

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Clayton George Mentuck *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Winnipeg Free Press, the Brandon Sun, and the Canadian Newspaper Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MENTUCK

Neutral citation: 2001 SCC 76.

File No.: 27738.

2001: June 18; 2001: November 15.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE MANITOBA COURT OF QUEEN'S BENCH

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Criminal proceedings — Trial judge granting one-year ban as to identity of undercover police officers and refusing ban as to operational methods used in investigating accused — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear Crown appeal from trial judge's order — Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

Criminal law — Publication bans — Appropriate scope of publication ban — Undercover police investigation — Crown seeking publication ban protecting identity of police officers and operational methods used in investigating accused — Trial judge granting one-year ban as to identity of officers and refusing ban as to operational methods — Whether trial judge erred in ordering ban.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Clayton George Mentuck *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, Winnipeg Free Press, Brandon Sun et l'Association canadienne des journaux *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MENTUCK

Référence neutre : 2001 CSC 76.

N° du greffe : 27738.

2001 : 18 juin; 2001 : 15 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE DU MANITOBA

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — Procédures criminelles — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi interjeté par le ministère public contre l'ordonnance du juge du procès? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1), (3).

Droit criminel — Interdictions de publication — Portée qu'il convient de donner à l'interdiction de publication — Enquête policière secrète — Le ministère public a sollicité une interdiction de publication en vue de protéger l'identité des policiers et les méthodes employées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé — Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers et a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction?

The accused was charged with second degree murder. At his first trial, a stay of proceedings was entered after crucial evidence was ruled inadmissible. The accused was then targeted by the RCMP in an undercover operation. The undercover operation followed a pattern commonly employed by Canadian police. As a result of evidence gathered during this operation, the indictment was reinstated. In the course of opening statements at the second trial, the Crown referred to much of the information now sought to be suppressed. Newspapers reported most of the information. During the trial the Crown moved for a publication ban to protect the identity of the officers and the operational methods employed by those officers in the investigation. The accused and two intervening newspapers opposed the motion. The trial judge granted a one-year ban as to the identity of undercover police officers, but refused a ban as to operational methods used in investigating the accused. Pending the resolution of this appeal, that order was stayed and orders granting the requested publication ban in full and sealing the affidavits filed with the trial judge were granted. Meanwhile, a mistrial was declared in the second trial due to a hung jury. At the accused's third trial, he was acquitted.

Held: The appeal should be dismissed. The order granting a one-year ban as to the identity of the undercover police officers is restored, but the one-year period commences at the date of this judgment.

As Parliament has not seen fit to amend the *Criminal Code* to provide for clear avenues of appeal in publication ban cases, the reasoning in *Dagenais* and *Adams* governs the appeal process. This Court has jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act* to hear a direct appeal from the trial judge's order for a publication ban. This order is ancillary to any issues relating to the guilt or innocence of the accused, and thus the appeal is not barred by s. 40(3) of the Act. No other route of appeal is open to the parties in the case, and the appeal is not explicitly barred by statute.

The ban ordered by the trial judge was properly issued and was of the appropriate scope in light of the requirements of the *Charter*. A publication ban should only be ordered when such an order is necessary to prevent a serious risk to the proper administration of justice, because reasonable alternative measures will not prevent the risk, and when the salutary effects of the publication

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré. À son premier procès, le juge a ordonné l'arrêt des procédures après avoir jugé inadmissibles des éléments de preuve cruciaux. L'accusé a par la suite fait l'objet d'une opération secrète de la GRC. L'opération secrète correspond à un modèle qu'utilise couramment la police canadienne. En raison de la preuve recueillie au cours de cette opération, la mise en accusation a été rétablie. Lors des exposés préliminaires au second procès, le ministère public a fait référence à bon nombre des renseignements dont on veut maintenant interdire la publication. Les journaux ont rapporté la plupart de ces renseignements. Au procès, le ministère public a présenté une requête en interdiction de publication en vue de protéger l'identité des policiers et les méthodes qu'ils ont utilisées dans le cadre de l'enquête. L'accusé et deux journaux intervenants se sont opposés à la requête. Le juge du procès a accordé pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés, mais a refusé d'ordonner une interdiction quant aux méthodes utilisées dans le cadre de l'enquête visant l'accusé. Dans l'attente de l'issue du présent pourvoi, on a suspendu l'exécution de cette ordonnance, et on a rendu une ordonnance accordant l'interdiction totale de publication ainsi qu'une ordonnance de mise sous scellés des affidavits déposés auprès du juge du procès. Entre-temps, la nullité du second procès a été déclarée en raison d'un désaccord du jury. L'accusé a été acquitté à son troisième procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'ordonnance accordant pour un an l'interdiction de publier l'identité des policiers banalisés est rétablie, mais la période d'un an commence à la date du présent arrêt.

Comme le législateur n'a pas jugé bon de modifier le *Code criminel* pour que celui-ci prévoie des voies d'appel claires en matière d'interdictions de publication, le raisonnement suivi dans *Dagenais* et *Adams* régit le processus d'appel. La Cour a compétence aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre le pourvoi formé directement contre l'ordonnance de non-publication du juge du procès. Cette ordonnance étant accessoire aux questions relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé, le par. 40(3) de la Loi n'interdit pas qu'elle fasse l'objet d'un appel. En l'espèce, les parties ne disposent d'aucune autre voie d'appel et aucune disposition législative n'interdit explicitement l'appel.

Le juge du procès a eu raison d'ordonner l'interdiction et il lui a donné la portée qu'il convient compte tenu des exigences de la *Charte*. Une interdiction de publication ne doit être ordonnée que si elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque, et que si ses effets bénéfiques

ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice. The party bringing the application has the burden of displacing the presumption of openness. That party must also establish a sufficient evidentiary basis to allow the judge to make an informed application of the test, and to allow for review.

The first branch of the analysis requires consideration of the necessity of the ban in relation to its object of protecting the proper administration of justice. The concept of “necessity” has several elements: (1) the risk in question must be well-grounded in the evidence and must pose a serious threat to the proper administration of justice; (2) “the proper administration of justice” should not be interpreted so widely as to keep secret a vast amount of enforcement information the disclosure of which would be compatible with the public interest; and (3) in order to reflect the minimal impairment branch of the *Oakes* test, the judge must consider whether reasonable alternatives are available, but he must also restrict the order as far as possible without sacrificing the prevention of the risk. Under the second branch of the analysis, the effect of the ban on the efficacy of police operations, the right of the public to freedom of expression, and the right of the accused to a public trial must be weighed.

A publication ban as to operational methods is unnecessary. Although police operations will be compromised if suspects learn that they are targets, media publication will not seriously increase the rate of compromise. Republication of this information does not constitute a serious risk to the efficacy of police operations, and thus to that aspect of the proper administration of justice. This ground by itself is sufficient to dispose of the ban as to operational methods. However, in this case, publication of the names and identities of the officers in question would create a serious risk to the efficacy of current, similar operations. The ban as to identity is necessary and there is no reasonable alternative. The ban was properly restricted to a period of one year but, as the circumstances of the case may change, that order will be made subject to further order of the issuing court.

Even if a serious risk had been demonstrated, the deleterious effects of the ban as to operational methods on the right of the press to freedom of expression and the

sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice. Il incombe à la partie qui présente la demande de justifier la dérogation à la règle de la publicité des procédures. Cette partie doit également fournir une preuve suffisante pour permettre au juge d'appliquer le critère de façon éclairée et pour permettre le contrôle de la décision.

Le premier volet de l'analyse exige l'examen de la nécessité de l'interdiction en fonction de son objet, qui vise à protéger la bonne administration de la justice. La notion de « nécessité » comporte plusieurs éléments : (1) le risque en question doit être bien appuyé par la preuve et doit constituer une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice; (2) l'expression « la bonne administration de la justice » ne doit pas être interprétée d'une façon large au point de garder secrets un grand nombre de renseignements relatifs à l'application de la loi, dont la communication serait compatible avec l'intérêt public; (3) pour respecter le volet de l'atteinte minimale du critère de *Oakes*, le juge doit non seulement déterminer s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais il doit aussi limiter l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque. Selon le deuxième volet de l'analyse, il faut soulever l'effet de l'interdiction sur l'efficacité des opérations policières, sur le droit du public à la liberté d'expression et sur le droit de l'accusé à un procès public.

L'interdiction de publier les méthodes d'enquête n'est pas nécessaire. Même si des opérations policières seront compromises si les suspects apprennent qu'ils sont visés, la couverture de ces opérations par les médias n'en fera pas augmenter considérablement le taux d'échec. La republication de cette information ne constitue pas un risque sérieux pour l'efficacité des opérations policières et, par conséquent, pour cet aspect de la bonne administration de la justice. Ce motif suffit en soi pour régler la question de l'interdiction concernant les méthodes d'enquête. En l'espèce, cependant, la publication du nom et de l'identité des policiers en cause aurait pour effet de créer un risque sérieux pour l'efficacité des opérations semblables en cours. L'interdiction visant l'identité est nécessaire et il n'existe aucune autre solution raisonnable. L'interdiction a été limitée à bon droit à un an, mais comme les circonstances de l'affaire peuvent changer, cette ordonnance s'applique sauf ordonnance contraire du tribunal qui l'a rendue.

Même si on avait démontré l'existence d'un risque sérieux, les effets préjudiciables de l'interdiction de publication des méthodes d'enquête sur le droit de la presse à la

accused's right to a public trial would substantially outweigh the benefits to the administration of justice. The benefits this ban promises are, at best, speculative and marginal improvements in the efficacy of undercover operations and the safety of officers in the field, but the deleterious effects are substantial. Such a ban would seriously curtail the freedom of the press in respect of an issue that may merit widespread public debate. It would also have a deleterious effect on the right of the accused to a fair and public trial, which includes the right to have the media access the courtroom and report on the proceedings. Allowing public scrutiny of the trial process is to the advantage of the accused because it ensures that the trial is conducted fairly, and because it can vindicate an accused person who is acquitted, particularly when the acquittal is surprising and perhaps shocking to the public. However, the salutary effects of the ban as to identity are significant. It will reduce the potential harm to the officers currently in the field and assist in ensuring the efficacy of ongoing operations. Moreover, its deleterious effects are not as substantial. Although, in general, the names of police officers who testify against accused persons need not, and should not, be the subject of publication bans, the detrimental aspects of a time-limited ban in these circumstances is outweighed by the salutary effects of the ban.

Cases Cited

Explained: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, rev'g (1992), 12 O.R. (3d) 239; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; **referred to:** *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney-General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676(1) [am. c. 27 (1st Supp.)], s. 139(1).

liberté d'expression et sur le droit de l'accusé à un procès public l'emporteraient de loin sur ses effets bénéfiques pour l'administration de la justice. Les effets bénéfiques de cette interdiction sont, au mieux, un accroissement spéculatif minime de l'efficacité des opérations secrètes et de la sécurité des policiers sur le terrain, alors que ses effets préjudiciables sont considérables. Une telle interdiction porterait gravement atteinte à la liberté de la presse relativement à une question susceptible de justifier un grand débat public. Elle aurait également un effet préjudiciable sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, qui comprend le droit à ce que les médias aient accès à la salle d'audience et rapportent ce qui s'y déroule. Permettre l'examen public du processus judiciaire est à l'avantage de l'accusé parce que cet examen garantit l'équité du procès et parce qu'il peut rendre justice à une personne acquittée, surtout dans les cas où l'acquiescement est surprenant et, peut-être, choquant pour le public. Toutefois, les effets bénéfiques de l'interdiction de publier l'identité sont notables. Elle réduira le préjudice qui pourrait être causé aux policiers actuellement sur le terrain et contribuera à l'efficacité des opérations en cours. De plus, ses effets préjudiciables ne sont pas aussi substantiels. Même si, en règle générale, il n'est ni nécessaire, ni souhaitable, que le nom des policiers qui témoignent contre l'accusé fasse l'objet d'une interdiction de publication, les effets bénéfiques d'une interdiction limitée dans le temps l'emportent sur ses effets préjudiciables dans les circonstances.

Jurisprudence

Arrêts expliqués : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, inf. (1992), 12 O.R. (3d) 239; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; **arrêts mentionnés :** *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 11d).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 676(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 139(1)].

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Queen's Bench (2000), 143 Man. R. (2d) 275, 73 C.R.R. (2d) 52, [2000] M.J. No. 69 (QL). Appeal dismissed.

Heather Leonoff, Q.C., and *Darrin R. Davis*, for the appellant.

Timothy J. Killeen and *Wendy A. Stewart*, for the respondent.

Cheryl J. Tobias and *Malcolm G. Palmer*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Christopher Webb*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

John M. Gordon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jonathan B. Kroft and *Brent C. Ross*, for the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun.

