September 19, she lost her job as a co-ordinator with Association-locataires Villeray Inc., a position she had held for approximately six months at a weekly salary of \$301.60. Accordingly, on September 22, 1986, she filed an application for benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. But for her age, the respondent would have been entitled to receive benefits amounting to \$180 a week for a period of several weeks, pursuant to s. 24 of the Act.

On October 14, 1986, the Canada Employment and Immigration Commission ruled that, although the respondent met all the other conditions under the Act, she was no longer entitled to receive ordinary unemployment insurance benefits because of her age. All she was entitled to was the special lump sum retire-

Douglas J. Wray, pour l'intervenante l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175.

^a Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

^b LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi, dont les motifs sont déposés en même temps que ceux du pourvoi *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, vise à déterminer la validité constitutionnelle de l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (plus tard L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 19, maintenant abrogé, ci-après appelé l'art. 31), au regard du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 31 interdisait le versement de prestations ordinaires d'assurance-chômage aux requérants âgés de plus de 65 ans.

^c Le pourvoi soulève également la question préliminaire de savoir si le conseil arbitral ou un juge-arbitre constitué en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* a compétence pour examiner une contestation de la validité constitutionnelle d'un article de cette Loi, et, partant, celle de la compétence de la Cour d'appel fédérale.

Les faits

^g L'intimée Marcelle Tétreault-Gadoury a eu 65 ans le 8 septembre 1986. Peu après, le 19 septembre, elle perdait son emploi d'animatrice à l'Association-locataires Villeray Inc., emploi qu'elle avait occupé pendant environ six mois au salaire hebdomadaire de 301,60 \$. Le 22 septembre 1986, elle a donc déposé une demande de prestations conformément à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. N'eut été son âge, l'intimée aurait eu droit, aux termes de l'art. 24 de la Loi, de recevoir des prestations de 180 \$ par semaine, pendant plusieurs semaines.

^j Le 14 octobre 1986, la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada a décidé que même si l'intimée remplissait toutes les autres conditions établies par la Loi, elle n'était plus, en raison de son âge, admissible à recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires. Elle n'avait droit, en vertu de

ment benefit provided for under s. 31 of the Act, amounting to three weeks of benefits, or \$540.

l'art. 31 de la Loi, qu'au versement d'une somme forfaitaire à titre de prestation spéciale de retraite, équivalant à trois semaines de prestations, ou 540 \$.

The respondent appealed the Commission's decision to a Board of Referees on the ground that s. 31 of the Act was inconsistent with the *Charter*. At the hearing, the respondent stated that since turning 65 all she had been receiving was \$481 a month in pension payments, and that she was actively looking for work. She also entered into evidence several documents in support of her *Charter* argument, including minutes of a subcommittee of the House of Commons dealing with mandatory retirement, extracts from the report of the Forget Commission of Inquiry on Unemployment Insurance, and a working paper entitled "Equality Issues in Federal Law" published by the Department of Justice. The Board of Referees upheld the Commission's decision, without rendering an opinion on the constitutional question.

L'intimée, soutenant que l'art. 31 de la Loi était incompatible avec la *Charte*, a interjeté appel de la décision de la Commission devant un conseil arbitral. À l'audience, l'intimée a déclaré que depuis l'âge de

b À l'audience, l'avocate a déclaré que depuis l'âge de 65 ans, elle recevait uniquement une pension mensuelle de 481 \$ et qu'elle cherchait activement du travail. Pour étayer sa position relativement à la *Charte*, elle a également indiqué qu'en plus de la pension

elle a également mis en preuve plusieurs documents, dont des procès-verbaux d'un sous-comité de la Chambre des communes portant sur la retraite obligatoire, des extraits du rapport de la Commission d'enquête Forget sur l'assurance-chômage ainsi qu'un document de travail intitulé « Les droits à l'égalité et

d document de travail intitulé «Les droits à l'égale et la législation fédérale», publié par le ministère de la Justice. Le conseil arbitral a confirmé la décision de la Commission sans se prononcer sur la question constitutionnelle.

Rather than appealing to an umpire, as permitted by the Act, the respondent elected to challenge the Board's decision directly in the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. The Court of Appeal ruled in favour of the respondent, finding that s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated s. 15 of the *Charter*, and that the Board of Referees had erred in failing to consider the respondent's *Charter* arguments.

Plutôt que d'interjeter appel devant un juge-arbitre, comme la Loi l'y autorise, l'intimée a choisi d'attaquer la décision du conseil directement en Cour d'appel fédérale en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10. La Cour d'appel a statué en faveur de l'intimée, estimant que l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait l'art. 15 de la *Charte* et que le conseil arbitral avait commis une erreur en ne considérant pas les arguments d'ordre constitutionnel que l'intimée lui avait soumis.

Since the decision of the Court of Appeal ([1989] 2 F.C. 245) was rendered on September 23, 1988, s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* has been repealed retroactive to that date: S.C. 1990, c. 40, s. 13. The outcome of this appeal remains significant, however, since the situation of the respondent and those like her, who turned 65 prior to September 23, 1988, has not been affected by the change in legislation.

^h Après l'arrêt de la Cour d'appel ([1989] 2 C.F. 245) rendu le 23 septembre 1988, l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* a été abrogé rétroactivement à cette date: S.C. 1990, ch. 40, art. 13. Le résultat du présent pourvoi n'en demeure pas moins important puisque le changement apporté à la Loi n'a pas modifié la situation de l'intimée et de ceux qui, comme elle, ont atteint l'âge de 65 ans avant le 23 septembre 1988.

The Employment and Immigration Commission appeals from the decision of the Court of Appeal.

La Commission de l'emploi et de l'immigration se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel.

Jurisdiction of the Board of Referees

Before proceeding to the substantive issue in this appeal, one must address the preliminary question of whether the Board of Referees established pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971* has jurisdiction to consider the constitutional validity of a section of that Act.

The power of an administrative tribunal to decide questions involving the *Charter* was recently examined by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and it is also addressed in *Cuddy Chicks, supra*, the companion case to this appeal. In both these cases, the Court held that an administrative body, which by virtue of its legislative mandate has expressly been given the power to interpret or apply any law necessary to reaching its findings, has the power to apply the *Charter* to determine that a particular provision of an Act is without force or effect. I do not propose to repeat the analysis that led to this conclusion here.

In this case, for the first time, the Court is faced with the question whether an administrative tribunal that has not expressly been provided with the power to consider all relevant law may, nonetheless, apply the *Charter*. I should point out, however, that like *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, this case does not involve the application of s. 24(1) of the *Charter* and the consequent need for a determination of whether the tribunal is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of that section. In particular, the respondent does not seek a formal declaration of the invalidity of s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* or, for that matter, any remedy that would require the invocation of s. 24(1). All she is asking is that the Board of Referees disregard s. 31 when calculating the benefits that would otherwise be due her under the Act. This distinction was properly recognized by Lacombe J. of the Federal Court of Appeal, *supra*, at pp. 254-55, who noted that in the present case it is s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that is being relied upon by the respondent, rather than s. 24(1) of the *Charter*.

Compétence du conseil arbitral

Avant d'aborder la question de fond soulevée dans *a* le présent pourvoi, il importe de trancher la question préliminaire de la compétence du conseil arbitral, établi sous le régime de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, d'examiner la validité constitutionnelle d'un article de cette loi.

b

Notre Cour a récemment examiné dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, ainsi que dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, qui fait pendant au présent pourvoi, le pouvoir que possède un tribunal administratif de statuer sur des questions portant sur la *Charte*. Dans ces deux arrêts, la Cour a conclu qu'un organisme administratif expressément doté, aux termes de son mandat législatif, du pouvoir d'interpréter ou d'appliquer toutes les lois nécessaires pour rendre une décision, possède le pouvoir d'appliquer la *Charte* pour déclarer inopérante une disposition particulière d'une loi. Je n'ai pas l'intention de reprendre ici l'analyse ayant mené à cette conclusion.

f La Cour est saisie, pour la première fois, en l'espèce, de la question de savoir si un tribunal administratif, auquel n'a pas été conféré expressément le pouvoir d'examiner toutes les lois pertinentes, peut néanmoins appliquer la *Charte*. Soulignons, toutefois, qu'à l'instar des arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, le présent pourvoi ne porte pas sur l'application du par. 24(1) de la *Charte* et n'exige donc pas que soit tranchée la question de savoir s'il s'agit d'un «tribunal compétent» au sens de ce paragraphe. Plus précisément, l'intimée ne demande pas une déclaration formelle d'invalidité de l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* ni, d'ailleurs, une réparation qui procéderait du par. 24(1). Elle demande simplement que le conseil arbitral fasse abstraction de l'art. 31 dans le calcul des prestations qui lui seraient normalement versées en vertu de la Loi. Cette distinction a été reconnue à juste titre par le juge Lacombe de la Cour d'appel fédérale, précité, qui a souligné, aux pp. 254 et 255, que c'est le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que l'intimée invoque en l'espèce, et non le par. 24(1) de la *Charte*.

j

For convenience, I set forth the text of s. 52(1):

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

As I have stressed in both *Douglas College* and *Cuddy Chicks, supra*, s. 52(1) does not, in itself, confer the power to an administrative tribunal to find a legislative provision to be inconsistent with the *Charter*. Rather, the inquiry must begin with an examination of the mandate given to the particular tribunal by the legislature.

Whereas in *Cuddy Chicks*, the Ontario Labour Relations Board was expressly empowered under s. 106(1) of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, "to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it . . .", the Board of Referees is given no such explicit authority in this case. The express mandate given to a particular tribunal by the legislature will normally be the most important factor in determining whether the tribunal has the power to find a legislative provision to be inconsistent with the *Charter*. Because an administrative tribunal is a creature of the state, it follows that the state should, unless otherwise prohibited, have power to confer upon a tribunal the authority to consider *Charter* issues and, equally, to restrict the tribunal from considering such issues. Therefore, where the legislature has already spoken definitively on the question, that will normally be the end of the inquiry. Where it has not, it will be necessary to examine other factors as well.

