

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

v.

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

and

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

and

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

INDEXED AS: DAGENAIS v. CANADIAN BROADCASTING  
CORP.

File No.: 23403.

1994: January 24; 1994: December 8.

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

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*

RÉPERTORIÉ: DAGENAIS c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

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

1994: 24 janvier; 1994: 8 décembre.

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

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.*

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

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

ity — Avenues available for third parties to challenge ban.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Par conséquent, dans l'analyse d'une interdiction de publication par le prisme de l'article premier, la décision d'ordonner ou non une interdiction repose essentiellement sur la pondération de divers facteurs en vue de déterminer si le recours à cette mesure préventive est nécessaire et raisonnable compte tenu des faits d'une affaire donnée. Le juge du procès doit considérer la nature de la menace posée à l'équité du procès, dont la possibilité que les jurés soient influencés, l'ampleur de la restriction à la liberté d'expression et l'existence d'autres mesures. Il n'est en revanche pas nécessaire que le juge du procès détermine avec certitude que les autres mesures ne suffiraient pas à garantir l'équité du procès. Il suffit qu'il soit convaincu que la publication engendrera un risque réel et important quant à l'équité du procès, risque que les autres mesures n'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 appelants leur liberté d’expression, cette atteinte était très mineure. La mini-série est une œuvre de fiction et non de l’information. Elle pouvait donc être présentée ultérieurement sans trop d’inconvénients. La perte commerciale ne peut justifier que l’on compromette le droit d’un accusé à un procès équitable, particulièrement lorsqu’une partie de cette perte peut être récupérée lors de la diffusion subséquente de la mini-série. Enfin, l’objectif de provoquer la discussion publique des questions de l’abus physique et sexuel d’enfants dans le cadre d’un processus de recherche de solutions n’a pas été frustré par l’interdiction temporaire. Ces questions auraient toujours été d’actualité à la fin des procès. La portée géographique de l’interdiction était toutefois nettement excessive. Puisqu’il était en droit impossible que les procès se déroulent à l’extérieur de l’Ontario, l’interdiction aurait dû être limitée à toute diffusion dans la province et par CBMT-TV à Montréal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Cases Cited

By Lamer C.J.

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

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

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

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

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

### Jurisprudence

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

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