Paul B. Schabas and *Tony S. K. Wong*, for the intervener the Canadian Newspaper Association.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ This appeal raises two questions. First, we must decide in what circumstances this Court has jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to hear an appeal of an order for a publication ban directly from the court making the order. Second, we must decide whether an order prohibiting publication of the details of the police practices used in this case ought to have been issued. Along with the appeal in *R. v. O.N.E.*, [2001] 3 S.C.R. 478, 2001 SCC 77, which was heard at the same time, this case raises important questions about publicity rights in trials. It requires us to balance the interests of the public in ensuring

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).

POURVOI contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (2000), 143 Man. R. (2d) 275, 73 C.R.R. (2d) 52, [2000] M.J. No. 69 (QL). Pourvoi rejeté.

Heather Leonoff, c.r., et *Darrin R. Davis*, pour l'appelante.

Timothy J. Killeen et *Wendy A. Stewart*, pour l'intimé.

Cheryl J. Tobias et *Malcolm G. Palmer*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Christopher Webb*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

John M. Gordon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jonathan B. Kroft et *Brent C. Ross*, pour les intervenants Winnipeg Free Press et Brandon Sun.

Paul B. Schabas et *Tony S. K. Wong*, pour l'intervenante l'Association canadienne des journaux.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, nous devons décider dans quels cas la Cour a compétence aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, pour entendre le pourvoi formé directement contre l'ordonnance de non-publication rendue par le tribunal de première instance. Deuxièmement, nous devons décider s'il aurait fallu que ce dernier rende une ordonnance interdisant la publication des détails des pratiques utilisées par la police en l'espèce. Tout comme le pourvoi *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478, 2001 CSC 77, entendu en même temps, la présente affaire soulève des

effective policing and society's fundamental interest in allowing the public to monitor the police, as well as the right of the accused to a "fair and public hearing".

I conclude that this Court does have jurisdiction to hear this appeal and other direct appeals from orders for publication bans, but only in a limited set of circumstances where no other route of appeal lies. I also find that the full publication ban in this case should not have been issued. A ban that conceals the nature of police practices was rightly not ordered by the trial judge. The improved efficacy of police undercover operations would not be substantial, and in any event, is outweighed by the deleterious effects on the rights protected by ss. 2(b) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, the more limited ban on the publication of the involved officers' names and identities for a one-year period, was properly ordered. Accordingly, the order of the Manitoba Court of Queen's Bench is affirmed and this appeal is dismissed.

II. Background

On July 13, 1996, 14-year-old Amanda Cook disappeared from the Rossburn Harvest Fair. Her body was discovered on July 17, 1996, in the bush near the fairground. The body was partially clothed and an examination disclosed that she had been killed by a series of blows to her head with a rock. On March 11, 1997, the respondent was charged with second degree murder for the death of Amanda Cook. At his first trial in March 1998, a stay of proceedings was entered after crucial evidence was ruled inadmissible.

Following the first trial, the respondent was targeted by the Royal Canadian Mounted Police in an undercover operation code-named *Operation Decisive*. The undercover operation followed a pattern commonly employed by Canadian

questions importantes au sujet du droit à la publicité des procédures dans les procès. Nous devons ici pondérer l'intérêt du public à ce que les services de police soient efficaces et l'intérêt fondamental de la société à ce que le public puisse surveiller la police, ainsi que le droit de l'accusé à un « procès public et équitable ».

Je conclus que la Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi et les autres pourvois formés directement contre des ordonnances de non-publication, mais uniquement dans les cas où il n'existe aucune autre voie d'appel. Je suis également d'avis qu'il n'y avait pas lieu de rendre une ordonnance d'interdiction totale de publication en l'espèce. C'est à bon droit que le juge du procès n'a pas ordonné l'interdiction de divulguer la nature des pratiques policières. Les opérations secrètes de la police ne seraient guère plus efficaces et, de toute manière, les effets préjudiciables de l'interdiction sur les droits que garantissent les al. 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dépassent l'avantage de l'interdiction elle-même. Il convenait toutefois d'ordonner l'interdiction de publier le nom et l'identité des policiers en cause pour un an. Par conséquent, l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba est confirmée et le présent pourvoi est rejeté.

II. Les faits

Le 13 juillet 1996, Amanda Cook, âgée de 14 ans, disparaît de la foire de Rossburn. On découvre son corps le 17 juillet 1996, dans le buisson près du champ de foire. Le corps est partiellement vêtu et un examen révèle qu'elle a été frappée à mort avec une pierre. Le 11 mars 1997, l'intimé est accusé de meurtre au deuxième degré pour la mort d'Amanda Cook. À son premier procès, en mars 1998, le juge ordonne l'arrêt des procédures après avoir jugé inadmissibles des éléments de preuve cruciaux.

À la suite du premier procès, l'intimé fait l'objet d'une opération secrète de la Gendarmerie royale du Canada, ayant comme nom de code *Operation Decisive*. L'opération secrète correspond à un modèle qu'utilise couramment la police canadienne. Des

2

3

4

police. The respondent was invited by undercover officers to join a fictitious criminal organization. He was then asked to undertake certain tasks, the claimed importance of which was increased over time. The tasks included counting large sums of money and delivering parcels. The respondent was then told to be honest about his involvement in the murder of Amanda Cook. When he denied involvement, he was told that the “Boss” of the organization was angry with the person who had recruited the respondent as the respondent was a liar. The respondent was again encouraged to discuss the murder honestly. He was told that the criminal organization would arrange for a person dying of cancer to confess to the crime, and thereafter would provide assistance to the respondent in suing the government for wrongful imprisonment.

5 As a result of evidence gathered during this undercover operation, the indictment was reinstated on January 28, 1999. The second trial commenced on January 24, 2000, before a judge and jury. In the course of opening statements, Crown counsel referred to much of the information now sought to be suppressed, and the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun reported most of it.

6 During the trial the Crown brought a motion before the trial judge to prohibit the publication of certain facts that were to be tendered in evidence. The motion sought a ban on the publication of:

- (a) the names and identities of the undercover police officers [involved] in the investigation of the accused, including any likeness of the officers, appearance of their attire and physical descriptions;
- (b) the conversations of the undercover operators in the investigation of the accused to the extent that they disclose the matters in paragraphs (a) and (c);
- (c) the specific undercover operation scenarios used in investigation. . . .

In these reasons, the ban set out in paragraph (a) will be referred to as “the ban as to identity”; the ban set out in paragraphs (b) and (c) will be

policiers banalisés invitent l’intimé à se joindre à un gang fictif. Ils lui demandent ensuite d’effectuer certaines tâches, soi-disant de plus en plus importantes. Il s’agit notamment de compter de grosses sommes d’argent et de livrer des colis. Les policiers lui demandent ensuite d’être franc au sujet de son rôle dans le meurtre d’Amanda Cook. Après qu’il a nié y être impliqué, ils lui font savoir que le « patron » du gang est en colère contre la personne qui l’a recruté parce qu’il est un menteur. Ils l’incitent de nouveau à parler franchement du meurtre, lui affirmant que le gang s’arrangerait pour qu’une personne se mourant du cancer avoue le crime et qu’il l’aiderait ensuite à poursuivre le gouvernement pour emprisonnement illégal.

En raison de la preuve recueillie au cours de cette opération, la mise en accusation est rétablie le 28 janvier 1999. Le second procès commence le 24 janvier 2000 devant un juge et un jury. Lors des exposés préliminaires, l’avocat du ministère public fait référence à bon nombre des renseignements dont on veut maintenant interdire la publication et les intervenants, la Winnipeg Free Press et le Brandon Sun, en ont rapporté la plupart.

Au procès, le ministère public présente au juge une requête visant l’interdiction de publier certains faits qui allaient être présentés en preuve. La requête sollicite l’interdiction de publier :

[TRADUCTION]

- a) le nom et l’identité des policiers banalisés ayant participé à l’enquête sur l’accusé, notamment leur apparence, leur tenue vestimentaire et leur description;
- b) les conversations des agents banalisés lors de l’enquête sur l’accusé qui révèlent les éléments mentionnés aux alinéas a) et c);
- c) les scénarios particuliers de l’opération secrète utilisés dans le cadre de l’enquête. . .

Dans les présents motifs, l’interdiction mentionnée à l’alinéa a) signifie « l’interdiction de publier l’identité » et celle mentionnée aux alinéas b)

referred to as “the ban as to operational methods”.

The respondent opposed the application for a publication ban. The interveners, the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun, were granted leave to intervene in the original motion. On February 2, 2000, the trial judge refused to order the ban as to operational methods. He did grant a ban as to identity limited to a period of one year. Pending the resolution of this appeal, I ordered a stay of the trial judge’s decision on February 7, 2000, and made an order granting the requested publication ban in full, and an order sealing the affidavits filed with the trial judge. I also ordered that the application for leave to appeal be expedited, and leave was granted on May 25, 2000. On February 18, 2000, the trial judge ordered a mistrial as a result of a hung jury. On September 11, 2000, a third trial was commenced before a judge alone. On September 29, 2000 the respondent was acquitted of the murder of Amanda Cook.

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

(b) against an order of a superior court of criminal jurisdiction that quashes an indictment or in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction on an indictment;

(c) against an order of a trial court that stays proceedings on an indictment or quashes an indictment; or

(d) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in

et c), « l’interdiction de publier les méthodes d’enquête ».

L’intimé s’oppose à la demande d’interdiction de publication. Les intervenants, le Winnipeg Free Press et le Brandon Sun, reçoivent l’autorisation d’intervenir dans la requête initiale. Le 2 février 2000, le juge du procès refuse d’ordonner l’interdiction de publier les méthodes d’enquête. Il accorde toutefois pour un an l’interdiction de publier l’identité. Dans l’attente de l’issue du présent pourvoi, j’ai ordonné la suspension de l’exécution de la décision du juge du procès, le 7 février 2000, et j’ai rendu une ordonnance accordant l’interdiction totale de publication ainsi qu’une ordonnance de mise sous scellés des affidavits déposés auprès du juge du procès. J’ai également ordonné que la demande d’autorisation de pourvoi soit traitée en priorité, et l’autorisation a été accordée le 25 mai 2000. Le 18 février 2000, le juge du procès ordonne la nullité du procès en raison d’un désaccord du jury. Un troisième procès commence le 11 septembre 2000 devant un juge seul. Ce dernier acquitte l’intimé du meurtre d’Amanda Cook, le 29 septembre 2000.

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d’appel :

a) contre un jugement ou verdict d’acquiescement d’un tribunal de première instance à l’égard de procédures sur acte d’accusation pour tout motif d’appel qui comporte une question de droit seulement;

b) contre une ordonnance d’une cour supérieure de juridiction criminelle qui annule un acte d’accusation ou refuse ou omet d’exercer sa compétence à l’égard d’un acte d’accusation;

c) contre une ordonnance d’un tribunal de première instance qui arrête les procédures sur un acte d’accusation ou annule un acte d’accusation;

d) avec l’autorisation de la cour d’appel ou de l’un de ses juges, contre la peine prononcée par un

proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26

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.

. . .

(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.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

tribunal de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette peine ne soit de celles que fixe la loi.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26

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 à la Cour 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.

. . .

(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.

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

d) 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;

IV. Judgment Below

Manitoba Court of Queen's Bench (2000), 143 Man. R. (2d) 275

Menzies J. refused the greater part of the Crown's application for a publication ban. He reviewed the decision in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and rejected the Crown's argument that the test for a publication ban set out in *Dagenais* was only applicable to motions by the accused to protect his or her right to a fair trial (p. 277). Instead, he concluded that the right to freedom of expression and to a fair trial must both be considered in applying *Dagenais*.

Menzies J. noted that the burden was on the Crown, as the party seeking the publication ban, to lay an evidentiary foundation for the necessity of such a ban, relying on *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 72. The Crown adduced evidence that the officers involved in this operation continued to be involved in undercover operations, that the identity of officers in the field would be compromised if their undercover techniques were to become known to the public, and that the overall efficacy of these types of undercover operations would also be jeopardized (pp. 278-79). Menzies J. discounted these concerns, finding that the right of the accused to a fair trial and the right to freedom of the press are both protected by the *Charter*, while "[t]he right of the police to maintain investigative techniques in the name of the proper administration of justice does not bring a constitutional guarantee" (p. 279).

He therefore declined to issue the requested ban as to operational methods employed by the police, favouring instead the subjection of police techniques to the "penetrating light of public scrutiny" (p. 279). However, Menzies J. did issue the ban as to identity for a period of one year (p. 280).

IV. Le jugement de cour d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine du Manitoba (2000), 143 Man. R. (2d) 275

Le juge Menzies refuse pour la plus grande part la demande d'interdiction de publication du ministère public. Il examine l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et rejette l'argument du ministère public selon lequel le critère relatif à l'interdiction de publication énoncé dans cet arrêt s'applique uniquement aux requêtes de l'accusé visant à protéger son droit à un procès équitable (p. 277). Il est plutôt d'avis que, lorsqu'on applique *Dagenais*, il faut tenir compte à la fois du droit à la liberté d'expression et du droit à un procès équitable.