In the instant case, although the *Unemployment Insurance Act*, 1971 does not specifically address the issue whether the Board of Referees has jurisdiction to consider all relevant law, such jurisdiction is expressly conferred upon the umpire, to whom an appeal from the Board of Referees may be made. Section 96 of the Act (later s. 81), in relevant part, provides that:

96. An umpire may decide any question of law or fact that is necessary for the disposition of any appeal . . . and may dismiss the appeal, give the decision that the board of referees should have given . . . confirm, rescind

Pour plus de commodité, je reproduis le texte du par. 52(1):

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

Comme je l'ai souligné dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités, le par. 52(1) ne confère pas en soi à un tribunal administratif le pouvoir de déclarer qu'une disposition législative est incompatible avec la *Charte*. Il faut plutôt commencer par examiner le mandat que le législateur a donné à ce tribunal.

Alors que dans l'affaire *Cuddy Chicks* la Commission des relations de travail de l'Ontario était expressément habilitée, en vertu du par. 106(1) de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, à «trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise», le conseil arbitral n'est pas explicitement investi d'un tel pouvoir en l'espèce. Normalement, c'est le mandat que le législateur a confié de façon expresse à un tribunal donné qui sera le facteur le plus important pour déterminer si ce tribunal possède le pouvoir de déclarer une disposition incompatible avec la *Charte*. Un tribunal administratif étant une créature de l'État, il s'ensuit que l'État, sauf s'il en est autrement empêché, devrait avoir le pouvoir de lui conférer l'autorité d'examiner des questions relatives à la *Charte* et, de la même façon, celui de l'empêcher d'examiner de telles questions. Par conséquent, lorsque le législateur s'est déjà exprimé formellement sur la question, là se terminera habituellement l'examen. S'il ne l'a pas fait, il faudra aussi examiner d'autres facteurs.

En l'espèce, bien que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* ne contienne aucune disposition spécifique quant à la compétence du conseil arbitral d'examiner toute loi pertinente, cette compétence est expressément conférée au juge-arbitre, devant qui l'appel peut être interjeté d'une décision du conseil arbitral. La partie applicable de l'art. 96 de la Loi (plus tard l'art. 81) dispose:

96. Le juge-arbitre peut trancher toute question de droit ou de fait pour statuer sur un appel interjeté [...] il peut rejeter l'appel, rendre la décision que le conseil arbitral aurait dû rendre [...] confirmer, infirmer ou

or vary the decision of the board of referees in whole or in part. [Emphasis added.]

Further, as Lacombe J. pointed out, s. 70(4) of the *Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, as am. by SOR/82-1046, which dates from November 26, 1982, specifically contemplates the possibility of an umpire's finding a provision of the Act or regulations unconstitutional: see [1989] 2 F.C. 245, at p. 259. That provision reads:

70....

(4) Where, in respect of a claim for benefit, an umpire has declared a provision of the Act or these Regulations to be ultra vires and an application is made by the Commission in accordance with the *Federal Court Act* to review the decision of the umpire, benefits are not payable in respect of any claim for benefit made subsequent to the decision of the umpire until the final determination of the claim under review, where the benefit would not otherwise be payable in respect of any such subsequent claim if the provision had not been declared ultra vires.

Taken together, these two provisions provide a strong indication that the legislature intended that the umpire have power to find provisions of the Act or its accompanying regulations inconsistent with the *Charter*. It is significant that the umpire has been expressly provided with this power, while the Board of Referees has not.

The maxim *expressio unius est exclusio alterius*, like all general principles of statutory interpretation, must be applied with caution. However, the power to interpret law is not one which the legislature has conferred lightly upon administrative tribunals, and with good reason. Although curial deference will not be extended to an administrative tribunal's holding on a *Charter* issue, such deference is generally applied to the interpretation of a statute within the tribunal's area of expertise, when the tribunal has been given the power to interpret law. It is unlikely, therefore, that the failure to provide the Board of Referees with a power similar to that given to the umpire was merely a legislative oversight.

It does not necessarily follow, however, that the Board of Referees is without the practical capability

modifier totalement ou partiellement la décision du conseil arbitral. [Je souligne.]

De plus, comme le souligne le juge Lacombe, le a par. 70(4) du *Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., ch. 1576, modifié par DORS/82-1046, qui date du 26 novembre 1982, prévoit spécifiquement la possibilité qu'un juge-arbitre déclare inconstitutionnelle une disposition de la Loi ou du Règlement: voir b [1989] 2 C.F. 245, à la p. 259. En voici la teneur:

70....

(4) Lorsque, dans le cas d'une demande de prestations, le juge-arbitre déclare *ultra vires* une disposition de la Loi ou du présent règlement, et que la Commission demande une révision de la décision du juge-arbitre, conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*, il n'est versé, tant qu'une décision finale n'a pas été rendue à ce sujet, aucune prestation à l'égard des autres demandes d de prestations présentées après la décision du juge-arbitre et qui, si ce n'était de cette décision, ne donneraient pas lieu au versement de prestations.

e Le rapprochement de ces deux dispositions incline fortement à penser que le législateur voulait que le juge-arbitre ait le pouvoir de déclarer contraires à la Charte des dispositions de la Loi ou de son règlement d'application. Il est significatif que ce pouvoir ait été expressément conféré au juge-arbitre, mais non au conseil arbitral.

À l'instar de tous les principes généraux d'interprétation législative, la maxime *expressio unius est exclusio alterius* doit être appliquée avec prudence. Toutefois, et à juste titre, le pouvoir d'interpréter la loi n'est pas de ceux que le législateur a conféré à la légère aux tribunaux administratifs. Bien que le principe de retenue judiciaire ne s'applique pas à la conclusion d'un tribunal administratif sur une question relative à la Charte, cette retenue joue généralement quant à l'interprétation d'un texte législatif relevant du champ d'expertise du tribunal lorsque ce dernier a été investi du pouvoir d'interpréter la loi. Il est par conséquent improbable que le fait que le conseil arbitral ne jouisse pas d'un pouvoir semblable à celui du juge-arbitre résulte d'un simple oubli.

j Il ne s'ensuit pas forcément, toutefois, que le conseil arbitral soit dans l'incapacité pratique de se pro-

to deal with *Charter* issues. The Court of Appeal concluded that there was no practical reason for precluding the Board of Referees from resolving the constitutional issue. The administrative scheme set up under the *Unemployment Insurance Act, 1971* is comprised of administrative bodies that cover a broad range of the judicial spectrum. At one end of this spectrum is the Employment and Immigration Commission, which is charged under the Act with, among other things, making all the initial determinations regarding an insured's eligibility, monetary entitlement, benefit period and compliance with the provisions of the Act. To ask the Commission to consider constitutional challenges as well would undoubtedly impede the important process of getting unemployment insurance payments out to the individual applicants as quickly as possible and would frustrate the very purpose of the Act. The careful consideration essential to undertaking an adequate assessment of the constitutional issue is fundamentally at odds with the speedy procedure required to allow the Commission to fulfill the functions it was designed to perform.

At the opposite end of the spectrum is the umpire. Section 92(1) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 55), provides that umpires are to be appointed from among the judges of the Federal Court. The extensive legal training and experience required of a Federal Court judge ensures that the litigant will receive a capable determination of the constitutional issue. Such a determination would clearly not fall outside the judge's normal area of expertise and, since the umpire is already expected to hear appeals on all relevant questions of law, would not delay the proceedings to an unacceptable degree.

Falling somewhere in between these two bodies is the Board of Referees. In comparing the practical operation of the boards of referees with that of the umpires, the Court of Appeal stated, at p. 258, that "[t]hese judicial or quasi-judicial bodies are similar in institutional and functional terms, though there may be differences between them in the exercise of their jurisdiction".

While this assessment of the comparative expertise or practical capability of the Board may well be cor-

noncer sur des questions relatives à la *Charte*. La Cour d'appel a conclu qu'aucune raison pratique n'empêchait le conseil arbitral de résoudre la question constitutionnelle. Le régime administratif qu'établit la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* se compose d'organismes administratifs couvrant une grande étendue de l'éventail judiciaire. À l'une des extrémités se trouve la Commission de l'emploi et de l'immigration, chargée entre autres de rendre toutes les décisions initiales concernant l'admissibilité de l'assuré, le montant auquel il a droit, la période de prestations et le respect des dispositions de la Loi. Demander en plus à la Commission d'entendre les contestations d'ordre constitutionnel entraverait sans nul doute l'important processus visant à assurer le versement aussi rapide que possible des prestations aux requérants et contreviendrait à l'objet même de la Loi. L'examen attentif que requiert l'analyse de questions constitutionnelles est fondamentalement aux antipodes de la procédure expéditive que doit suivre la Commission afin de remplir les fonctions pour lesquelles elle a été conçue.

e

À l'extrême opposée on trouve le juge-arbitre. En vertu du par. 92(1) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 55), les juges-arbitres sont nommés parmi les juges de la Cour fédérale. La formation et l'expérience juridiques approfondies exigées des juges de cette cour sont, pour le justiciable, le gage que la question constitutionnelle sera tranchée avec compétence. Il est clair que la décision sur une telle question n'excédera pas le champ normal d'expertise du juge et, puisque le juge-arbitre est déjà censé entendre les appels sur toute question de droit pertinente, cela ne retardera pas indûment les procédures.

h

Quelque part entre ces deux extrémités se trouve le conseil arbitral. Comparant le fonctionnement concret du conseil arbitral à celui des juges-arbitres, la Cour d'appel a déclaré, à la p. 258, qu'"[a]u point de vue institutionnel et fonctionnel, ce sont des organismes judiciaires ou quasi judiciaires de facture similaire, bien qu'il y ait entre eux des variantes quant à l'exercice de leur juridiction».

j

Bien que cette appréciation comparative de l'expertise et des capacités pratiques du conseil puisse

rect, it cannot outweigh the intention expressed by the legislature to give the power to interpret law to the umpire and not the Board of Referees. In other words, I find that, notwithstanding the practical capability of the Board of Referees, the particular scheme set up by the legislature in the *Unemployment Insurance Act, 1971* contemplates that the constitutional question should more appropriately have been presented to the umpire, on appeal, rather than to the Board itself.