Se fondant sur *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 72, le juge Menzies souligne qu'il incombe au ministère public, en tant que partie sollicitant l'interdiction de publication, de faire la preuve de la nécessité de cette interdiction. Le ministère public présente des éléments de preuve indiquant que les policiers ayant participé à cette opération continuent à participer à des opérations secrètes, que l'identité des policiers sur le terrain serait compromise si leurs techniques d'enquête secrète étaient connues du public et que l'efficacité générale de ces types d'opérations secrètes serait aussi mise en péril (p. 278-279). Le juge Menzies écarte ces préoccupations, concluant que le droit de l'accusé à un procès équitable et le droit à la liberté de la presse sont tous deux protégés par la *Charte*, tandis que [TRADUCTION] « [l]e droit de la police de continuer à utiliser des techniques d'enquête au nom de la bonne administration de la justice n'entraîne pas l'application d'une garantie constitutionnelle » (p. 279).

Il refuse donc d'ordonner l'interdiction de publication demandée quant aux méthodes d'enquête employées par la police, préférant plutôt que les techniques policières soient assujetties à la [TRADUCTION] « lumière pénétrante de l'examen public » (p. 279). Cependant, le juge Menzies ordonne pour un an une interdiction de publication de l'identité (p. 280).

9

10

11

V. Issues

- 12
1. Does this Court have jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to hear this appeal?
 2. What is the appropriate scope of the publication ban in this case?

VI. Analysis

A. *Jurisdiction*

- 13
- This Court has considered questions of its jurisdiction in respect of appeals of publication bans from the court of first instance in two recent decisions, namely *Dagenais, supra*, and *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707. In *Adams*, the trial judge granted a ban on publication of the name of the complainant in a sexual assault case. Upon acquitting the accused, he also ordered that the ban on publication be lifted. The Crown argued that the ban should not have been lifted. At a subsequent hearing, the trial judge upheld his own ruling revoking the ban. The Crown was not permitted to appeal the decision to the Court of Appeal because of the strictures of s. 676(1) of the *Criminal Code*, which allows Crown appeals only in limited circumstances. Since the order in issue had been made after the acquittal of the accused, and since no point of law alone was raised, the Crown appeal was barred by s. 676(1).

- 14
- Sopinka J. found that this Court had jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act* to hear a direct appeal. Section 40(1) allows this Court to hear appeals by leave from “any . . . judgment . . . of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof”. Since the Crown was unable to appeal the order to any other court, the trial court became the “highest court of final resort” with respect to the question at issue. Sopinka J. then considered s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, which removes from this Court’s s. 40(1) jurisdiction appeals from the judgment of any court acquitting, convicting, setting aside or affirming a

V. Les questions en litige

1. Notre Cour a-t-elle compétence aux termes de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre le présent pourvoi?
2. Quelle portée convient-il de donner à l’interdiction de publication en l’espèce?

VI. Analyse

A. *La compétence*

Dans deux arrêts récents, *Dagenais*, précité, et *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, la Cour a examiné des questions relatives à sa compétence en matière de pourvois formés contre des interdictions de publication émanant du tribunal de première instance. Dans *Adams*, le juge du procès a accordé l’interdiction de publier le nom de la plaignante dans une affaire d’agression sexuelle. Après avoir acquitté l’accusé, il a ordonné la levée de l’interdiction de publication. Le ministère public a prétendu que l’interdiction n’aurait pas dû être levée. À une audience subséquente, le juge du procès confirme sa décision de révoquer l’interdiction. Le ministère public n’était pas autorisé à introduire un recours devant la Cour d’appel en raison des restrictions du par. 676(1) du *Code criminel*, qui ne permet au ministère public d’interjeter appel que dans certains cas. Puisque l’ordonnance en cause avait été rendue après l’acquittement de l’accusé et qu’aucune question de droit seulement n’avait été soulevée, le par. 676(1) rendait l’appel du ministère public irrecevable.

Le juge Sopinka a conclu que la Cour avait compétence aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre l’appel interjeté directement devant elle. Le paragraphe 40(1) permet à la Cour d’entendre l’appel interjeté, sur autorisation, contre « tout jugement [. . .] rendu par [. . .] le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, [. . .] ou par l’un des juges de ces juridictions inférieures ». Comme le ministère public ne pouvait pas interjeter appel auprès d’un autre tribunal, le tribunal de première instance est devenu « le plus haut tribunal de dernier ressort » relativement à la question en cause. Le juge Sopinka a ensuite

conviction, or setting aside or affirming an acquittal. He found that the order revoking the ban was not an order “integrally related” to any of the prohibited forms of appeal. Rather, it was “an order . . . ancillary to the underlying judgment rendered by the court”, and thus not barred by s. 40(3): *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 28 (emphasis in original). As such, the Court had jurisdiction to hear the appeal pursuant to s. 40(1).

Dagenais, supra, raised a similar issue. The appellant Canadian Broadcasting Corporation (“C.B.C.”) was enjoined by order of the Ontario Court (General Division) from broadcasting a fictional mini-series about physical and sexual abuse of children in a Catholic institution. The applicants in the case were members of a Catholic religious order, all of whom were charged with physical and sexual abuse of young boys in their care at a Catholic training school. The applicants sought and obtained the order on the basis that their right to a fair trial would be compromised by influencing the jurors both in ongoing cases and in cases in which the juries had not yet been selected. The order was appealed to the Ontario Court of Appeal where the ban on publishing the facts of the proceedings and the sealing of the record were lifted. The broadcast was restrained in Ontario and Montreal until completion of the four criminal trials: *Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239. The remaining order was appealed to this Court.

Lamer C.J., writing for a majority of the Court, found that there was jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to hear the appeal. After canvassing all of the options for appeal of publication bans by third parties, he found that such orders when made by provincial court judges should be reviewed

examiné le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, qui soustrait à la compétence accordée à la Cour par le par. 40(1) l’appel interjeté contre le jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l’une ou l’autre de ces décisions. Il a conclu que l’ordonnance révoquant l’interdiction n’était pas une ordonnance « qui fait partie intégrante » d’un des moyens d’appel interdits. Il s’agit plutôt d’« une ordonnance [. . .] accessoire au jugement [que la cour] a prononcé », de sorte que le par. 40(3) n’interdit pas qu’elle fasse l’objet d’un appel (*R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 28 (souligné dans l’original)). La Cour avait donc compétence pour entendre le pourvoi en vertu du par. 40(1).

L’affaire *Dagenais*, précitée, soulevait une question semblable. La Cour de l’Ontario (Division générale) avait interdit à l’appelante, la Société Radio-Canada (« S.R.C. »), de diffuser une mini-série fictive sur des abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique. Dans cette affaire, les demandeurs étaient membres d’un ordre religieux catholique et ils avaient tous été accusés d’avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins dans un centre catholique d’éducation surveillée. Les demandeurs ont sollicité et obtenu l’ordonnance au motif que la série compromettrait leur droit à un procès équitable en influençant les jurés tant dans les affaires en cours que dans les affaires pour lesquelles le jury n’avait pas encore été sélectionné. Il y a eu appel de l’ordonnance devant la Cour d’appel de l’Ontario, qui a levé l’interdiction de publier le déroulement des procédures et la mise sous scellés des dossiers. La diffusion est interdite en Ontario et à Montréal jusqu’à la fin des quatre procès criminels (*Canadian Broadcasting Corp. c. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239). La partie de l’ordonnance non infirmée a fait l’objet d’un pourvoi auprès de la Cour.

Au nom de la majorité de la Cour, le juge en chef Lamer a conclu que, aux termes de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, la Cour avait compétence pour entendre le pourvoi. Après avoir répertorié toutes les voies d’appel possibles qu’ont les tiers contre les interdictions de publication, il a estimé

by way of *certiorari*, and such orders when made by superior court judges should be appealed to the Supreme Court under s. 40 of the Act. Because the intention of the jurisdiction-limiting provisions of the *Criminal Code* was to establish a comprehensive system of appeals that would replace the former system of writs of error, and not to minimize or reduce this Court's jurisdiction, he found that the *Supreme Court Act* governed our jurisdiction over appeals not explicitly excluded by the *Criminal Code*. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear the appeal, so the C.B.C. should have appealed directly to the Supreme Court. Because the trial judge issuing the ban in that case was the "court of final resort" in the matter, the Court had jurisdiction under s. 40 to hear the appeal by leave.

17 It remains the case that Parliament has not seen fit to amend the *Criminal Code* to provide for clear avenues of appeal in publication bans, for the Crown, the accused, or interested third parties such as the media. Faced with this continuing "jurisdictional *lacuna*", as Lamer C.J. put it in *Dagenais*, the reasoning in *Dagenais* and in *Adams* governs the appeal process to be followed in publication ban cases. I would here reiterate Lamer C.J.'s observation that the current situation, which fails to provide satisfactory routes of appeal despite the fundamental rights at stake, is "deplorable", and again express the hope that Parliament will soon fill this unnecessary and troublesome gap in the law. In that respect, I should like to emphasize that our Court and our judicial system generally greatly benefit from the role of the courts of appeal, and to eliminate their input on these important questions is most regrettable.

18 The reasoning in *Dagenais* and *Adams* should be read together in order to define this Court's jurisdiction under s. 40(1) in cases such as the instant one where no statutory appeal lies. It remains true that the Crown and the accused have, in most cases,

que les ordonnances de non-publication rendues par un juge d'une cour provinciale doivent être révisées par voie de *certiorari* et que celles rendues par un juge d'une cour supérieure doivent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême en vertu de l'art. 40 de la Loi. Étant donné que les dispositions limitatives de compétence du *Code criminel* visaient à établir un régime complet d'appels remplaçant l'ancien régime de brefs d'erreur et non à restreindre la compétence de la Cour, il a conclu que la *Loi sur la Cour suprême* régissait notre compétence relativement aux appels que le *Code criminel* n'excluait pas explicitement. La Cour d'appel n'ayant pas compétence pour entendre l'appel, la S.R.C. aurait dû interjeter appel directement devant la Cour suprême. Puisque le juge du procès qui avait ordonné l'interdiction dans cette affaire était le « tribunal de dernier ressort » en la matière, la Cour avait compétence aux termes de l'art. 40 pour entendre l'appel par voie d'autorisation.

Le législateur n'a toujours pas jugé bon de modifier le *Code criminel* pour que celui-ci prévienne des voies d'appel claires, en matière d'interdictions de publication, pour le ministère public et pour l'accusé de même que pour les tiers intéressés comme les médias. Étant donné que cette « lacune », comme le juge en chef Lamer l'a qualifiée dans *Dagenais*, persiste, le raisonnement suivi dans cet arrêt et dans *Adams* régit le processus d'appel à suivre en matière d'interdiction de publication. Je réitère ici l'observation du juge en chef Lamer selon laquelle la situation actuelle, où il n'y a aucune voie d'appel satisfaisante malgré les droits fondamentaux en jeu, est « déplorable », et j'exprime de nouveau l'espoir que le législateur comblera bientôt cette lacune inutile et troublante de la loi. À cet égard, je désire souligner que la Cour et notre système judiciaire bénéficient généralement beaucoup du rôle que jouent les cours d'appel, et l'élimination de leur contribution sur ces questions importantes est des plus regrettables.

Il faut lire conjointement les raisonnements suivis dans *Dagenais* et *Adams* pour définir la compétence qu'a la Cour aux termes du par. 40(1) dans les cas où la loi ne prévoit aucun appel, comme en l'espèce. Il est vrai que le ministère public et l'accusé ont,

“established avenues to follow when seeking or challenging a ban”. *Dagenais, supra*, at p. 857. But since *Dagenais* dealt only with the process to be followed by appellants who are third parties to the criminal process giving rise to such a ban, it should not be taken as foreclosing this Court’s jurisdiction where s. 40 of the Act can be read to allow it. The direction that the Crown and accused follow the ordinary routes of appeal available in the *Criminal Code* is obviously restricted to cases where there is an available avenue of appeal.

In *Adams*, Sopinka J. applied the reasoning in *Dagenais*. Having found that a publication ban order had no statutory appeal process under the *Criminal Code*, he concluded that such an order by a superior court judge was an order by the “court of final resort”. He also concluded that s. 40(3) of the Act precluded appeals to this Court of both those matters set out in the *Criminal Code* and those matters that are an integral part of any judgment convicting or acquitting the accused. The section thereby prevents a multiplicity of appeals from the “vast array of interlocutory orders and rulings made at trial with respect to the conduct of the proceedings”. *Adams, supra*, at para. 17. However, the section does not preclude appeals from orders that are ancillary, or not integrally related, to the process of conviction or acquittal of the accused. *Adams, supra*, at para. 18; *Hinse, supra*, at para. 28.