Applying the test set forth in *Douglas College* and *Cuddy Chicks*, I find that, while the Board of Referees had jurisdiction over the parties in this case, it did not have jurisdiction over the subject matter and the remedy. The subject matter before the Board concerned not simply the determination of the respondent's eligibility for benefits, but also the determination of whether s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* violated s. 15 of the *Charter*. Similarly, the remedy would have required the Board to disregard s. 31 when awarding the respondent benefits, assuming it found s. 31 to be inconsistent with the *Charter*. As I indicated above, under the legislative scheme described in the Act, such a determination rested within the jurisdiction of the umpire, not the Board of Referees.

Practical Advantages

In *Douglas College* and *Cuddy Chicks, supra*, I recognized that there are many advantages, from a practical perspective, associated with allowing administrative tribunals to decide constitutional questions. It is important to note that many of these practical advantages are preserved in the present case, even though jurisdiction to decide *Charter* questions does not rest with the Board. Foremost amongst these considerations is the fact that the *Unemployment Insurance Act, 1971* allows for the possibility of appeal to an umpire who does possess such jurisdiction. This is of considerable importance in that it provides an applicant with the option of pursuing an avenue outside the regular court process. As I indicated in *Douglas College, supra*, at p. 604, one of the major advantages in allowing a party to challenge the constitutionality of a statute before an administrative body is the relative accessibility such bodies provide

être juste, elle ne peut supplanter l'intention expresse du législateur de conférer le pouvoir d'interpréter la loi au juge-arbitre et non au conseil arbitral. En d'autres termes, j'estime qu'en dépit de la capacité pratique du conseil arbitral, il découle de l'économie de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* qu'il convient davantage de présenter la question constitutionnelle au juge-arbitre, en appel, plutôt qu'au conseil lui-même.

Appliquant le critère énoncé dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, j'estime que, tout en ayant compétence sur les parties en l'espèce, le conseil arbitral n'avait pas compétence quant au fond du litige et à la réparation demandée. La question dont le conseil était saisi ne consistait pas simplement à déterminer l'admissibilité de l'intimée aux prestations, mais aussi à déterminer si l'ancien art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait l'art. 15 de la *Charte*. De même, la réparation demandée aurait exigé que le conseil fasse abstraction de l'art. 31 pour accorder des prestations à l'intimée, en supposant qu'il ait jugé cet article incompatible avec la *Charte*. Or, comme je l'ai indiqué précédemment, une telle décision relève, d'après l'économie de la Loi, de la compétence du juge-arbitre, et non de celle du conseil arbitral.

Avantages pratiques

Dans les arrêts *Douglas College* et *Cuddy Chicks*, précités, j'ai reconnu qu'il y a de nombreux avantages, d'un point de vue pratique, à permettre aux tribunaux administratifs de statuer sur des questions constitutionnelles. Il importe de souligner que plusieurs de ces avantages sont préservés en l'espèce, même si la compétence de trancher les litiges relatifs à la *Charte* ne ressortit pas au conseil. Le plus important est que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* prévoit la possibilité d'un appel devant un juge-arbitre possédant cette compétence. Cette possibilité revêt une importance considérable en ce qu'elle donne au requérant un recours autre que le processus judiciaire normal. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Douglas College*, précité, à la p. 604, l'un des principaux avantages que présente la contestation de la constitutionnalité d'une loi devant un organisme administratif est l'accessibilité relative de ces orga-

in comparison with the regular court system. As Lacombe J. notes, *supra*, at p. 258:

So long as the procedure in such [administrative] tribunals presents no obstacle to their doing so, litigants should be able to assert the rights secured by the Charter in the natural forum to which they can apply.... These are speedy, inexpensive and readily accessible proceedings, which should be within the immediate reach of the persons for whom they were enacted.

However, where, as here, the legislature has provided the litigant with the possibility of an administrative appeal before a body which has the power to consider the constitutional arguments, the need for a determination of the constitutional issue by the tribunal of original jurisdiction is clearly not as great. In such a situation, the advantages of dealing with the constitutional question within the administrative process are still preserved for the litigant.

In addition, another major advantage of having *Charter* issues addressed at the administrative level, that specialized expertise may be brought to bear on the issue, is maintained. The umpire will possess a certain insight, based upon broad experience with respect to the legislative scheme, that will render his or her contribution to the determination of the constitutional question a valuable one. Furthermore, the nature of the administrative process will not be compromised by the umpire's assumption of jurisdiction over *Charter* issues. In *Douglas College*, I alluded to the fact that there are some situations where giving the tribunal the power to consider constitutional argument would interfere with the relatively low-cost, specialized form of justice the tribunal is designed to give. The sheer volume of cases that some administrative bodies are required to hear would render the determination of constitutional issues highly impractical, if not impossible. The Employment and Immigration Commission is an example of such a body. On the other hand, a tribunal at a higher level of the administrative scheme whose functions can be described as being more adjudicative in nature—that is, which frequently resolves questions of law or fact in accordance with legislative rules or regulations—is likely to be in a better position both to

nismes comparativement au système judiciaire normal. Comme le dit le juge Lacombe, précité, à la p. 258:

- a* Dans la mesure où la procédure devant ces instances [administratives] ne s'y oppose pas, il devrait être loisible aux justiciables d'invoquer les droits garantis par la Charte devant le forum naturel où ils peuvent s'adresser [...] Il s'agit là de procédures expéditives, peu coûteuses et d'accès facile qui devraient être à la portée immédiate des personnes en faveur de qui elles ont été édictees.

Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, le législateur a donné au justiciable la possibilité d'interjeter appel devant un organisme administratif investi du pouvoir de prendre en considération des arguments d'ordre constitutionnel, le besoin de faire trancher la question constitutionnelle par le tribunal de premier ressort n'est manifestement pas aussi grand. En pareil cas en effet, les justiciables jouissent toujours des avantages que présente l'examen de la question constitutionnelle à l'intérieur du processus administratif.

- c* Est également préservé un autre avantage majeur qu'offre l'examen de questions relatives à la *Charte* au niveau administratif, à savoir, celui de pouvoir compter sur l'expertise du tribunal. Grâce à sa vaste expérience de l'économie de la loi, le juge-arbitre apportera un éclairage qui rendra précieuse sa contribution à la décision sur la question constitutionnelle. En outre, cette prise en charge par le juge-arbitre de la compétence sur les questions portant sur la *Charte* ne compromettra pas la nature du processus administratif. Dans l'arrêt *Douglas College*, j'ai évoqué le fait que, dans certaines situations, l'attribution du pouvoir de prendre en considération des arguments constitutionnels constituerait une entrave à la justice spécialisée, relativement peu onéreuse, que le tribunal est censé rendre. En raison simplement du nombre considérable d'affaires que certains organismes administratifs doivent entendre, il serait en effet hautement irréaliste, sinon impossible de s'attendre à ce qu'ils puissent se prononcer sur des questions constitutionnelles. La Commission de l'emploi et de l'immigration en est un exemple. Par contre, il est probable qu'un tribunal situé à un niveau plus élevé de la hiérarchie administrative, dont les fonctions seraient davantage de nature juridictionnelle—c'est-à-dire un tribunal fréquemment appelé à résoudre des questions
- e*
- f*
- g*
- h*
- i*

receive argument on, and to resolve constitutional questions than a tribunal which is engaged primarily in fact finding. The umpire fits within this latter type of tribunal.

Jurisdiction of the Federal Court of Appeal

The appellant raises a subsidiary issue as to whether the Federal Court of Appeal was entitled to consider the constitutional question, if the Board of Referees did not have jurisdiction over it. As I indicated at the outset of this judgment, the present case came to the Federal Court of Appeal by virtue of s. 28(1) of the *Federal Court Act*, without the benefit of a ruling by the umpire. Section 28(1)(a) allows for the possibility of a direct application being made to the Court of Appeal to set aside the decision of a federal board on the ground that the board refused to exercise its jurisdiction.

Had the respondent first appealed the decision of the Board of Referees to an umpire, and then to the Federal Court of Appeal, the umpire would have had jurisdiction to determine the constitutional issue. The respondent, however, chose to bypass the umpire and get a ruling from the Federal Court of Appeal directly.

At the time the respondent raised her constitutional challenge before the Board of Referees, the jurisdiction of the Board to entertain such a challenge presented an unsettled legal question. The temptation to raise this unresolved jurisdictional question before the Court of Appeal directly was understandable. However, one cannot overlook the special nature of the Federal Court of Appeal's powers of review under s. 28 of the *Federal Court Act*. The powers of the Federal Court of Appeal under that section are limited to overseeing and controlling the legality of decisions of administrative bodies and to referring matters back to those bodies for redetermination, with directions when appropriate; see *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(d); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233, per Marceau J., at p. 247. I am therefore of the view that, while the jurisdictional question was legitimately before the Court of Appeal, the court had no jurisdic-

de droit ou de fait conformément à des règles législatives ou des règlements—serait mieux en mesure de recevoir des arguments et de trancher des questions constitutionnelles qu'un tribunal appelé avant tout à constater des faits. C'est à ce type de tribunal que correspond le juge-arbitre.

Compétence de la Cour d'appel fédérale

L'appelante soulève une question subsidiaire, savoir si la Cour d'appel fédérale pouvait examiner la question constitutionnelle dans l'hypothèse où le conseil arbitral n'avait pas lui-même compétence à cet égard. Comme je l'ai indiqué au début de mes motifs, la présente espèce a été soumise à la Cour d'appel fédérale en vertu du par. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, sans passer par le juge-arbitre. L'alinéa 28(1)a) prévoit la possibilité de demander directement à la Cour d'appel l'annulation de la décision d'un office fédéral au motif que celui-ci a refusé d'exercer sa compétence.

Si l'intimée avait d'abord interjeté appel contre la décision du conseil arbitral auprès d'un juge-arbitre et, ensuite, à la Cour d'appel fédérale, le juge-arbitre aurait eu compétence pour trancher la question constitutionnelle. Cependant, l'intimée a choisi de passer outre au juge-arbitre et d'en appeler directement à la Cour d'appel fédérale.

Au moment où l'intimée a soulevé la question constitutionnelle devant le conseil arbitral, la question de la compétence du conseil d'entendre une contestation de ce genre n'était pas réglée. Il est donc compréhensible qu'elle ait été tentée de soulever cette question directement à la Cour d'appel. Il ne faut toutefois pas oublier la nature spéciale des pouvoirs de révision conférés à la Cour d'appel fédérale par l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ces pouvoirs se limitent à surveiller et à contrôler la légalité des décisions des organismes administratifs et à leur demander de reconsiderer l'affaire en leur donnant, le cas échéant, les directives appropriées; voir *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, al. 52d); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233, le juge Marceau, à la p. 247. Je suis donc d'avis que, bien que la question de la compétence ait été légitimement soumise à la Cour d'appel, celle-ci n'avait pas compétence pour

tion to make a final determination of the constitutional question.

I conclude that this Court should allow the appeal, solely on the narrow procedural grounds advanced by the appellant. The respondent may, however, appeal to the umpire under s. 98 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* (now s. 82). Any difficulty that may arise out of the time limit set forth in that section may be cured by the umpire in the exercise of the discretion there given to him. This is a case, however, that should be dealt with as economically and expeditiously as possible by all concerned. Under these circumstances, and especially considering that both parties have fully argued the constitutional point both before the Court of Appeal and this Court, it would seem appropriate for the Court to address the substantive issue here. I, therefore, propose to deal with that issue, namely, whether the former s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is inconsistent with s. 15 of the *Charter*.

Does s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* Violate s. 15 of the *Charter*?

At this point, it will be helpful to set forth the relevant provisions of s. 31:

31. (1) Notwithstanding section 19, a benefit period shall not be established for a claimant if at the time he makes an initial claim for benefit he is sixty-five years of age or over.

(2) An insured person who makes a claim for benefit and proves that he

(a) is sixty-five years of age or over,

(b) has had twenty or more weeks of insurable employment

(i) in the fifty-two week period immediately preceding the week in which he makes the claim, or

(ii) in the period between the commencement date of his last benefit period and the week in which he makes the claim,

whichever period is the shorter, and

trancher de façon définitive la question constitutionnelle.

Je conclus que notre Cour devrait accueillir le pourvoi, seulement quant aux moyens procéduraux étroits présentés par l'appelante. L'intimée peut cependant interjeter appel auprès du juge-arbitre en vertu de l'art. 98 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* (maintenant l'art. 82). Le juge-arbitre peut remédier à toute difficulté qui pourrait découler du délai fixé à cet article en exerçant le pouvoir discrétionnaire qui y est prévu. Il s'agit toutefois en l'espèce d'une affaire que tous les intéressés devraient traiter de façon aussi économique et rapide que possible. Dans ces circonstances, et particulièrement compte tenu du fait que les deux parties ont débattu à fond la question de la constitutionnalité tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, il semble approprié que la Cour examine la question de fond en l'espèce. Je propose donc d'étudier cette question, c'est-à-dire, celle de savoir si l'ancien art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*.

L'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* viole-t-il l'art. 15 de la *Charte*?

À ce stade-ci, il convient de reproduire les dispositions pertinentes de l'art. 31:

31. (1) Nonobstant l'article 19, une période de prestations n'est pas établie au profit d'un prestataire si, au moment où il formule une demande initiale de prestations, il est âgé de soixante-cinq ans ou plus.

(2) Un assuré qui présente une demande de prestations et qui prouve

(a) qu'il est âgé d'au moins soixante-cinq ans,

(b) qu'il a exercé un emploi assurable pendant au moins vingt semaines

(i) pendant la période de cinquante-deux semaines qui précède la semaine où il présente sa demande, ou

(ii) pendant la période comprise entre le début de sa dernière période de prestations et la semaine où il présente sa demande, si cette dernière est plus courte, et

(c) has not previously been paid an amount under this subsection as it now reads or as it read before January 1, 1976,

shall, subject to sections 48 and 49, be paid an amount equal to three times the weekly rate of benefit provided under section 24.

b (4) Any benefit period established for a claimant under this Part, if not earlier terminated under this Part, terminates at the end of the week in which he attains the age of sixty-five years. [Emphasis added.]

As can be seen, the effect of s. 31 was to remove applicants of age 65 or older from the normal benefit plan, and, provided they met the requirements, to provide them with a single, lump-sum retirement benefit in the amount of three times the weekly rate to which they would otherwise be entitled.

The Court of Appeal unanimously held that this provision violated s. 15(1) of the *Charter*, which states:

f 15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

There can be little doubt, after this Court's decisions in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, that s. 31 of the Act contravenes s. 15(1).

In *Andrews, supra*, a case which challenged the citizenship requirement for entry into the legal profession in British Columbia, this Court had occasion to address the meaning of the term "discrimination" as employed in s. 15(1). McIntyre J. (dissenting, but on this issue stating the opinion of the Court) stated, at pp. 174-75, that:

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group,

c) qu'il n'a pas déjà perçu une somme en vertu du présent paragraphe (version actuelle ou antérieure au 1^{er} janvier 1976),

a doit recevoir, sous réserve des articles 48 et 49, un montant égal à trois fois le taux des prestations hebdomadaires applicable en vertu de l'article 24.

b (4) Une période de prestations établie au profit d'un prestataire en vertu de la présente Partie se termine à la fin de la semaine où il atteint l'âge de soixante-cinq ans, ou à une date antérieure si la présente Partie le prévoit. [Je souligne.]

c Comme on le voit, l'art. 31 avait pour effet d'exclure les requérants âgés de 65 ans ou plus du régime normal de prestations et de leur verser, à condition qu'ils satisfassent aux exigences, une prestation de retraite sous forme de montant forfaitaire égal à trois fois le taux hebdomadaire auquel ils auraient par ailleurs droit.

e La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que cette disposition violait le par. 15(1) de la *Charte*, lequel dispose:

f 15. (1) La loi ne fait acceptation de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

g Il ne saurait faire de doute, après les arrêts de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, que l'art. 31 de la Loi contrevient au par. 15(1).

i Dans l'arrêt *Andrews*, précité, où était contestée l'obligation d'être citoyen pour être admis à l'exercice de la profession juridique en Colombie-Britannique, notre Cour a eu l'occasion de se pencher sur le sens du mot «discrimination» utilisé au par. 15(1). Le juge McIntyre (dissident, mais exprimant l'opinion de la Cour sur ce point) a dit, aux pp. 174 et 175 que:

j ... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu

which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities. . . . Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

The approach taken in *Andrews* was followed by this Court in *McKinney, supra*, where it was held that, assuming university policies constituted government action, mandatory retirement of university faculty members would violate s. 15(1). Although the Court in *McKinney* ultimately upheld these policies, it was on the basis that the universities were not government actors and, more important for present purposes, that in the closed environment of a university, mandatory retirement could be justified under s. 1 of the *Charter*. There can be no doubt that if mandatory retirement provisions violate s. 15(1), then the denial of unemployment benefits to those over age 65 must violate s. 15(1) as well, and justification, if any, must be found under s. 1 of the *Charter*. Both policies make a distinction based upon the same "personal characteristic" attributed to an individual simply because he belongs to the same group of people—namely, that because the individual is over the age of 65, he no longer forms part of the active working population. On this point, I would adopt the language of Lacombe J., *supra*, at p. 268:

La démarche adoptée dans l'arrêt *Andrews* a été suivie par notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, précité, où il a été statué que, dans l'hypothèse où les politiques universitaires constituerait une action gouvernementale, la retraite obligatoire imposée aux professeurs de l'Université violerait le par. 15(1). Bien que la Cour dans *McKinney* ait finalement confirmé la validité de ces politiques, elle l'a fait au motif que les universités n'étaient pas des intervenants gouvernementaux et, plus important encore pour les fins de la présente espèce, que dans le cadre fermé d'une université, la mise à la retraite obligatoire pourrait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que si les dispositions sur la retraite obligatoire violent le par. 15(1), le refus de verser des prestations d'assurance-chômage aux personnes âgées de plus de 65 ans viole aussi assurément ce paragraphe, la justification de ce refus devant, le cas échéant, être démontrée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les deux politiques établissent une distinction fondée sur la même «caractéristique personnelle» attribuée à un individu du simple fait qu'il appartient au même groupe de personnes, savoir qu'ayant passé l'âge de 65 ans, il ne fait plus partie de la population active. Sur ce point, je ferais mien le passage suivant du juge Lacombe, précité, à la p. 268:

The most harmful and singular aspect of section 31 of the Act is that it permanently deprives the applicant, and any other person of her age, of the status of a socially insured person by making her a pensioner of the state, even if she is still looking for a new job. Regardless of her personal skills and situation, she is as it were stigmatized as belonging to the group of persons who are no longer part of the active population. . . . section 31 in its present form perpetuates the same insidious stereotype applied when it was adopted in the *Unemployment Insurance Act, 1971*, namely that a person who is 65 years or older and has been unfortunate enough to lose

L'aspect le plus néfaste et dérogatoire de l'article 31 de la Loi est de faire perdre pour toujours à la requérante, et à toute autre personne de son âge, le statut d'assurée sociale pour lui attribuer celui de pensionnée de l'État, même si elle est toujours en quête d'un nouveau travail. Sans égard à ses aptitudes et à sa situation personnelles, elle est pour ainsi dire stigmatisée comme faisant partie du groupe de ceux et celles qui ne font plus partie de la population active. [. . .] l'article 31, dans sa forme actuelle, véhicule le même stéréotype insidieux que celui qui a présidé à son adoption dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et qui veut qu'une per-

his job can no longer be retrained for the labour market and must at that point become the complete responsibility of the special social assistance programs of the government . . .