The *Supreme Court Act* was passed to allow this Court to serve as a “general court of appeal for Canada”, and s. 40 must be read in light of the purpose of the Court’s enabling legislation. Unless the Court is specifically prohibited from entertaining appeals by s. 40(3) of the Act, it may grant leave to hear any appeal from the decision of any “court of final resort” in Canada. Parliament has seen fit to provide generally for rational routes of appeal in criminal cases. In these cases, we cannot take jurisdiction, nor would we wish to. But a purposive

dans la plupart des cas, « établi les moyens à utiliser lorsqu’une interdiction de publication est demandée ou contestée » (*Dagenais*, précité, p. 857). Mais étant donné que *Dagenais* portait uniquement sur la procédure que doivent suivre les appelants qui sont des tiers dans le processus criminel ayant donné lieu à l’interdiction, il ne faut pas interpréter cet arrêt comme écartant la compétence de la Cour lorsque l’art. 40 de la Loi peut être interprété comme la permettant. La directive pour le ministère public et l’accusé de suivre les voies d’appel ordinaires prévues dans le *Code criminel* se limite manifestement aux cas où il existe un moyen d’appel.

Dans *Adams*, le juge Sopinka a appliqué le raisonnement suivi dans *Dagenais*. Ayant conclu que le *Code criminel* ne prévoyait aucune procédure d’appel contre une ordonnance de non-publication, il a jugé qu’une telle ordonnance rendue par un juge d’une cour supérieure constituait une ordonnance du « tribunal de dernier ressort ». Il a également conclu que le par. 40(3) de la Loi interdisait les pourvois auprès de la Cour à la fois pour les questions énoncées dans le *Code criminel* et pour les questions faisant partie intégrante d’un jugement prononçant une déclaration de culpabilité ou un acquittement. Cette disposition empêche donc qu’il y ait une multitude d’appels interjetés contre la « vaste gamme de décisions et d’ordonnances interlocutoires rendues au procès en ce qui concerne le déroulement des procédures » (*Adams*, précité, par. 17). Toutefois, elle n’interdit pas les appels accessoires au processus de déclaration de culpabilité ou d’acquittement de l’accusé ni les appels qui n’en font pas partie intégrante (*Adams*, précité, par. 18; *Hinse*, précité, par. 28).

La *Loi sur la Cour suprême* a été adoptée pour permettre à la Cour de servir de « cour générale d’appel pour l’ensemble du pays », et l’art. 40 doit être interprété en fonction de l’objet de la loi habilitante de la Cour. À moins que le par. 40(3) de la Loi interdise expressément à la Cour d’entendre certains pourvois, celle-ci peut décider d’entendre tout appel formé à l’encontre de la décision de tout « tribunal de dernier ressort » au Canada. Le législateur a jugé bon de prévoir de façon générale des voies rationnelles d’appel en matière cri-

19

20

approach to s. 40 requires the Court to take jurisdiction where no other appellate court can do so, unless an explicit provision bars all appeals. Section 40(1) ensures that even though specific legislative provisions on jurisdiction are lacking, this Court may fill the void until Parliament devises a satisfactory solution. Concomitantly, s. 40(3) ensures that this Court is not overrun by a large volume of appeals on interim and interlocutory orders made in the context of a criminal proceeding, where Parliament has decided it best that such appeals be conducted in an orderly fashion at the conclusion of the trial and in accordance with the procedures provided in the *Criminal Code*.

minelle. En cette matière, nous ne pouvons pas et ne voulons pas nous attribuer compétence. Mais la méthode d'interprétation en fonction de l'objet de l'art. 40 exige que la Cour s'attribue compétence lorsqu'aucun autre tribunal d'appel ne peut le faire, sauf si une disposition interdit explicitement tout pourvoi. Le paragraphe 40(1) garantit que, même en l'absence de disposition législative précise sur la compétence, la Cour peut combler le vide jusqu'à ce que le législateur trouve une solution satisfaisante. Parallèlement, le par. 40(3) garantit que la Cour n'est pas ensevelie sous une avalanche d'appels interjetés contre des ordonnances provisoires et interlocutoires rendues dans le cadre de procédures criminelles, le législateur ayant décidé qu'il était préférable que de tels appels soient interjetés de façon ordonnée à la conclusion du procès et conformément aux procédures prescrites par le *Code criminel*.

21

The situations in which this Court has jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* over direct appeals from the court of first instance are, therefore, appeals where (a) an order deals with issues ancillary, or not integrally related, to the guilt or innocence of the accused; and (b) where there is no other available right of appeal or any explicit bar to appeal. In this case, the publication ban was not integrally related to the guilt or innocence of the accused. It was neither intended to preserve the fair trial rights of the accused, nor to secure evidence that might lose its value in the context of the trial if widely known. Rather, it was sought in order to maintain the secrecy of police operations in other investigations, where breach of such secrecy was alleged to endanger the efficacy of these investigations. In addition, there was no other possible route of appeal in this case. The publication ban was issued by a superior court judge, not a provincial court judge. An order by a provincial court judge could be reviewed by way of the exceptional remedy of *certiorari*: *Dagenais, supra*, at p. 865. The harm caused by the issue or refusal of the ban could not be cured by the outcome of the trial, making this interlocutory order “final”. No appeal was available under s. 676(1) of the *Criminal Code*, and neither the *Code* nor s. 40(3) of the *Supreme Court Act* bars the

Les cas dans lesquels, aux termes de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, la Cour a compétence sur les appels interjetés directement contre les décisions du tribunal de première instance sont donc les appels a) où l'ordonnance porte sur des questions accessoires à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé ou sur des questions qui ne font pas partie intégrante de la question de la culpabilité ou de l'innocence; et b) où il n'existe pas d'autre droit d'appel ni d'interdiction explicite d'interjeter appel. Ici, l'interdiction de publication ne faisait pas partie intégrante de la question de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Cette interdiction ne visait pas à préserver le droit de l'accusé à un procès équitable ni à protéger des éléments de preuve susceptibles de perdre leur valeur dans le contexte du procès s'ils étaient connus du grand public. Le but de l'interdiction était plutôt de garder secrètes les opérations menées par la police dans d'autres enquêtes où, allègue-t-on, la communication du secret compromettrait l'efficacité de ces enquêtes. En outre, il n'existait aucune autre voie d'appel possible en l'espèce. L'ordonnance de non-publication a été rendue par un juge d'une cour supérieure, et non par un juge d'une cour provinciale. Une ordonnance rendue par un juge d'une cour provinciale pourrait être révisée par voie du redressement extraordinaire du *certiorari* (*Dagenais*, précité, p. 865). L'issue du

appeal. I therefore conclude that this Court has jurisdiction to hear the appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

B. *The Publication Ban*

(1) The Relevant Legal Principles

In considering whether this publication ban ought to have been issued, the starting point is once again this Court's decision in *Dagenais, supra*. In *Dagenais*, as I discussed above, an order was sought by four accused persons prohibiting the broadcast of a fictional television mini-series depicting factual circumstances extremely similar to the facts in issue at each of their trials, namely, physical and sexual abuse of young boys at religious training institutions. There, as here, the ban was sought on the basis of the court's common law jurisdiction to order publication bans. However, the specific rationale for the publication ban in that case was, unlike in the instant case, the need to guard the fair trial interests of accused persons.

Lamer C.J. found that 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". (*Dagenais, supra*, at p. 877). Given the courts' obligation to develop the common law in a manner consistent with *Charter* values, however, he found that it was inappropriate to continue assigning this priority to the right of the accused to a fair trial, when s. 2(b) of the *Charter* recognized an equally important right to freedom of expression. Instead, he adopted a new approach to assessing whether a common law publication ban should be ordered. This new approach aimed to balance both the right to a fair trial and the right to freedom of expression rather than enshrining one at the expense of the other. The approach adopted was intended to reflect the substance of the *Oakes* test

procès ne peut remédier au préjudice causé par la décision d'ordonner ou non l'interdiction de publication, de sorte que cette ordonnance interlocutoire est « finale ». On ne peut invoquer le par. 676(1) du *Code criminel* pour interjeter appel, et ni le *Code* ni le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême* n'interdisent l'appel. Je conclus donc que la Cour a compétence en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre le pourvoi.

B. *L'interdiction de publication*

(1) Les principes de droit pertinents

Pour décider si cette interdiction de publication aurait dû être rendue, il faut une fois de plus se reporter à l'arrêt *Dagenais*, précité. Dans cet arrêt, comme je l'ai mentionné précédemment, quatre accusés ont sollicité une ordonnance interdisant la diffusion d'une mini-série télévisée décrivant des faits fictifs extrêmement semblables aux faits en cause dans leur procès respectif, à savoir les abus physiques et sexuels commis sur de jeunes garçons dans des institutions d'éducation religieuses. Dans cette affaire, comme en l'espèce, on a sollicité l'interdiction en se fondant sur la compétence de common law du tribunal d'ordonner des interdictions de publication. Toutefois, contrairement à la présente affaire, le fondement de l'interdiction de publication dans cette affaire était la nécessité de protéger le droit des accusés à un procès équitable.

Le juge en chef Lamer a conclu que 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 » (*Dagenais*, précité, p. 877). Toutefois, compte tenu de l'obligation des tribunaux de faire évoluer la common law d'une manière compatible avec les valeurs de la *Charte*, il a jugé inopportun de continuer à privilégier le droit de l'accusé à un procès équitable alors que l'al. 2b) de la *Charte* reconnaît le droit tout aussi important à la liberté d'expression. Il a plutôt adopté une nouvelle méthode pour décider si une interdiction de publication en common law devait être ordonnée, qui consistait à pondérer le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d'expression plutôt qu'à

22

23

and its valuable function in determining what reasonable limits on the rights to be balanced might be. Accordingly, in *Dagenais*, *supra*, Lamer C.J. found at p. 878, that:

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. [Emphasis in original.]

24

This Court considered a similar issue — the power to exclude media and the public from a trial — in *New Brunswick*, *supra*. In that case, the Crown moved to exclude the public and the media from the portion of a sentencing proceeding for sexual assault and sexual interference dealing with the specific acts committed by the accused (who had pled guilty). The trial judge, acting pursuant to s. 486(1) of the *Criminal Code*, granted the order. At the request of the C.B.C., the trial judge gave reasons, which set out that he had granted the order in the interests of “the proper administration of justice”, and specifically on the basis that the order would avoid “undue hardship on the persons involved, both the victims and the accused” (para. 79). The C.B.C. then brought a *Charter* challenge to s. 486(1). The Court of Queen’s Bench concluded that s. 486(1) offended the right of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* but was justifiable under s. 1. The Court of Appeal affirmed this judgment.

25

La Forest J., writing for a unanimous Court in *New Brunswick*, *supra*, found that the exclusion of the public and media from the courtroom under s. 486(1) was a violation of the freedom of the press under s. 2(b). Section 486(1) restricted expressive

consacrer l’un au détriment de l’autre. La méthode adoptée avait pour but de refléter l’essence du critère énoncé dans *Oakes* ainsi que le rôle fort utile du critère quand il s’agit d’établir les limites raisonnables des droits à pondérer. En conséquence, le juge en chef Lamer, dans *Dagenais*, précité, a conclu à la p. 878 :

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. [Souligné dans l’original.]

La Cour a examiné une question semblable — le pouvoir de refuser aux médias et au public l’accès à un procès — dans *Nouveau-Brunswick*, précité. Dans cette affaire, le ministère public a présenté une requête demandant l’exclusion du public et des médias pour la partie de la procédure de détermination de la peine en matière d’agression sexuelle et de contacts sexuels qui portait sur les actes précis commis par l’accusé (qui avait plaidé coupable). Se fondant sur le par. 486(1) du *Code criminel*, le juge du procès a accordé l’ordonnance. À la demande de la S.R.C., il a motivé l’ordonnance, expliquant qu’il l’a rendue dans l’intérêt de « la bonne administration de la justice » et, plus particulièrement, parce qu’elle éviterait « un préjudice indu . . . aux personnes concernées, tant les victimes que l’accusé » (par. 79). La S.R.C. a alors présenté une contestation fondée sur la *Charte* à l’égard du par. 486(1). La Cour du Banc de la Reine a conclu que le par. 486(1) portait atteinte au droit à la liberté d’expression garanti par l’al. 2b) de la *Charte*, mais que sa justification pouvait se démontrer en vertu de l’article premier. La Cour d’appel a confirmé ce jugement.

Au nom de la Cour à l’unanimité dans *Nouveau-Brunswick*, précité, le juge La Forest a conclu que l’exclusion du public et des médias de la salle d’audience conformément au par. 486(1) constituait une violation de la liberté de la presse

activity on its face by providing a “discretionary bar on public and media access to the courts”: *New Brunswick, supra*, at para. 33. However, La Forest J. also found that the violation was a reasonable limit demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*, provided that the discretion was exercised in accordance with the *Charter*’s demands in each individual case. He then found, building on the Court’s decision in *Dagenais*, that the trial judge must conduct a similar exercise in applying s. 486(1) as in applying the common law rule. That is, a judge, in exercising the discretion provided by s. 486(1), must:

- (a) . . . consider the available options and consider whether there are any other reasonable and effective alternatives available;
- (b) . . . consider whether the order is limited as much as possible; and
- (c) . . . weigh the importance of the . . . particular order and its probable effects against the importance of openness and the particular expression that will be limited in order to ensure that the positive and negative effects of the order are proportionate.