As in *McKinney, supra*, it was argued here that the policy is not motivated by stereotypical assumptions, but is based upon “administrative, institutional and socio-economic” considerations. In *McKinney*, however, I concluded (at p. 279) that “[t]his is all irrelevant, since as *Andrews v. Law Society of British Columbia* made clear . . . not only does the *Charter* protect from direct or intentional discrimination; it also protects from adverse impact discrimination, which is what is in issue here”.

In my view, therefore, the age restriction that formerly existed in s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with s. 15(1).

Does s. 31 Constitute a Reasonable Limit Under s. 1 of the *Charter*?

The general approach to be taken when determining whether a law constitutes a reasonable limit to a *Charter* right is well known, and has been stated by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and many other cases. I will therefore proceed directly to the analysis itself.

Objectives

The first question to be asked is whether the objectives of the law are of sufficient importance to warrant overriding the *Charter* right. As Lacombe J. noted (at p. 262, citing *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at pp. 185-86), the aim of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is, and always has been, “to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market”.

sonne, âgée de 65 ans et plus, qui a le malheur de perdre son emploi, n'est plus réhabilitable sur le marché du travail et qu'elle doit, à ce moment, être prise complètement en charge par les programmes spéciaux d'assistance sociale de l'État . . .

Comme dans l'arrêt *McKinney*, précité, on a fait valoir en l'espèce que la politique n'est pas fondée sur des suppositions stéréotypées mais qu'elle résulte

b de considérations «administratives, institutionnelles et socio-économiques». Dans l'arrêt *McKinney*, toutefois, j'ai conclu, à la p. 279, que «[r]ien de tout cela

c n'est pertinent, car il ressort clairement [...] de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* que non seulement la *Charte* confère une protection contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais

d encore elle confère une protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ce dont il est question en l'espèce.»

Je suis par conséquent d'avis que la restriction fondée sur l'âge que comportait antérieurement l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* était e incompatible avec le par. 15(1).

L'article 31 constitue-t-il une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

f La démarche générale qu'il faut suivre pour déterminer si une loi impose une limite raisonnable à un droit garanti par la *Charte* est bien connue et a été énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, ainsi que dans de nombreux g autres. Je vais donc passer directement à l'analyse elle-même.

Objectifs

h Il faut se demander d'abord si les objectifs de la loi sont suffisamment importants pour l'emporter sur un droit reconnu par la *Charte*. Comme l'a fait remarquer le juge Lacombe, précité, à la p. 262, citant l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] i 1 R.C.S. 183, aux pp. 185 et 186, l'objet de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est, et a toujours été, «d'établir un régime d'assurance sociale aux fins d'indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et d'assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail».

While the Act itself dates from 1940, ineligibility for insurance benefits on grounds of age appeared for the first time in the 1971 version of the Act. In that year, individuals who had attained the age of 70 (or 65 in the case of those receiving a pension under the Canada Pension Plan or the Quebec Pension Plan) were excluded from receiving benefits under the Act. In 1975, the Act was again amended, and the age for ineligibility was lowered to 65 irrespective of entitlement to a pension.

In Lacombe J.'s view, the age ineligibility restriction was essentially designed to fulfill two purposes: first, to prevent those over the age of 65 from receiving a "double" return of both pension and unemployment benefits; and secondly, to prevent the abuse of the Act by those who had already determined to retire from the active labour force. I have little doubt that, having regard to the ultimate purpose of the Act to provide members of the active labour force with a measure of economic security while temporarily unemployed, these goals themselves, when taken at face value, are sufficient to meet the "objectives test".

In addition, the appellant contends that there is a further important objective here that the Court of Appeal has overlooked: to tailor benefits under the Act to fit in with the scheme of other social programs that the government has designed specifically to meet the needs of people over the age of 65.

It is fair to take into account the possibility that a group deprived of benefits under one Act may be receiving equal, or even greater, benefits under another. In other words, one cannot ignore the fact that the economic needs of those over the age of 65 are also addressed in legislative measures such as the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9. Still, I doubt whether the objective of fitting the Act within the government's particular legislative scheme of social programs could, in itself, be sufficiently important to justify the infringement of a *Charter* right. In theory, the government could advance the same rationale to support virtually any piece of legislation that

Bien que la Loi elle-même date de 1940, c'est dans sa version de 1971 qu'est apparue pour la première fois la règle de l'inadmissibilité aux prestations d'assurance-chômage en raison de l'âge. Cette année-là, ^a les personnes qui avaient atteint l'âge de 70 ans (ou 65 ans dans le cas de ceux qui recevaient une pension du Régime de pensions du Canada ou du Régime des rentes du Québec) sont devenues inadmissibles aux prestations versées en vertu de la Loi. En 1975, cette dernière a de nouveau été modifiée et l'âge d'inadmissibilité a été abaissé à 65 ans, indépendamment du droit acquis à une pension.

^c Selon le juge Lacombe, la restriction touchant l'âge visait essentiellement deux objectifs: en premier lieu, empêcher que les personnes âgées de plus de 65 ans ne reçoivent une double indemnité en touchant à la fois une pension et de l'assurance-chômage; en ^d second lieu, éviter les abus de la part de ceux qui ont déjà décidé de se retirer de la main-d'œuvre active. Compte tenu de l'objet ultime de la Loi qui est d'assurer aux membres de la main-d'œuvre active une certaine sécurité économique en cas de chômage temporaire, je ne doute guère qu'à première vue ces objectifs suffisent en soi à répondre au «critère des objectifs».

^f L'appelante soutient en outre que la Cour d'appel a négligé de prendre en considération un autre objectif important en l'espèce: celui d'harmoniser les prestations versées en vertu de la Loi à l'ensemble des autres programmes sociaux que le gouvernement a spécifiquement conçus pour répondre aux besoins des personnes de plus de 65 ans.

^h Il est certes juste de tenir compte de la possibilité qu'un groupe privé de prestations en vertu d'une loi reçoive des prestations égales, ou même supérieures, en vertu d'une autre loi. En d'autres termes, on ne peut faire abstraction du fait que des mesures législatives telle la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, visent également à satisfaire les besoins économiques des personnes de plus de 65 ans. Cependant, je ne suis pas certain que l'objectif d'harmoniser la loi avec le régime gouvernemental de programmes sociaux puisse, en soi, suffire à justifier l'atteinte à un droit reconnu par la *Charte*. En théorie, le gouvernement pourrait faire valoir la

is challenged. In the end, the impact on the individual or group is what is of primary concern.

Assuming, then, that these are the three objectives of s. 31, it remains to consider whether the means employed by the legislature are proportional to these objectives.

Proportionality

Normally, the inquiry into proportionality is approached in three stages and asks, first, whether the measures chosen are rationally connected to the objective; second, whether they impair the *Charter* right as little as possible; and, third, whether the measures so severely infringe upon the right that this infringement outweighs the legislature's objective.

Conceding that s. 31 of the Act has three objectives, for the reasons described below, the law has not, in my view, been carefully designed to achieve any of these objectives. While it may be doubted whether s. 31 can be said to be rationally connected to all of these objectives, I prefer to focus on the second requirement, minimal impairment, for that is where the law clearly does not measure up to constitutional standards.

Minimal Impairment

In *McKinney, supra*, this Court emphasized that, when evaluating legislative measures that attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values, considerable flexibility must be accorded to the government to choose between various alternatives. In such a situation, since the court cannot easily ascertain with certainty whether the least restrictive means have been chosen, it is appropriate to accord the government a measure of deference. Following *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the Court found that "the question is whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the gov-

même logique pour appuyer pratiquement toutes les lois contestées. Mais en définitive, c'est l'effet sur l'individu ou le groupe qui doit constituer la première préoccupation.

a

À supposer, donc, qu'il s'agisse bien des trois objectifs visés par l'art. 31, il reste à déterminer si les moyens qu'a utilisés le législateur sont proportionnels à ces objectifs.

b

La proportionnalité

De façon générale, on procède en trois étapes pour évaluer s'il y a proportionnalité: il faut se demander c premièrement si les mesures choisies ont un lien rationnel avec l'objectif; deuxièmement, si elles sont de nature à porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*; et troisièmement, si elles d empiètent sur le droit au point de supplanter l'objectif du législateur.

En admettant que l'art. 31 vise trois objectifs, j'estime, pour les raisons que j'expose plus loin, que la e loi n'a pas été soigneusement conçue pour atteindre l'un quelconque de ces objectifs. Bien que l'on puisse douter de l'existence d'un lien rationnel entre l'art. 31 et chacun des objectifs, je préfère me concentrer sur la deuxième exigence, celle de l'atteinte minimale, car c'est sur ce point que la loi ne répond de toute évidence pas aux normes constitutionnelles.

L'atteinte minimale

g Dans l'arrêt *McKinney*, précité, notre Cour a souligné que lorsqu'il s'agit d'évaluer des mesures législatives qui tentent d'établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées, il faut h reconnaître au gouvernement une très grande souplesse dans les choix qu'il exerce. En pareil cas en effet, le tribunal ne pouvant facilement déterminer avec certitude si les moyens les moins restrictifs ont i été choisis, il convient de faire preuve à l'égard du gouvernement d'une certaine retenue. Suivant l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a conclu dans l'arrêt *McKinney*, précité, à la p. 286, que «la question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs

j

ernment's pressing and substantial objectives": see *McKinney, supra*, at p. 286. [Emphasis in original.]