(*New Brunswick, supra*, at para. 69)

La Forest J. also noted that the burden of displacing the presumption of openness rested on the party applying for the exclusion of the media and public. Furthermore, he found that there must be a sufficient evidentiary basis on the record from which a trial judge could properly assess the application (which may be presented in a *voir dire*), and which would allow a higher court to review the exercise of discretion: *New Brunswick*, at para. 69. In considering the various factors, La Forest J. found that the order granted to protect the complainants was improperly granted. The evidence of potential undue hardship to the complainants, which primarily rested on the Crown’s submission that the evidence to be brought was of a “‘delicate’ nature”, did not displace the presumption in favour of an open court.

garantie par l’al. 2b). À première vue, le par. 486(1) limitait les activités d’expression en prévoyant un « pouvoir discrétionnaire permettant d’interdire au public et aux médias l’accès aux tribunaux » (*Nouveau-Brunswick*, précité, par. 33). Cependant, le juge La Forest a également conclu que la violation constituait une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer en vertu de l’article premier de la *Charte*, pourvu que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux exigences de la *Charte* dans chaque cas. Partant de l’arrêt *Dagenais*, il a alors exprimé l’avis que le juge du procès doit se livrer au même exercice pour l’application du par. 486(1) que pour celle de la règle de common law, à savoir que le juge exerçant le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 486(1) doit :

- a) . . . envisager les solutions disponibles et se demander s’il existe d’autres mesures de rechange raisonnables et efficaces;
- b) . . . se demander si l’ordonnance a une portée aussi limitée que possible; et
- c) . . . comparer l’importance [...] de l’ordonnance et de ses effets probables avec l’importance de la publicité des procédures et l’activité d’expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que les effets positifs et négatifs de l’ordonnance soient proportionnels.

(*Nouveau-Brunswick*, précité, par. 69)

Le juge La Forest a en outre souligné qu’il incombait à la partie demandant l’exclusion des médias et du public de justifier la dérogation à la règle de la publicité des procédures. De plus, il a conclu que le dossier doit comporter suffisamment d’éléments de preuve pour que le juge du procès soit en mesure de bien apprécier la demande (qui peut être présentée lors d’un *voir-dire*) et pour qu’un tribunal d’instance supérieure puisse contrôler l’exercice du pouvoir discrétionnaire (*Nouveau-Brunswick*, par. 69). En examinant les différents facteurs, le juge La Forest a estimé que l’ordonnance visant à protéger les plaignants avait été accordée à tort. La preuve d’un possible préjudice indu aux plaignants, qui reposait principalement sur l’argument du ministère public selon lequel la preuve à présenter était de « nature [...] “délicate” », n’a pas réfuté la présomption en faveur d’un procès public.

27

Both *Dagenais* and *New Brunswick* set out a similar approach to be used in deciding whether to order publication bans, in view of the rights to freedom of expression and freedom of the press protected by s. 2(b) of the *Charter*. This approach, in ensuring that the judicial discretion to order publication bans is subject to no lower a standard of compliance with the *Charter* than legislative enactment, incorporates the essence of s. 1 of the *Charter* and the *Oakes* test. In my view, the same principles are to be applied in cases such as the instant case.

28

Dagenais involved the proper application of a common law rule allowing publication bans. The ban in this case was also sought pursuant to the common law jurisdiction of the Queen's Bench as a Superior Court. However, the facts of this case invoke a different purpose and different interests from those raised by the facts of *Dagenais*. While the Court in *Dagenais* was required to reconcile the accused's interest in a fair trial with society's interest in freedom of expression, the accused's right to a fair trial in this case is not, and was never, in issue. Indeed, the accused wishes to have the information disclosed, and views the publication of certain of the details of his arrest and trial as essential to the fulfilment of his fair trial interest. Instead, it is the Crown that seeks a publication ban in order to protect the safety of police officers and preserve the efficacy of undercover police operations. Thus, a literal application of the test as set out in *Dagenais* will not properly account for the interests to be balanced.

29

The form of the test set out in *Dagenais* must, therefore, be reconfigured to account for the different purpose for which the order is sought and the different effects it will have. Lamer C.J. recognized in *Dagenais* that publication bans have a variety of purposes and effects. Significantly, he noted, at p. 882, that:

Les arrêts *Dagenais* et *Nouveau-Brunswick* ont établi une méthode semblable à utiliser pour décider s'il faut ordonner une interdiction de publication, compte tenu des droits à la liberté d'expression et à la liberté de la presse que protège l'al. 2b) de la *Charte*. En garantissant que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'ordonner des interdictions de publication n'est pas assujéti à une norme de conformité à la *Charte* moins exigeante que la norme applicable aux dispositions législatives, cette méthode allie l'essence de l'article premier de la *Charte* et le critère énoncé dans *Oakes*. Selon moi, il faut appliquer les mêmes principes dans les affaires comme la présente.

L'arrêt *Dagenais* portait sur la bonne application d'une règle de common law permettant les interdictions de publication. En l'espèce, on sollicitait également l'interdiction en s'appuyant sur la compétence de common law de la Cour du Banc de la Reine en tant que cour supérieure. Les faits de l'espèce mettent cependant en jeu un objet et des droits différents de ceux que soulevaient les faits dans *Dagenais*. Alors que dans *Dagenais*, le tribunal devait concilier le droit de l'accusé à un procès équitable avec le droit de la société à la liberté d'expression, le droit de l'accusé à un procès équitable n'est pas, et n'a jamais été, en cause en l'espèce. En fait, l'accusé souhaite la communication des renseignements et considère la médiatisation de certains détails de son arrestation et de son procès comme essentielle au respect de son droit à un procès équitable. C'est plutôt le ministère public qui sollicite une interdiction de publication dans le but de protéger la sécurité des policiers et de maintenir l'efficacité des opérations policières secrètes. Par conséquent, l'application littérale du critère énoncé dans *Dagenais* ne permet pas de bien tenir compte des droits à pondérer.

Il faut donc reformuler le critère établi dans *Dagenais* de manière à prendre en compte l'objet différent visé par la demande d'ordonnance et les effets différents de l'ordonnance. Le juge en chef Lamer a déjà reconnu dans cet arrêt que les interdictions de publication avaient des objets et des effets divers. Fait important, il a souligné, à la p. 882, que :

. . . 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 the participants in the court process.

This appeal implicates precisely that interest. The accused has a *Charter* right to a "fair and public hearing", guaranteed by s. 11(d), which he has invoked in opposition to the publication ban. The right to freedom of expression, argued by the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun, also falls to the side opposing the publication ban. Were we to simply weigh, as in *Dagenais*, the accused's right to a fair trial and the public interest in freedom of expression, this would be an open and shut inquiry, since both of the competing interests recognized in the factual context of *Dagenais* are aligned in opposition to granting the ban.

However, the common law rule under which the trial judge considered the publication ban in this case is broader than its specific application in *Dagenais*. The rule can accommodate orders that must occasionally be made in the interests of the administration of justice, which encompass more than fair trial rights. As the test is intended to "reflec[t] the substance of the *Oakes* test", we cannot require that *Charter* rights be the only legitimate objective of such orders any more than we require that government action or legislation in violation of the *Charter* be justified exclusively by the pursuit of another *Charter* right. *Dagenais*, *supra*, at p. 878. *Dagenais* envisioned situations where the right to a fair trial and the right to free expression directly conflicted, and the specific terms Lamer C.J. used in that case were tailored to apply in that situation. Accordingly, the test we must apply in order to determine whether the common law rule allowing trial judges to issue publication bans in the interest of the proper administration of justice will differ in specific content from the

. . . 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.

Le présent pourvoi met en jeu précisément ce droit. L'accusé jouit du droit à un « procès public et équitable », garanti par l'al. 11d) de la *Charte*, droit qu'il a invoqué à l'encontre de l'interdiction de publication. Le droit à la liberté d'expression, qu'ont invoqué les intervenants, le Winnipeg Free Press et le Brandon Sun, milite également contre l'interdiction de publication. Si nous avons simplement à soupeser, comme dans *Dagenais*, le droit de l'accusé à un procès équitable et le droit du public à la liberté d'expression, le résultat ne fait aucun doute étant donné que les droits opposés reconnus dans le contexte factuel de *Dagenais* s'opposent tous deux à l'octroi de l'interdiction.

Toutefois, la règle de common law d'après laquelle le juge du procès a examiné l'interdiction de publication en l'espèce est plus large que l'application particulière qu'elle a reçue dans *Dagenais*. Elle peut s'appliquer aux ordonnances qui doivent parfois être rendues dans l'intérêt de l'administration de la justice, qui englobe davantage que le droit à un procès équitable. Comme on veut que le critère « reflète [. . .] l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* », nous ne pouvons pas exiger que ces ordonnances aient pour seul objectif légitime les droits garantis par la *Charte*, pas plus que nous exigeons que les actes gouvernementaux et les dispositions législatives contrevenant à la *Charte* soient justifiés exclusivement par la recherche d'un autre droit garanti par la *Charte* (*Dagenais*, précité, p. 878). *Dagenais* envisageait les cas où le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d'expression s'opposent directement, et le juge en chef Lamer a choisi des termes qui s'appliquaient précisément à la situation en cause dans cette affaire. Il s'ensuit que le critère que nous devons appliquer pour déterminer si la règle de common law qui permet au juge

30

31

test used in *Dagenais*, though not in basic principle.

32 The *Dagenais* test requires findings of (a) necessity of the publication ban, and (b) proportionality between the ban's salutary and deleterious effects. However, while *Dagenais* framed the test in the specific terms of the case, it is now necessary to frame it more broadly so as to allow explicitly for consideration of the interests involved in the instant case and other cases where such orders are sought in order to protect other crucial aspects of the administration of justice. In assessing whether to issue common law publication bans, therefore, in my opinion, a better way of stating the proper analytical approach for cases of the kind involved herein would be:

A publication ban should only be ordered when:

(a) such an order is necessary in order to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonably alternative measures will not prevent the risk; and

(b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects on the rights and interests of the parties and the public, including the effects on the right to free expression, the right of the accused to a fair and public trial, and the efficacy of the administration of justice.

33 This reformulation of the *Dagenais* test aims not to disturb the essence of that test, but to restate it in terms that more plainly recognize, as Lamer C.J. himself did in that case, that publication bans may invoke more interests and rights than the rights to trial fairness and freedom of expression. This version encompasses the analysis conducted in *Dagenais*, and Lamer C.J.'s discussion of the relative merits of publication bans remains relevant. Indeed, in those common law publication ban cases where

du procès d'ordonner des interdictions de publication dans l'intérêt de la bonne administration de la justice diffère en teneur du critère utilisé dans *Dagenais*, les principes fondamentaux restant les mêmes.

Le critère de *Dagenais* exige qu'il soit conclu a) à la nécessité de l'interdiction de publication et b) à la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de l'interdiction. Cependant, alors que *Dagenais* a formulé le critère selon les termes propres à l'affaire, il est maintenant nécessaire de l'élargir de manière à permettre explicitement qu'il soit tenu compte des droits en cause, en l'espèce et dans les autres affaires où on demande une telle ordonnance, afin de protéger d'autres aspects cruciaux de l'administration de la justice. J'estime donc que, pour décider s'il y a lieu d'ordonner une interdiction de publication en common law, il est préférable d'énoncer ainsi la méthode analytique applicable dans les affaires de la même nature que la présente affaire :

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

a) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;

b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice.

Cette reformulation du critère de *Dagenais* ne vise pas à en modifier l'essentiel, mais à l'exprimer en des termes qui reconnaissent plus clairement, comme le juge en chef Lamer lui-même l'a fait dans cette affaire, que les interdictions de publication peuvent entraîner l'application de plus d'intérêts et de droits que les seuls droits à un procès équitable et à la liberté d'expression. Cette version du critère englobe l'analyse effectuée dans *Dagenais*, et l'analyse du juge en chef Lamer des

only freedom of expression and trial fairness issues are raised, the test should be applied precisely as it was in *Dagenais*. For cases where concerns about the proper administration of justice other than those two *Charter* rights are raised, the present, broader approach, will allow these concerns to be weighed as well. There may also be other cases which raise interests other than the administration of justice, for which a similar approach would be used, depending of course on the particular danger at issue and rights and interests at stake.

I would add some general comments that should be kept in mind in applying the test. The first branch of the test contains several important elements that can be collapsed in the concept of “necessity”, but that are worth pausing to enumerate. One required element is that the risk in question be a serious one, or, as Lamer C.J. put it at p. 878 in *Dagenais*, a “real and substantial” risk. That is, it must be a risk the reality of which is well-grounded in the evidence. It must also be a risk that poses a serious threat to the proper administration of justice. In other words, it is a serious danger sought to be avoided that is required, not a substantial benefit or advantage to the administration of justice sought to be obtained.