In *McKinney*, the reasonable basis criterion was satisfied, in that the Court found the universities could reasonably have concluded that a system of mandatory retirement at age 65 impaired the appellants' rights as little as possible, given the universities' objectives of permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal, and of preserving academic freedom. The Court there emphasized that, in a closed system with limited resources, the mandatory retirement system permits the universities to maintain a degree of faculty renewal that is crucial to extending the frontiers of knowledge. It also noted that the system permits faculty members to enjoy a large measure of academic freedom with a minimum of supervision and performance review throughout the bulk of their career.

It should go without saying, however, that the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual's *Charter* rights. Where the government cannot show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment in seeking to attain its objectives, the legislation will be struck down. For example, in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, the Ontario Court of Appeal found that s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, which permitted discrimination in athletic organizations and activities on the basis of sex, could not be justified under s. 1. Writing for the majority, Dubin J.A. (as he then was) emphasized (at p. 530) that the sweeping effects of s. 19(2) were disproportionate to the ends sought to be achieved, and that the government had made no effort to justify this broad scope as a reasonable limit on the right to equality.

The challenged legislation in this case is similarly broad in scope, resulting in the curtailment of benefits to any individual who has attained the age of 65, irrespective of economic need or continued membership in the "active" working population. It is against

urgents et réels du gouvernement.» [Souligné dans l'original.]

Dans l'affaire *McKinney*, le critère du fondement raisonnable était respecté, la Cour ayant jugé que les universités pouvaient raisonnablement conclure que le système de mise à la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans portait le moins possible atteinte aux droits des appellants, compte tenu des objectifs qu'elles poursuivaient, soit favoriser la souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral et préserver la liberté académique. La Cour a souligné que, dans un système fermé aux ressources limitées, la règle de la retraite obligatoire permet aux universités de maintenir un certain niveau de renouvellement dont l'importance est cruciale pour faire reculer les frontières du savoir. Elle a fait également remarquer que le système assure aux professeurs une grande liberté académique avec un minimum de surveillance et d'évaluation du rendement pendant la majeure partie de leur carrière.

Il va sans dire, cependant, que la retenue dont il sera fait preuve à l'égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d'enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*. Si le gouvernement ne peut démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale en tentant d'atteindre ses objectifs, la loi sera invalidée. Ainsi, dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* (1981) de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, qui permet la discrimination fondée sur le sexe dans les organisations et les activités sportives, ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier. Au nom de la majorité, le juge Dubin (tel était alors son titre) a souligné, à la p. 530, que la portée très large du par. 19(2) était disproportionnée aux fins poursuivies et que le gouvernement n'avait fait aucun effort pour justifier qu'il s'agissait là d'une limite raisonnable au droit à l'égalité.

Le texte législatif contesté en l'espèce est d'une portée aussi étendue, entraînant la suppression de prestations pour toute personne qui a atteint l'âge de 65 ans, sans égard au fait qu'elle puisse être économiquement dans le besoin ou qu'elle continue à faire

this background that we must measure the various stated government objectives when determining whether these objectives are achieved in a manner that reasonably could be believed to constitute a minimal impairment of the individual's rights.

The first objective advanced in support of s. 31 is to prevent abuse of the Act by individuals who no longer intend to actively continue looking for work. If this is indeed an objective, no evidence has been put forward to show that those over age 65 abuse the Act any more than those in other age groups, or that this abuse is any more difficult to detect. The burden, of course, rests upon the government to adduce such evidence. The government has not demonstrated why, for example, abuse of the Act could not be prevented through the application of the other provisions of the Act regarding eligibility, which have been designed to ensure that only those who make an active effort to seek work can receive benefits. See, for example, *Unemployment Insurance Act, 1971*, ss. 17 and 18 (now R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 6 and 7).

While the appellant argues that the Act simply takes into account the reality that the majority of people retire at age 65, the Court of Appeal, *supra*, at p. 271, concluded that the evidence adduced by the parties indicates that retirement is related more to financial incentive than to any particular age, and that the rate of retirement does not accelerate appreciably at age 65. I conclude, therefore, that this first objective is not being achieved in a manner which comports with the requirement of minimal impairment.

The second objective put forth in support of s. 31 is to prevent the double payment of benefits that would result from an individual's collecting both pension income and unemployment insurance. As the Court of Appeal points out, however, this objective could have been achieved by simply deducting pension receipts from unemployment benefits, as has been done since January 5, 1986 (*Unemployment Insurance Regulations*, SOR/86-58) under s. 57(2) of the regulations for persons under the age of 65.

partie de la main-d'œuvre «active». C'est dans ce contexte qu'il faut apprécier les divers objectifs gouvernementaux énoncés pour déterminer si les moyens utilisés pour y parvenir peuvent raisonnablement être

^a considérés comme une atteinte minimale aux droits d'un individu.

Le premier objectif avancé à l'appui de l'art. 31 est d'empêcher que des personnes qui n'ont plus l'intention de continuer à chercher activement du travail n'abusent de la Loi. S'il s'agit effectivement d'un objectif, on n'a présenté aucune preuve démontrant que les personnes âgées de plus de 65 ans abusent davantage de la Loi que celles appartenant à d'autres groupes d'âge, ou encore que cet abus est plus difficile à détecter. C'est naturellement au gouvernement qu'incombe la charge de produire une telle preuve. Or, ce dernier n'a pas démontré pourquoi, par exemple, il ne serait pas possible de prévenir les abus par l'application des autres dispositions de la Loi relatives à l'admissibilité et visant à faire en sorte que seuls ceux qui s'emploient activement à la recherche d'un travail puissent toucher des prestations. Voir par exemple la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, art. 17 et 18 (maintenant L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 6 et 7).

Bien que l'appelante ait soutenu que la Loi tenait simplement compte du fait que la majorité des gens prennent leur retraite à 65 ans, la Cour d'appel, précisée, à la p. 271, a conclu, d'après la preuve présentée par les parties, que la retraite était davantage liée à des incitatifs financiers qu'à un âge en particulier et que le rythme des départs à la retraite n'est pas tellement plus accéléré à 65 ans. J'en viens par conséquent à la conclusion que l'on ne cherche pas à atteindre ce premier objectif d'une manière conforme à l'exigence de l'atteinte minimale.

Le deuxième objectif de l'art. 31 serait d'éviter le dédoublement des prestations qui surviendrait si un individu recevait à la fois un revenu de pension et de l'assurance-chômage. Comme l'a souligné la Cour d'appel, toutefois, cet objectif aurait pu être atteint par la simple déduction des revenus de pension des prestations d'assurance-chômage, comme cela se fait depuis le 5 janvier 1986, en vertu du par. 57(2) du *Règlement sur l'assurance-chômage*, DORS/86-58, dans le cas des personnes de moins de 65 ans qui

Under s. 57(2), these people continue to remain eligible to collect unemployment benefits. I find, therefore, that s. 31 is not carefully designed to achieve this objective, or at the very least, does not impair the respondent's rights in a minimal way.

The third objective, urged upon this Court by the appellant, is the goal of fitting the Act within the government's particular legislative scheme, which provides alternate benefits to people over the age of 65. The appellant argues that, taken together, these acts make up a rational scheme that takes account of the fact that the majority of people retire at age 65, and provides benefits accordingly.

One must not, however, lose sight of the fact that the overall objective of this particular Act is to provide a temporary sanctuary for those wishing to remain in the active labour force, but who are unable for the moment, to find employment. The inquiry, therefore, should be whether that objective is furthered in any way by denying benefits to individuals over 65, and whether that denial is compensated for by the provisions of other Acts. As Lacombe J. properly notes, *supra*, at p. 272, there was no evidence put forth to show that the government could not afford to extend benefits to those over 65. More significantly, there is also no evidence to show that any of the other Acts attempt to fill the gap by addressing the problem of sixty-five-year-olds who must keep working because their pension is insufficient or because they do not receive a pension at all. The most unfortunate aspect of s. 31 is that it has the effect of denying unemployment benefits precisely to those who need them most. The respondent in this case, who has been living on a pension income of less than \$500 per month, provides a good example. I cannot accept the appellant's suggestion that the needs of the respondent and those in her position are best looked after by this co-ordinated government scheme.

As I indicated at the outset of these reasons, the government has chosen to alter the *Unemployment Insurance Act, 1971* by repealing s. 31, retroactive to the date that the decision of the Federal Court of Appeal in this case was entered, thereby removing

demeurent admissibles aux prestations d'assurance-chômage. J'estime donc que l'art. 31 n'est pas soigneusement conçu pour atteindre cet objectif, ou à tout le moins qu'il ne porte pas atteinte de façon minimale aux droits de l'intimée.

Le troisième objectif, selon l'appelante, est d'harmoniser la Loi avec le régime législatif particulier du gouvernement qui prévoit le versement d'autres types de prestations aux personnes âgées de plus de 65 ans. L'appelante soutient que, dans leur ensemble, ces lois forment un système rationnel qui tient compte du fait que la majorité des gens prennent leur retraite à l'âge de 65 ans et qui prévoit le versement de prestations en conséquence.

L'on ne doit pas perdre de vue, cependant, le fait que le premier objectif de cette Loi particulière est de dépanner temporairement les personnes désireuses de rester au sein de la main-d'œuvre active mais qui sont momentanément incapables de trouver un emploi. Il faut donc se demander si l'atteinte de cet objectif est de quelque façon assurée par le refus de verser des prestations aux personnes âgées de plus de 65 ans et si ce refus est compensé par les dispositions d'autres lois. Comme le juge Lacombe, précité, l'a noté avec raison, à la p. 272, on n'a mis en preuve aucune donnée démontrant que le gouvernement ne pouvait pas se permettre d'étendre les prestations aux plus de 65 ans. De façon plus significative, on n'a pas davantage démontré qu'une autre loi tentait de combler la lacune en visant le problème des personnes de 65 ans qui doivent continuer à travailler parce que leur pension est insuffisante ou qu'elles en sont totalement dépourvues. L'effet le plus malheureux de l'art. 31 est qu'il prive du bénéfice de l'assurance-chômage ceux qui en ont le plus besoin. L'intimée en l'espèce, qui vivait avec un revenu de pension de moins de 500 \$ par mois, en est un bon exemple. Je ne puis accepter l'argument de l'appelante voulant que ce régime gouvernemental combiné réponde ainsi de façon optimale aux besoins de l'intimée et de ceux qui sont dans la même situation.

Comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, le gouvernement a choisi de modifier la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* en abrogeant l'art. 31 rétroactivement à la date de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, éliminant par le fait

the age ineligibility restriction from the Act altogether. It is worth noting that this action finally brought the federal government's policy into line with recommendations made by the various government commissions that had studied the effects of the Act, and ultimately called for the abolition of the age requirement: see the Court of Appeal's reasons, at p. 265.

For all of the above reasons, I believe that s. 31 cannot satisfy the requirement of minimal impairment. Even allowing the government a healthy measure of flexibility in legislating in this area, the complete denial of unemployment benefits is not an acceptable method of achieving any of the government objectives set forth above, all of which could easily be attained by less intrusive means.

In my view, therefore, s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*, and is not saved by s. 1.

Disposition

I would allow the appeal, solely on the ground that, under the circumstances in which this appeal arose before it, the Federal Court of Appeal did not have the jurisdiction to finally determine that the former s. 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*. The appropriate forum for the adjudication of this constitutional question, the principles governing which are set forth in these reasons, is the umpire.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have read the opinion of my colleague Justice La Forest and I agree with the result he has reached. I am also in substantial agreement with his reasons, although I would like to add one comment.

Justice Wilson, with whom I concurred, qualified her concurring opinions in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and in the case released with this one, *Cuddy*

même la restriction touchant l'inadmissibilité en raison de l'âge. Il importe de souligner que cette mesure a finalement permis d'ajuster la politique du gouvernement fédéral aux recommandations faites par les différentes commissions gouvernementales qui avaient étudié la portée de la Loi et recommandé finalement l'abolition de l'exigence relative à l'âge; voir les motifs de la Cour d'appel, à la p. 265.

Pour tous ces motifs, j'estime que l'art. 31 ne saurait satisfaire à l'exigence de l'atteinte minimale. Tout en reconnaissant au gouvernement la possibilité de jouir d'une large souplesse pour légiférer dans ce domaine, je suis d'avis qu'interdire complètement l'accès aux prestations d'assurance-chômage ne constitue pas une méthode acceptable pour atteindre l'un quelconque des objectifs énoncés précédemment, chacun d'eux pouvant facilement être atteint par des moyens moins envahissants.

À mon avis, l'art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte* et il n'est pas sauvé par l'article premier.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi au seul motif que, dans les circonstances dans lesquelles elle a été saisie de l'appel, la Cour d'appel fédérale n'avait pas compétence pour déterminer de façon définitive que l'ancien art. 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* était incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte*. La juridiction appropriée pour juger de cette question constitutionnelle, selon les principes énoncés dans les présents motifs, est le juge-arbitre.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai lu l'opinion de mon collègue le juge La Forest et je suis d'accord avec sa conclusion. Je suis aussi实质上d'accord avec ses motifs, sous réserve du commentaire suivant.

Le juge Wilson, dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (à l'opinion de laquelle j'ai souscrit) et dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des*

Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board), [1991] 2 S.C.R. 5, to leave one question open. In *Douglas College*, she concurred with La Forest J. but with the following comment at pp. 606-7:

I would, however, prefer to leave open the question whether a tribunal may have such jurisdiction even in the absence of specific provisions in the governing legislation and in the collective agreement such as those heavily relied on by [La Forest J.].

In *Cuddy Chicks*, Wilson J. remarks at p. 20:

The absence of legislative authority to deal with the *Charter* issue in the governing statute is not, in my view, necessarily determinative of a tribunal's jurisdiction, since the authority and obligation to apply the law may be grounded elsewhere: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

The present case concerns the Board of Referees established under the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, (now R.S.C., 1985, c. U-1) ("the Act"). As La Forest J. observes at p. 32 of his reasons, the Board of Referees is an administrative tribunal whose legal jurisdiction is not specifically articulated in the Act. I agree with him that, in general, the mandate given to a board by the legislature will usually be the most salient factor in determining whether the tribunal has the power to decide questions under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. My colleague concludes on this point (at p. 32):

Therefore, where the legislature has already spoken definitively on the question, that will normally be the end of the inquiry. Where it has not, it will be necessary to examine other factors as well.

I agree with this statement. At the same time, however, I would like to leave explicitly open the question of what "other factors" might be relevant to the determination of a tribunal's jurisdiction over subject matter, particularly in the absence of other related tribunals established under the same legislation which are permitted to interpret the *Charter*. Like

relations de travail), [1991] 2 R.C.S. 5, rendu en même temps que le présent pourvoi, a préféré laissé ouverte la réponse à l'une des questions. Dans l'arrêt *Douglas College*, elle a souscrit à l'opinion du juge

^a La Forest, mais elle a ajouté le commentaire suivant, aux pp. 606 et 607:

Je préfère cependant ne pas me prononcer sur la question de savoir si un tribunal peut avoir cette compétence

^b même en l'absence de dispositions précises dans la loi habilitante et dans la convention collective comme celles sur lesquelles [le juge La Forest] s'est fortement appuyé.

^c Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, le juge Wilson note, à la p. 20:

À mon avis, l'absence d'autorisation d'examiner la question relative à la *Charte* dans la loi habilitante n'est pas nécessairement concluante quant à la compétence

^d d'un tribunal puisque le pouvoir et l'obligation d'appliquer le droit peuvent se trouver ailleurs: *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

^e Le présent pourvoi porte sur un conseil arbitral établi en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48 (maintenant L.R.C. (1985), ch. U-1), ci-après appelée «la loi». Comme le juge La Forest le signale à la p. 32 de ses motifs, le conseil arbitral est un tribunal administratif dont la compétence légale n'est pas spécifiquement précisée dans la Loi. Je partage son opinion que, en général, le mandat confié à un organisme par le législateur sera ordinairement le facteur le plus important pour déterminer si le tribunal a le pouvoir de trancher des questions en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mon collègue conclut sur ce point (à la p. 32):

^g ^h Par conséquent, lorsque le législateur s'est déjà exprimé formellement sur la question, là se terminera habituellement l'examen. S'il ne l'a pas fait, il faudra aussi examiner d'autres facteurs.

ⁱ ^j Je suis d'accord avec cette affirmation. En même temps, cependant, je tiens à souligner expressément que je ne réponds pas à la question de savoir quels «autres facteurs» pourraient être pertinents pour déterminer la compétence d'un tribunal sur l'objet d'un litige, particulièrement en l'absence d'autres tribunaux connexes constitués en vertu de la même loi

Wilson J., I do not believe that the legislation will necessarily be determinative of the administrative tribunal's jurisdiction over the constitutional subject matter argued. Where the statute is silent or unclear, there are many "other factors" to be considered when determining whether the constitutional subject matter should properly be considered by an administrative tribunal. Among the possibilities, as Wilson J. notes, would be an approach similar to that taken by this Court in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. These "other factors" may be taken up in an appropriate case.

qui auraient compétence pour interpréter la *Charte*. Comme le juge Wilson, je ne crois pas que la loi sera nécessairement concluante quant à la compétence d'un tribunal administratif sur la question constitutionnelle en litige.

a Lorsque le texte de loi est muet ou imprécis, il y a de nombreux «autres facteurs» dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer si la question constitutionnelle peut être examinée par un tribunal administratif. Entre autres possibilités, comme le signale le juge Wilson, une approche semblable à celle adoptée par notre Cour dans l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517 pourrait être envisagée. Ces «autres facteurs» pourraient faire l'objet d'un examen dans un cas qui s'y prête.

Sous réserve de ce commentaire, je suis d'accord avec le juge La Forest et j'accueillerais l'appel comme il le propose.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appellants: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Campeau, Ouellet, Nadon & Lussier, Montréal.

Solicitors for the intervener Cuddy Chicks Limited: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

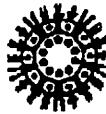
Procureurs de l'intervenante Cuddy Chicks Limited: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Labour Relations Board: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Commission des relations de travail de l'Ontario: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto.

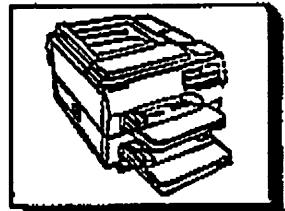
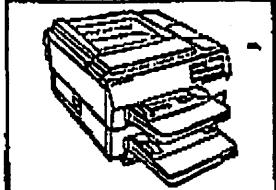
Solicitors for the intervener United Food and Commercial Workers International Union, Local 175: Caley & Wray, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175: Caley & Wray, Toronto.



FAMILY SERVICE ASSOCIATION OF METROPOLITAN TORONTO

Paul Zarnke Executive Director
5248 Yonge Street Willowdale
Telephone: 225-1166



FAX MESSAGE

Date: Feb 5/96

To: Bob Fenton / Ian Binnie

Company: McCarthy Tetrault

Fax Number: 868-0673

From: Louise Bailey - Down Syndrome Assoc of Ont

Comments: working document as per request - 225-1166

The notes in brackets are address to you.

I hope to hear from you soon. Thanks
8 pages incl of cover - call if all pages don't
get through

The information contained in this facsimile message is considered confidential and is intended only for the use of the individual or entity named above. If the reader of this message is not the intended recipient, you are hereby notified that any use, dissemination, distribution or copy of this facsimile is strictly prohibited. If you have received this facsimile in error, please notify us by telephone immediately and return the original message by mail at the address noted. Thank you.

HISTORY

Down Syndrome Association of Ontario founded in by Pat Dooley, parent. Over the next couple of years, local Down Syndrome groups, which were springing up all over Ontario, gained representation on the Down Syndrome Association of Ontario Board and now are its ongoing organizers.

DSAO represents 19 locals across the Province. Local Down Syndrome Associations were organized by parents in the early and mid 80's for the following reasons:

- local Associations for the Mentally Retarded (now called Associations for Community Living) were seen as entrenched in segregated, protectionist thinking and were not representing the views of the new activist generation of parents (ACL's have become significantly more progressive since then)
- integration in education was a prime focus of these parents and our agencies and services were road blocking us
- we believe, perhaps because people with Down Syndrome are easily identifiable, that we are targeted for abuse over and above the abuse generally levelled at children with disabilities e.g. between 1950 - 1970 over 20 newborns with DS who had medical complications (minor to major) were starved to death at the Hospital for Sick Children alone. As recently as 7 years ago, a newborn was similarly starved to death at the Montreal Children's Hospital. This practice, while becoming uncommon, is still supported by a significant number of medical doctors reporting in a survey of attitudes and practices carried out approximately 10 years ago by Dr. Robert Haslam of the Hospital for Sick Children
- our children are more often than not denied access to medical procedures and technologies routinely or heroically provided to typical children; e.g. organ transplants.

Through locals such as the Down Syndrome Association of Metropolitan Toronto and the York Region Down Syndrome Association, Louise Bailey and Lynda Langdon, as their designated representatives began lobbying and organizing at the Ontario Legislature in 1984.

Louise Bailey presented a brief on Segregated Education to the Standing Committee on Administration of Justice when all Ontario laws had to comply with the Charter of Rights and Freedoms. Out of this presentation grew the All Party Working Group on Integration in Education co chaired by Louise and Lynda. Representatives of all 3 parties sat on this Committee to learn more about the issue, to advocate for integration as policy within their own parties, to lobby and hold educational forums on the issue for members of the Legislature.

The Associations continued to make presentations at Bill Hearings, to lobby individual MPP's, to organize letter writing campaigns, to consult with community and school groups upon request, participated in 2 consultation processes with the Ministry of Education.

In 1990 all this work was brought under the umbrella of the Integration Committee of DSAO under the Chair of Louise Bailey. This Committee was brought into existence by the DSAO Board specifically to work to achieve integration in Ontario.

As a result of prior lobbying and contacts, with the election of the NDP, we had a government committed to achieving integration. We worked closely with Ministry personnel through 3 minister's of Education to push our agenda, work to produce solutions, participated in stakeholder Meetings to achieve consensus of all groups (including School Boards) with an interest in the issue to develop the proposed Regulation 305 which proclaims regular classroom placement by parental choice* as the norm. We now have moved over the past 6 years from a hostile Ministry of Education with entrenched segregationist views to a progressive Ministry with an equity focus which strongly supports integration and is struggling with how to move some resistant boards into compliance. Regulation 305 was scheduled to be out in the fall of '95. As usual it is overdue. It is now to be out by..... DSAO received a letter confirming his support for this direction from John Snobelen, the current Minister of Education.

*Note: issue of parental choice

- we believe in children's rights -

Parental choice is a myth which disguises the real issue - the choice between equality and accommodation or exclusion and second class citizenship. It pretends that this choice is about the exercise of legitimate parental authority. However parents are in fact and must behave as judicious guardians over the attainment, maintenance and exercise of their children's rights, keeping in mind that we are dealing with the lives of future adult citizens. Life in the regular community with choices and accommodations is the right of every adult in the community. While of course, for obvious reasons, parents do get to make choices for their children they must recognize that they are exercising or infringing upon rights which belong to their child, not to them.

(However, this Reg. 305 revision was the best we could get and we would be prepared to live with it as a stepping stone)

In practice, increasing numbers of Boards of Education are moving toward integration. Separate Boards have been the pioneers and more separate boards are integrating.

Partial List in Ontario:

- Hamilton Wentworth Roman Catholic Separate School Board
- York Region RCSSB
- Kitchener-Waterloo RCSSB
- Dufferin Peel RCSSB
- North York Board of Ed.
-
-

Even public boards which officially do not integrate, have begun to talk in new language 'inclusion' and have pockets where students are integrated.

There are children in what I call the Underground Railroad of regular classroom placement without formal identification through Identification Placement Review Committees which label and slot children identified as exceptional.

(I hope to get information from Dave Cooke, ex Minister of Education about other provinces etc.)

Hamilton Wentworth has also done financial studies which show their costs would rise significantly if they were forced to segregate their students with special needs.

DIFFICULTIES - WHAT WE FACE EVERY DAY ACROSS THIS PROVINCE & COUNTRY

- children with Down Syndrome refused entry into neighbourhood schools which they would attend if they were not identified as exceptional!
- children forced into segregated classes against their parents' will!
- children with Down Syndrome bussed out of neighbourhoods to segregated classes sometimes spending up to 2 hours per day in transport!
- children with DS receiving less classroom instruction time than required by statute in order to accommodate bussing schedules!
- IPRC's continually rejecting parents' demand for an integrated placement
- individual schools undermining an integrated placement by refusing to provide adequate supports!

- schools keeping children with DS for 2 and 3 years in regular kindergarten but refuse to move them into age appropriate grades as a strategy to resist integration
- parents' right to access to information for IPRC's blocked
- parents experiencing IPRC's as kangaroo courts
- schools keeping older students with DS inappropriately in classes with younger children
- children with DS often engaged in tasks, non academic trips and activities, taken out of school to which parent strongly object - e.g. helping out the janitor, swimming classes (when no other students in the school are so instructed!)
- parents having to convert their families to Roman Catholicism in order to access integrated education! (I advise parents to do this myself and have seriously considered it although we are Jewish!)
- parents who have their child integrated have to fight the same battle year after year - nothing can be taken for granted!
- Boards of Education (e.g. Toronto Board of Ed.) laying off Educational Assistants as part of \$\$ problem, when, in fact, they know this will make integration of our children more difficult (this is a backdoor strategy to avoid integration)
- hostility, disrespect all through the system directed at students and parents who want integration
- schools which have anti-harassment policies except for students with disabilities
- teachers, specialists, Boards etc actively promoting segregation to parents
- parents having to retain lawyers to gain integration
- parents having to walk their local neighbourhoods to get petitions signed to support integration of their child
- teachers refusing to teach child with Down Syndrome placed in regular classroom and not being disciplined by the principal
- although the label TMR (Trainable Mentally Retarded) is officially gone, Boards still use this as an operating principle and attempt to slot our children into non academic "functional life skills" programs!

- schools resist integration even when there is a compelling medical reason - I had to get senior Ministry of Education people to push the Toronto Board of Education into taking a 14 year old student with DS who read at grade level into his neighbourhood school. He had leukaemia and could not be at school far away incase of emergency. He had never, because his parents wanted him integrated, attended a public school.
- private schools including those without entrance exams routinely refuse to take our children as students. One principle told me "the other parents will see him"
- ongoing stress, pain and heartbreak for parents who have to fight the system at every turn, see their children devalued and their growth and development impeded.

NEW WRINKLE?

- As a community we have made major moves forward in terms of real participation and community acceptance - more and more Boards of Education are moving to integration, it is Ministry policy - can't turn back the clock - can't lock us up again.
- other than convicted criminals, we are the only group in the community forced away from our peers.
- if we lose this case, it will be 'open season' on us - community organizations such as Scouts, YMCA's will feel free to reject our children again. Just as we are gaining our equality rights in medical care, a loss will indicate that we are second class citizens and our disentitlements will grow! A loss will set us back 50 years.
- people with Down Syndrome and Developmental Disabilities in general are the 'lowest in the pecking order' and experience the greatest discrimination in the community and resistance re integration. We need a clear directive to break down the barriers. Other groups of labelled children whose parents are resisting integration actually have more of their students integrated at elementary and secondary levels than we do and we are the community who is consistently demanding it.
- every other facet of 'disability life' has been dismantled over the past decade as outmoded, unhealthy and infringing on rights, institutions, workshops, segregated recreation for adults etc. Typical life has opened upon every front - day care centres, nursery schools, recreation, group homes and supported living, real work for real pay, community college, travel, independent living and marriage. Only education has not kept pace. Integration will speed up the pace of 'normalization'.

- We have yet to have a generation of children with Down Syndrome who have grown up with integrated education - therefore it is impossible for them and us as parents to know what they are really capable of achieving. We have only had access to education in Ontario for approximately 20 years! We have only had access to public education under the auspices of the Ministry of Education since the passage of Bill 82 in 19..!

It was only with the advent of Infant Stimulation Programs in the late 1970's that professionals and parents began to recognize the considerable capabilities of our children, long denied by medical professionals and long hidden under decades of isolation, in institutions, neglect and abuse.

First, we had to get access to education! Then we (some of us) were allowed in the building in segregated classes. Our children's 'education' was geared to the lowest common denominator focused on preparing them for a life of dependency.

Now, many of us who have our children in regular classes, in spite of the ongoing battles, are witnessing the blossoming of our children as they are being challenged to be the best they can be and they are part of the community of learners.

WHAT WE WOULD LIKE TO SEE ACHIEVED - RESULTS

- integration would be clearly established as a civil right under the protection of Human Rights legislation
- that parents would now have a strong legal framework within which to challenge non compliant Boards or schools
- that students with Down Syndrome would as a matter of course be attending their neighbourhood schools in the regular chronologically age appropriate classroom
- educational supports and services would be provided and considered Reasonable Accommodation

WHAT WE HOPE WILL BE STOPPED

- that families will not have to move across the country or Province to find a school which will integrate their child
- that families will not have to change their religion in order to have their child welcome and accepted in school (i.e. convert to Roman Catholicism)

Page 7

- that siblings will not be split up
- that native families can be reunited
- that parents can finally disengage from virtual hand-to-hand combat with teachers and school personnel and become a welcome part of their child's support team.
- that the suffering, isolation and heartbreak of our families can come to an end as they can now work with the System to create real futures for their children, not fight the system on a continual basis in order to give their children a life in the community.

P.S. Reliable source just informed me that Snobelen is sitting on the regulation until the outcome of the court case.