A second element is the meaning of “the proper administration of justice”. I do not wish to restrict unduly the kind of dangers which may make a ban necessary, as discretion is an essential aspect of the common law rule in question. However, judges should be cautious in deciding what can be regarded as part of the administration of justice. Obviously the use of police operatives and informers is part of the administration of justice, as are such practices as witness protection programs. However, courts should not interpret that term so widely as to keep secret

mérites relatifs des interdictions de publication demeure pertinente. En fait, dans les affaires d’interdiction de publication régies par la règle de common law où il n’est question que de la liberté d’expression et du droit à un procès équitable, le critère doit être appliqué tel qu’il est énoncé dans *Dagenais*. Dans les affaires où l’on soulève d’autres préoccupations en matière de bonne administration de la justice que ces deux droits garantis par la *Charte*, la méthode actuelle, plus vaste, permettra de tenir également compte de ces préoccupations. Il peut exister aussi des cas où les questions soulevées ne portent pas sur l’administration de la justice et pour lesquels on peut recourir à une méthode analogue, tout dépend naturellement du danger en cause ainsi que des droits et intérêts en jeu.

Je voudrais ajouter quelques commentaires d’ordre général dont il faut tenir compte dans l’application du critère. Le premier volet du critère comporte plusieurs éléments importants qu’on peut résumer par la notion de « nécessité », mais qu’il vaut la peine d’énumérer. L’un des éléments requis veut que le risque en question soit sérieux ou, pour reprendre l’expression du juge en chef Lamer dans *Dagenais*, p. 878, « réel et important ». Il doit donc s’agir d’un risque dont l’existence est bien appuyée par la preuve. Il doit également s’agir d’un risque qui constitue une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice. En d’autres termes, il faut que ce soit un danger grave que l’on cherche à éviter, et non un important bénéfice ou avantage pour l’administration de la justice que l’on cherche à obtenir.

Le deuxième élément est le sens de l’expression « la bonne administration de la justice ». Je ne souhaite pas restreindre indûment le genre de dangers susceptibles de rendre une interdiction nécessaire, puisque le pouvoir discrétionnaire constitue un aspect essentiel de la règle de common law en question. Cependant, les juges doivent faire preuve de prudence lorsqu’ils décident ce qui peut être considéré comme faisant partie de l’administration de la justice. Il est évident que le recours à des agents banalisés et à des indicateurs de police fait partie de l’administration de la justice, tout

34

35

a vast amount of enforcement information the disclosure of which would be compatible with the public interest.

36

The third element I wish to mention was recognized by La Forest J. in *New Brunswick*, *supra*, at para. 69, when he formulated the three part test discussed above. La Forest J.'s second step is clearly intended to reflect the minimal impairment branch of the *Oakes* test, and the same component is present in the requirement at common law that lesser alternative measures not be able to prevent the risk. This aspect of the test for common law publication bans requires the judge not only to consider whether reasonable alternatives are available, but also to restrict the order as far as possible without sacrificing the prevention of the risk.

37

It also bears repeating that the relevant rights and interests will be aligned differently in different cases, and the purposes and effects invoked by the parties must be taken into account in a case-specific manner. Where the accused is seeking the publication ban on the basis that his trial will be compromised, a judge would improperly apply the test if he relied on the right to a public trial to the disadvantage of the accused. This test exists to ground the exercise of discretion in a constitutionally sound manner, not to command the same result in every case. Trial judges must, at the outset, use their best judgment to determine which rights and interests are in conflict. In most cases this will not be overly onerous. The parties will frame their arguments in terms that make clear the interests they feel are threatened by the issuance or refusal of a publication ban and those they are ready to sacrifice in the face of the threat.

comme les pratiques telles que les programmes de protection des témoins. Les tribunaux ne doivent toutefois pas interpréter cette expression d'une façon large au point de garder secrets un grand nombre de renseignements relatifs à l'application de la loi, dont la communication serait compatible avec l'intérêt public.

Le troisième élément que je désire mentionner a été reconnu par le juge La Forest dans *Nouveau-Brunswick*, précité, par. 69, lorsque celui-ci a formulé le critère à trois volets analysé précédemment. Le deuxième volet qu'il a énoncé vise manifestement à refléter le volet de l'atteinte minimale du critère de *Oakes*, et la même composante se trouve dans l'exigence de common law selon laquelle des mesures de rechange moins exigeantes ne permettent pas de prévenir le risque. Cet aspect du critère applicable aux interdictions de publication en common law exige non seulement que le juge détermine s'il existe des mesures de rechange raisonnables, mais aussi qu'il limite l'ordonnance autant que possible sans pour autant sacrifier la prévention du risque.

Il vaut également la peine de répéter que les droits et intérêts pertinents se situent différemment les uns par rapport aux autres dans des cas différents, et il faut prendre en considération au cas par cas les objets et les effets que les parties invoquent. Dans les cas où c'est l'accusé qui sollicite l'interdiction de publication au motif que son procès sera compromis, le juge qui se fonderait sur le droit à un procès public au détriment de l'accusé appliquerait mal le critère. Ce critère existe pour fonder l'exercice du pouvoir discrétionnaire conformément à la Constitution, et non pas pour forcer le même résultat dans chaque cas. Le juge du procès doit, dès le départ, utiliser son jugement pour déterminer quels sont les droits et intérêts qui s'opposent. Dans la plupart des cas, cela ne sera pas très difficile. Les parties formuleront leurs arguments en des termes indiquant clairement les intérêts qu'elles considèrent comme menacés par la délivrance ou la non-délivrance d'une interdiction de publication et ceux qu'elles sont prêtes à sacrifier face à la menace.

In some cases, however, most notably when there is no party or intervener present to argue the interests of the press and the public to free expression, the trial judge must take account of these interests without the benefit of argument. The consideration of unrepresented interests must not be taken lightly, especially where *Charter*-protected rights such as freedom of expression are at stake. It is just as true in the case of common law as it is of statutory discretion that, as La Forest J. noted, “[t]he burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application”: *New Brunswick, supra*, at para. 71; *Dagenais, supra*, at p. 875. Likewise, to again quote La Forest J. (at paras. 72-73):

There must be a sufficient evidentiary basis from which the trial judge may assess the application and upon which he or she may exercise his or her discretion judicially. . . .

A sufficient evidentiary basis permits a reviewing court to determine whether the evidence is capable of supporting the decision.

In cases where the right of the public to free expression is at stake, however, and no party comes forward to press for that right, the judge must consider not only the evidence before him, but also the demands of that fundamental right. The absence of evidence opposed to the granting of a ban, that is, should not be taken as mitigating the importance of the right to free expression in applying the test.

It is precisely because the presumption that courts should be open and reporting of their proceedings should be uncensored is so strong and so highly valued in our society that the judge must have a convincing evidentiary basis for issuing a ban. Effective investigation and evidence gathering, while important in its own right, should not be regarded as weakening the strong presumptive public interest, which may go unargued by counsel more frequently as the number of applications for publication bans increases, in a transparent court system and in generally unrestricted speech on

Dans certains cas, toutefois, surtout lorsqu’il n’y a aucune partie ou aucun intervenant pour défendre le droit de la presse et du public à la liberté d’expression, le juge du procès doit tenir compte de ces intérêts sans avoir eu l’avantage d’entendre des arguments à leur sujet. Il ne faut pas prendre à la légère ces intérêts que personne ne défend, surtout lorsque des droits protégés par la *Charte*, comme la liberté d’expression, sont en jeu. Il est tout aussi vrai en common law qu’en matière de pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, comme le juge La Forest l’a souligné, que « [c]’est à la partie qui présente la demande qu’incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures » (*Nouveau-Brunswick*, précité, par. 71; *Dagenais*, précité, p. 875). De même, pour reprendre une fois de plus les propos du juge La Forest (aux par. 72-73) :

Le juge du procès doit disposer d’une preuve suffisante pour être en mesure d’apprécier la demande et d’exercer son pouvoir discrétionnaire de manière judiciaire. . . .

Quand la preuve disponible est suffisante, le tribunal qui contrôle la décision est alors à même de déterminer si celle-ci est étayée par la preuve.

Toutefois, dans les cas où le droit du public à la liberté d’expression est en jeu et qu’aucune partie ne prend l’initiative de défendre ce droit, le juge doit examiner non seulement la preuve dont il est saisi, mais aussi les exigences de ce droit fondamental. Il ne faut donc pas interpréter l’absence de preuve défavorable à l’octroi d’une interdiction comme atténuant l’importance du droit à la liberté d’expression dans l’application du critère.

C’est justement parce que la présomption voulant que les procédures judiciaires soient publiques et que leur diffusion ne soit pas censurée est si forte et si valorisée dans notre société que le juge doit disposer d’une preuve convaincante pour ordonner une interdiction. Même s’il importe en soi que l’enquête et la collecte d’éléments de preuve soient efficaces, elles ne doivent pas être considérées comme affaiblissant la forte présomption en faveur d’un système judiciaire transparent et d’une liberté d’expression généralement absolue sur des questions aussi importantes pour le public que

matters of such public importance as the administration of justice.

(2) Application to the Present Appeal

(a) *Necessity*

40

The test set out above requires an initial consideration of what the rights and interests at issue are, and whether they militate for or against the issue of a ban, before proceeding to evaluate the purpose and effects of the ban. In this case, the interest put forward by the Crown, seeking the publication ban, was the interest of proper administration of justice. Therefore we must assess whether the ban was necessary in order to protect the proper administration of justice, not specifically in order to protect the right of the accused to a fair trial. Although the right to a fair trial is certainly a part of the proper administration of justice, the accused opposed the ban on the strength of his other s. 11 right, the right to a public trial. In addition, the trial is now long over and the right to a fair trial no longer has an immediate relevance for this accused. Thus, it would be inappropriate to consider the accused's fair trial rights under the first branch of the analysis. The second stage is the appropriate place to weigh the effects of the ban — once it has been shown to be necessary in light of its objective — on other rights and interests. Under the second branch, in this appeal, we must weigh the effects of the ban on (a) the right of the accused to a public trial; (b) the right of the public and the press to freedom of expression; and (c) the efficacy of the administration of justice.

(i) Ban as to Operational Methods

41

In considering the first step of the analysis, it is helpful to review what is sought to be concealed in this case. The Crown contends that undercover police operations such as the one employed against

l'administration de la justice, présomption que les avocats risquent d'invoquer de moins en moins au fur et à mesure qu'augmente le nombre de demandes d'interdictions de publication.

(2) L'application au présent pourvoi

a) *La nécessité*

Le critère énoncé précédemment exige qu'on détermine tout d'abord les droits et intérêts en cause et qu'on se demande s'ils militent pour ou contre la délivrance d'une interdiction avant de passer à l'évaluation de l'objet et des effets de cette interdiction. En l'espèce, en sollicitant l'interdiction de publication, le ministère public a fait valoir l'intérêt que constitue la bonne administration de la justice. Nous devons donc déterminer si l'interdiction était nécessaire pour la protection de la bonne administration de la justice, et non pas particulièrement pour la protection du droit de l'accusé à un procès équitable. Le droit à un procès équitable fait certes partie de la bonne administration de la justice, mais c'est l'accusé qui s'est opposé à l'interdiction en invoquant son autre droit garanti par l'art. 11, le droit à un procès public. En outre, le procès est maintenant terminé depuis longtemps et le droit à un procès équitable ne présente plus un intérêt immédiat pour l'accusé. Il ne conviendrait donc pas d'examiner le droit de l'accusé à un procès équitable dans le cadre du premier volet de l'analyse. Le deuxième volet est celui dans le cadre duquel il convient d'évaluer les effets de l'interdiction sur les autres droits et intérêts, une fois qu'il a été démontré que cette évaluation était nécessaire compte tenu de l'objectif de l'interdiction. Selon le deuxième volet, nous devons apprécier dans le présent pourvoi les effets de l'interdiction sur : a) le droit de l'accusé à un procès public; b) le droit du public et de la presse à la liberté d'expression; et c) l'efficacité de l'administration de la justice.

(i) L'interdiction de publier les méthodes d'enquête

Dans l'examen du premier volet de l'analyse, il est utile d'examiner ce dont on veut interdire la diffusion en l'espèce. Le ministère public soutient que les opérations policières secrètes comme celle dont

the respondent may be compromised if the details of such operations are publicized in the mass media. The level of detail claimed to constitute a danger to ongoing and future operations, if disclosed, is relatively general. In the Crown's submission, the following ten facts, the "hallmarks of the operation", must be kept from wide dissemination:

- that Mentuck was given the opportunity to join a criminal organization that would provide him with the potential to earn large sums of money so long as he showed his loyalty by confessing any past criminal activity;
- that he was told that the undercover operator was in trouble with the "Crime Boss" because it was believed that he had recruited a liar;
- that he was asked to pick up a parcel from a bus depot locker and turn the key over to the operator;
- that he was asked to pick up and deliver a vehicle on the instructions of the operator;
- that he was asked to stand guard and report any strange happenings while the undercover operator attended a meeting;
- that he was asked to help count large sums of money;
- that he was paid substantial sums of money for completing these tasks;
- that he met with the "Crime Boss" in a hotel room;
- that he was told he needed to provide details of his involvement in the death of Amanda Cook so that arrangements could be made for a person dying of cancer to confess to the crime;
- that he was told he would be assisted in suing the government for wrongful imprisonment and would be allowed to keep a minimum of \$85,000 or 10% of the settlement, whichever was larger.

The Crown submits that these "hallmarks of the operation" need not be kept entirely secret by the publication ban, but that they must be kept out of the mass media, since the type of persons targeted

l'intimé a fait l'objet sont susceptibles d'être compromises si les détails de ces opérations sont médiatisés. Les détails que l'on prétendait constituer un danger pour les opérations en cours et futures, s'ils sont divulgués, sont de nature assez générale. Selon l'argument du ministère public, les dix faits suivants, les [TRADUCTION] « principaux aspects de l'opération », ne doivent pas être diffusés au grand public :

[TRADUCTION]

- Mentuck a eu la possibilité d'adhérer à un gang qui lui fournirait l'occasion de gagner de grosses sommes d'argent pourvu qu'il fasse preuve de loyauté en admettant ses activités criminelles antérieures;
- on lui a dit que l'agent banalisé avait des problèmes avec le « patron du gang » parce que celui-ci croyait que l'agent avait recruté un menteur;
- on lui a demandé d'aller chercher un colis dans un casier d'un terminus d'autobus et de remettre la clé à l'agent;
- on lui a demandé de prendre et de livrer un véhicule selon les instructions de l'agent;
- on lui a demandé de monter la garde et de signaler tout fait étrange survenant pendant que l'agent assistait à une réunion;
- on lui a demandé d'aider à compter de grosses sommes d'argent;
- on lui a versé des sommes importantes pour ces tâches;
- il a rencontré le « patron du gang » dans une chambre d'hôtel;
- on lui a dit qu'il devait donner des détails sur son rôle dans la mort d'Amanda Cook pour qu'on puisse faire en sorte qu'une personne se mourant du cancer admette avoir commis le crime;
- on lui a dit qu'on l'aiderait à poursuivre le gouvernement pour emprisonnement illégal et qu'on lui permettrait de garder au moins le montant le plus élevé entre 85 000 \$ et 10 % du montant du règlement.

Le ministère public soutient que l'interdiction de publication ne doit pas nécessairement passer entièrement sous silence ces « principaux aspects de l'opération », mais qu'il ne faut pas que les médias

by these operations are much more likely to have access to recent copies of newspapers and to television news reports than to, for instance, legal journals and law reports. Assuming that these publications can be properly identified, this would mean that lawyers, law professors and law students would be aware of the police practices, but not the general public. I find that result disquieting to say the least. But leaving that aside, if persons who are currently, or who may be prospectively, the targets of such operations read accounts of the respondent's investigation, the appellant argues, they may recognize similar experiences that have been orchestrated in the investigations of which they are the target. If this occurs, the operation will be compromised. The suspect will be unlikely to confess once he or she realizes that the criminal organization he or she has joined is a construct of the police. Indeed, the Crown suggests that there may be danger to the persons of the involved officers once the suspect becomes aware that he or she has been "duped".

43

It is my view that, on balance, the appellant does not, at this first stage of the test, make out a case that the ban as to operational methods should have issued. The serious risk at issue here is that the efficacy of present and future police operations will be reduced by publication of these details. I find it difficult to accept that the publication of information regarding the techniques employed by police will seriously compromise the efficacy of this type of operation. There are a limited number of ways in which undercover operations can be run. Criminals who are able to extrapolate from a newspaper story about one suspect that their own criminal involvement might well be a police operation are likely able to suspect police involvement based on their common sense perceptions or on similar situations depicted in popular films and books. While I accept that operations will be compromised if suspects learn that they are targets, I do not believe that media publication will seriously increase the rate of compromise. The media have reported the details of similar operations several times in the past, including this one. In spite of this publicity, Sgt. German, in his affidavit, was only able to positively

les connaissent, car le genre de personnes ciblées par ces opérations sont beaucoup plus susceptibles d'avoir accès à des exemplaires récents de journaux et aux nouvelles télévisées qu'à des revues juridiques et à des recueils de jurisprudence, par exemple. À supposer que ces dernières publications puissent être bien identifiées, cela signifie que les avocats, les professeurs de droit et les étudiants en droit seraient informés des pratiques policières, mais pas le grand public. Je considère que ce résultat est pour le moins troublant. Cela dit, l'appelante prétend que, si les personnes qui sont actuellement visées par de telles opérations, ou qui peuvent le devenir, lisent des articles relatifs à l'enquête visant l'intimé, elles peuvent reconnaître des expériences semblables mises en scène dans l'enquête dont elles font l'objet. L'opération sera alors compromise. En effet, il y a peu de chances que le suspect avoue son crime après s'être rendu compte que le gang auquel il a adhéré n'est qu'une création de la police. En fait, le ministère public prétend que les policiers en cause peuvent être en danger une fois que le suspect s'est aperçu qu'il a été « roulé ».

Je suis d'avis que, tout bien considéré, l'appelante n'a pas établi, dans le cadre du premier volet du critère, que l'interdiction de publier les méthodes d'enquête aurait dû être ordonnée. Le risque sérieux en l'espèce est que la publication de ces détails rendra moins efficaces les opérations policières en cours et futures. Je trouve difficile d'admettre que la publication de renseignements relatifs aux techniques policières compromettra sérieusement l'efficacité de ce genre d'opération. Il y a des limites au nombre de façons dont peuvent être menées les opérations secrètes. Les criminels capables de déduire à partir d'un article de journal sur un suspect que leur propre participation à des activités criminelles pourrait n'être qu'une opération policière sont vraisemblablement capables de soupçonner la participation de la police en se fiant à leur jugement ou à des situations semblables décrites dans des films et des livres populaires. Je conviens que des opérations seront compromises si les suspects apprennent qu'ils sont visés, mais je ne crois pas que la couverture de ces opérations par les médias en fasse augmenter considérablement le taux d'échec. Les médias ont à plusieurs

identify one instance in which media reports arguably resulted in the compromise of an operation.

The appellant submitted that this Court's decision in *Michaud v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 3, recognized the legitimacy of weighing the state's interest in protecting investigative techniques and the individual's right to privacy. That much is true. However, that case, in upholding the prior existing judicial interpretation of s. 187 of the *Criminal Code* (a section which authorizes telephone surveillance by police), invoked different dangers from those in this appeal. Specifically, *Michaud* recognized the real dangers to which police informants are subject in providing the information necessary to persuade a judge that a wiretap is necessary. Real, not pretextual, criminal organizations and individuals are involved and informants will often be at serious and substantial risk of bodily harm. The concerns which drove the Court's decision in *Michaud* are also properly considered in this case, but do not rise to the level of danger shown in the earlier appeal.

I do not doubt that undercover operations can be risky, and that discovery by the targets may result in the resources and efforts of the police being wasted. There is a personal risk, as well, to the officers involved, which we must take seriously, although this risk is much less serious in this type of targeting operation (in which many officers are engaged with a single suspect) than in lone infiltrations of existing, actual criminal organizations. But, the danger to the efficacy of the operation is not significantly increased by republication of the details of similar operations that have already been well-publicized in the past. It is the incremental effect of the proposed ban, viewed in light of what has already been published before, that must be evaluated in this appeal. That is, in terms of the framework adopted above, republication of this information does not constitute

reprises, par le passé, rapporté les détails d'opérations semblables, notamment les détails de l'opération en cause en l'espèce. Malgré cette publicité, le sergent German, dans son affidavit, n'a pu citer avec certitude qu'un cas où une opération a été compromise du fait sa couverture par les médias.

L'appelante a fait valoir que l'arrêt *Michaud c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 3, a reconnu qu'il était légitime de soupeser l'intérêt de l'État à protéger les techniques d'enquête et le droit de l'individu à la protection de la vie privée. Cette prétention est juste. Cependant, dans cette affaire, où on a confirmé l'interprétation judiciaire préexistante de l'art. 187 du *Code criminel* (un article autorisant l'écoute électronique par la police), les dangers évoqués étaient différents de ceux en cause dans le présent pourvoi. En particulier, on a reconnu dans *Michaud* les véritables dangers auxquels les indicateurs de police font face lorsqu'ils fournissent les renseignements requis pour convaincre un juge de la nécessité de l'écoute électronique. Ce sont des gangs et des criminels véritables, et non fictifs, qui sont en cause, et les indicateurs sont souvent exposés à des risques graves et importants de préjudice corporel. Les craintes à la base de l'arrêt *Michaud* sont également prises en considération comme il se doit en l'espèce, mais elles n'atteignent pas le niveau de danger démontré dans le pourvoi antérieur.

Je ne doute pas que les opérations secrètes puissent être risquées et que leur découverte par les personnes visées puisse rendre inutiles les ressources et les efforts consacrés par la police. Il existe également un risque pour la sécurité des policiers en cause, risque qu'on ne peut prendre à la légère bien qu'il soit beaucoup moins sérieux dans ce genre d'opération de ciblage (dans laquelle il y a plusieurs policiers pour un seul suspect) que dans les cas où un seul agent s'infiltré dans un véritable gang. Mais, la republication des détails d'opérations similaires déjà bien publicisées par le passé n'accroît pas considérablement le risque pour l'efficacité de l'opération. C'est l'effet cumulatif de l'interdiction proposée, compte tenu de ce qui a déjà été publié, qu'il faut évaluer en l'espèce. C'est-à-dire que, sur le plan du cadre adopté précédemment, la

a serious risk to the efficacy of police operations, and thus to that aspect of the proper administration of justice. Accordingly, in the final analysis and looking at all the circumstances, in my view this ground by itself is sufficient to dispose of the widest part of the ban as to operational methods.

(ii) The Ban as to Identity

46 However, I accept that the publication of the names and identities of the officers in question would create a serious risk to the efficacy of current, similar operations. Given that the officers involved appear to go by their real names in the course of this undercover work, publishing their names could very easily alert targets that their apparent criminal associates are in fact police officers. Furthermore, since the operations in question have already been commenced, it would obviously be unreasonable for officers to adopt pseudonyms now. The targets already know their real names. Accordingly, I agree with Menzies J. that a ban on the publication of officers' names is necessary and that there is no reasonable alternative.

47 I also agree that the ban should be restricted to a period of one year. After ongoing operations have been completed, reasonable alternative measures such as the regular use of pseudonyms, the use of different officers, and the use of different scenarios will become available to the police. Should the circumstances of a particular case change, of course, the ban may need to be shortened or extended. For that reason it will be prudent for such orders of publication bans to be made subject to further order of the court.

(b) *Proportionality*

(i) Ban as to Operational Methods

48 Although, strictly speaking, it is unnecessary to continue the analysis upon a finding that the ban as to operational methods is not necessary, it will often

republication of cette information ne constitue pas un risque sérieux pour l'efficacité des opérations policières et, par conséquent, pour cet aspect de la bonne administration de la justice. Je suis donc d'avis qu'en fin de compte, d'après l'ensemble des circonstances, ce motif suffit en soi pour régler l'élément majeur de l'interdiction sollicitée, soit l'interdiction de publier les méthodes d'enquête.

(ii) L'interdiction de publier l'identité

Je conviens cependant que la publication du nom et de l'identité des policiers en cause aurait pour effet de créer un risque sérieux pour l'efficacité des opérations semblables en cours. Comme les policiers en question paraissent utiliser leurs véritables noms dans leur travail d'enquête secrète, la publication de leurs noms pourrait facilement indiquer aux personnes ciblées que leurs présumés associés dans le crime sont en fait des policiers. En outre, puisque les opérations en question ont déjà débuté, il serait manifestement déraisonnable pour les policiers d'adopter maintenant des pseudonymes. Les personnes visées connaissent déjà leurs vrais noms. Je conviens donc avec le juge Menzies que l'interdiction de publier le nom des policiers est nécessaire et qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable.

Je suis également d'accord pour limiter l'interdiction à un an. Après la fin des opérations en cours, la police disposera de mesures de rechange raisonnables telles que l'usage courant de pseudonymes ainsi que le recours à des policiers et scénarios différents. Il se peut, naturellement, qu'il faille abrégé ou prolonger l'interdiction selon l'évolution des circonstances de l'affaire. C'est pourquoi il sera prudent de préciser, pour ce genre d'ordonnances de non-publication, qu'elles s'appliquent sauf ordonnance contraire du tribunal.

b) *La proportionnalité*

(i) L'interdiction de publier les méthodes d'enquête

Même si, strictement parlant, il n'y a pas lieu de poursuivre l'analyse dès qu'il est établi que l'interdiction de publier les méthodes d'enquête n'est

be useful to bolster that conclusion by nevertheless conducting the second part of the analysis. In this case, even if there were a serious risk demonstrated, I believe that the ban as to operational methods does not meet the proportionality component of the approach set forth in these reasons.

The ban as to operational methods would have the salutary effect on the administration of justice of protecting officers in the field and ensuring that the targets of the operation continue to provide useful information. In so far as these effects are real and substantial they will constitute a salutary effect. However, as I noted above, I do not regard the proposed ban as substantially increasing the safety of officers. Since I also found above that the requested publication ban was unlikely to have significant effects on the likelihood that suspects will realize that they are being targeted in undercover operations, I do not regard the salutary effects that would be produced by the requested publication ban as significant, compelling benefits. At most this ban would produce speculative and marginal improvements in the efficacy of undercover operations and the safety of officers in the field.

The deleterious effects, however, would be quite substantial. In the first place, the freedom of the press would be seriously curtailed in respect of an issue that may merit widespread public debate. A fundamental belief pervades our political and legal system that the police should remain under civilian control and supervision by our democratically elected officials; our country is not a police state. The tactics used by police, along with other aspects of their operations, is a matter that is presumptively of public concern. Restricting the freedom of the press to report on the details of undercover operations that utilize deception, and that encourage the suspect to confess to specific crimes with the prospect of financial and other rewards, prevents the public from being informed critics of what may be controversial police actions.

pas nécessaire, il sera souvent utile d'étayer toutefois cette conclusion en procédant au second volet de l'analyse. En l'espèce, même si on démontrait l'existence d'un risque sérieux, j'estime que l'interdiction de publier les méthodes d'enquête ne satisfait pas à l'élément de proportionnalité de la méthode énoncée dans les présents motifs.

L'interdiction de publier les méthodes d'enquête aurait sur l'administration de la justice l'effet bénéfique de protéger les policiers sur le terrain et de faire en sorte que les personnes ciblées continuent à fournir des renseignements utiles. Dans la mesure où l'effet est réel et important, il constitue un effet bénéfique. Toutefois, comme je l'ai souligné précédemment, je ne considère pas que l'interdiction proposée accroisse considérablement la sécurité des policiers. Comme j'ai aussi conclu que l'interdiction de publication sollicitée n'aurait vraisemblablement aucun effet important sur la possibilité que les suspects se rendent compte qu'ils font l'objet d'une opération secrète, je ne considère pas les effets bénéfiques de cette interdiction comme importants et convaincants. Au mieux, cette interdiction donnerait lieu à un accroissement spéculatif minime de l'efficacité des opérations secrètes et de la sécurité des policiers sur le terrain.

Par contre, les effets préjudiciables seraient plutôt considérables. En premier lieu, il y aurait atteinte grave à la liberté de la presse relativement à une question susceptible de justifier un grand débat public. Notre système politique et juridique est imprégné du principe fondamental selon lequel la police doit demeurer sous le contrôle et la surveillance des autorités civiles, que représentent nos mandataires démocratiquement élus; notre pays n'est pas un État policier. Les tactiques utilisées par la police et les autres aspects de ses opérations sont présumés être des questions d'intérêt public. Limiter la liberté de la presse en l'empêchant de rapporter les détails des opérations secrètes qui ont recours à la supercherie et qui incitent les suspects à avouer des crimes précis en contrepartie d'avantages financiers et autres empêche le public de porter un jugement critique éclairé sur ce qui peut constituer des actions policières controversées.

51

As this Court recognized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976, “participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged”, a principle fundamental to a free and democratic society. See *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. Such participation is an empty exercise without the information the press can provide about the practices of government, including the police. In my view, a publication ban that restricts the public’s access to information about the one government body that publicly wields instruments of force and gathers evidence for the purpose of imprisoning suspected offenders would have a serious deleterious effect. There is no doubt as to how crucial the role of the police is to the maintenance of law and order and the security of Canadian society. But there has always been and will continue to be a concern about the limits of acceptable police action. The improper use of bans regarding police conduct, so as to insulate that conduct from public scrutiny, seriously deprives the Canadian public of its ability to know of and be able to respond to police practices that, left unchecked, could erode the fabric of Canadian society and democracy.

52

Secondly, the right of the accused to a “fair and public hearing” would be deleteriously affected by the requested publication ban. This Court has not previously had occasion to elaborate at length on the content of the right to a “public hearing” protected by s. 11(d) of the *Charter*. As it is not squarely before us, I do not wish to be in any way conclusive on the issue either. It is clear, however, that s. 11(d) guarantees not only an open courtroom, but the right to have the media access that courtroom and report on the proceedings. This Court has consistently adopted a purposive approach to interpreting the text of the *Charter*. See, e.g., *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624. The right to a public trial is meant to

Comme la Cour l’a reconnu dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976, « la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée », principe fondamental sur lequel repose une société libre et démocratique (voir *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877). Cette participation est futile sans les renseignements que la presse peut fournir sur les pratiques du gouvernement, y compris celles de la police. À mon sens, une interdiction de publication limitant l’accès du public à l’information relative à l’organisme gouvernemental qui manie publiquement des instruments de force et qui recueille des éléments de preuve en vue d’emprisonner des présumés contrevenants aurait un effet préjudiciable grave. Le rôle capital de la police pour le maintien de la loi et de l’ordre et pour la sécurité de la société canadienne ne fait aucun doute. Mais on s’est toujours demandé, et on continuera à se demander, quelles sont les limites acceptables de l’action policière. L’utilisation à mauvais escient des interdictions relatives à la conduite policière de manière à la mettre à l’abri de l’examen public nuit gravement à la capacité des Canadiens de connaître les pratiques policières et de réagir à ces pratiques, qui, en l’absence de surveillance, pourraient éroder les bases mêmes de la société et de la démocratie canadiennes.

En deuxième lieu, l’interdiction de publication demandée préjudicierait au droit de l’accusé à un « procès public et équitable ». La Cour n’a jamais eu l’occasion d’apporter des précisions sur la teneur du droit à un « procès public » protégé par l’al. 11d) de la *Charte*. Comme nous ne sommes pas directement saisis de cette question, je ne vais pas me prononcer de façon décisive à son égard. Il est cependant clair que l’al. 11d) garantit non seulement une audience publique, mais également le droit à ce que les médias aient accès à la salle d’audience et rapportent ce qui s’y déroule. La Cour a toujours interprété le texte de la *Charte* en fonction de l’objet (voir, p. ex., *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997]

allow public scrutiny of the trial process. In light of that purpose, the observations of Cory J. in discussing the right to freedom of expression are also apt when applied to the right to a public trial:

It is exceedingly difficult for many, if not most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers and fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings — the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge — in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. . . . Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

(*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40)

Given the realities of modern life and the inconvenience of the open courtroom to members of the public, the right to a public trial must include the right to have media access and report on the trial as well.

This public scrutiny is to the advantage of the accused in two senses. First, it ensures that the judicial system remains in the business of conducting fair trials, not mere show trials or proceedings in which conviction is a foregone conclusion. The supervision of the public ensures that the state does not abuse the public's right to be presumed innocent, and does not institute unfair procedures. See *Dagenais*, *supra*, at p. 883.

Second, it can vindicate an accused person who is acquitted, particularly when the acquittal is surprising and perhaps shocking to the public. In many cases, it is not clear to the public, without the advantage of a full explanation, why an accused person is acquitted despite what a reasonable person might

3 R.C.S. 624). Le droit à un procès public vise à permettre l'examen public du processus judiciaire. Selon cet objet, les observations que le juge Cory a faites dans son analyse du droit à la liberté d'expression sont également pertinentes lorsqu'on les applique au droit à un procès public :

Il est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires — la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès — et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. [. . .] L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

(*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1339-1340)

Compte tenu des réalités de la vie moderne et de la difficulté pour les membres du public d'avoir accès à la salle d'audience, le droit à un procès public doit aussi englober le droit à ce que les médias aient accès au procès et qu'ils rapportent ce qui s'y passe.

Cet examen public présente deux avantages pour l'accusé. Premièrement, il garantit que le système judiciaire continue de tenir des procès équitables, et non pas de simples apparences de procès ou de procédures où la culpabilité est décidée d'avance. La surveillance du public garantit que l'État respecte le droit d'être présumé innocent et n'intente pas des procédures inéquitables (voir *Dagenais*, précité, p. 883).

Deuxièmement, cet examen peut rendre justice à une personne acquittée, surtout dans les cas où l'acquittement est surprenant et, peut-être, choquant pour le public. Dans de nombreux cas, le public comprend mal, en l'absence d'une explication complète, pourquoi un accusé est acquitté

consider compelling evidence. Where a publication ban is in place, the accused has little public answer. In the present appeal, the public was aware that a confession was in evidence. One might expect public confusion and even anger at such a seemingly nonsensical verdict, as in fact occurred in response to the acquittal underlying the companion to this appeal, *O.N.E., supra*. If the facts of the police operation were available to the public, the public could make an informed judgment about the reasonableness of the accused's acquittal. The accused could feel vindicated to some extent. On this basis, the publication ban sought would have a deleterious effect on the accused's right to a public trial.

55 It is clear, then, that on balance, even if the requested ban as to operational methods was necessary to prevent a serious risk to the administration of justice, it could not have been granted. The deleterious effects of the proposed ban on the right of the press to freedom of expression and the accused's right to a public trial substantially outweigh the benefits to the administration of justice.

(ii) The Ban as to Identity

56 The situation is, again, different in the case of the requested ban as to identity. The ban will reduce the potential harm to these officers currently in the field. I readily acknowledge that these officers face some degree of risk from their current targets, although the officers will usually outnumber the suspects in these cases. More importantly, the ban will assist in ensuring the efficacy of ongoing operations, since it will prevent the names and descriptions of the officers from reaching the attention of their current targets. I find that the salutary effects of the ban as to identity are significant.

malgré ce qu'une personne raisonnable pourrait juger être une preuve convaincante. Lorsqu'il y a interdiction de publication, l'accusé n'a guère de possibilité de rendre public son point de vue. Dans le présent pourvoi, le public savait qu'un aveu avait été produit en preuve. On pourrait s'attendre à ce qu'il soit déconcerté et même en colère devant ce qui semble être un verdict absurde, comme ce qui est arrivé après l'acquiescement prononcé dans le pourvoi *O.N.E.*, précité, entendu en même temps. Si le public connaissait les faits de l'opération policière, il pourrait juger de façon éclairée du caractère raisonnable de l'acquiescement de l'accusé. Celui-ci pourrait avoir l'impression que justice lui a été rendue dans une certaine mesure. Dans cette optique, l'interdiction de publication sollicitée aurait un effet préjudiciable sur le droit de l'accusé à un procès public.

Il ressort donc clairement que, tout bien considéré, même si l'interdiction de publication sollicitée relativement aux méthodes d'enquête avait été nécessaire pour prévenir un risque sérieux pour l'administration de la justice, elle n'aurait pas pu être accordée. Ses effets préjudiciables sur le droit de la presse à la liberté d'expression et sur le droit de l'accusé à un procès public l'emportent de loin sur les effets bénéfiques pour l'administration de la justice.

(ii) L'interdiction de publier l'identité

Encore une fois, la situation est différente dans le cas de l'interdiction sollicitée relativement à l'identité. L'interdiction réduira le préjudice qui pourrait être causé aux policiers actuellement sur le terrain. Je reconnais volontiers que ceux-ci sont exposés à un certain niveau de risque de la part des personnes qu'ils visent actuellement, bien qu'ils soient généralement plus nombreux que les suspects dans ces affaires. Fait plus important, l'interdiction contribuera à l'efficacité des opérations en cours étant donné qu'elle empêchera les personnes actuellement visées d'avoir connaissance du nom et de la description des policiers. Je suis d'avis que les effets bénéfiques de l'interdiction de publier l'identité sont notables.

The deleterious effects of this ban are, on the other hand, not as substantial. The informed public debate about the propriety of the police tactics used in this and similar cases can proceed unhindered without the need for knowledge of which police officers, precisely, were involved. It is largely irrelevant to the accused's desire for public vindication whether the names of the officers are immediately known. It is true that, in general, the names of police officers who testify against accused persons need not, and should not, be the subject of publication bans in a free and democratic society. However, given the time-limited nature of the ban issued by *Menzies J.*, and given the unusual nature of the work performed by these officers in this case, I am satisfied that this concern is outweighed by the salutary effects of the ban.

I disagree, however, with the appellant's request that the ban be made indefinite. As a general matter, it is not desirable for this, or any, Court to enter the business of permanently concealing information in the absence of a compelling reason to do so. The appellant suggests that the officers would be in physical danger if their identities were ever revealed. This is not a substantial enough risk to justify permanent concealment. All police officers are subject to the possibility of retributive violence from criminals they have apprehended and other persons who bear them grudges or ill-will. In rare cases this may result in tragic events, and while all efforts must be deployed to prevent such consequences, a free and democratic society does not react by creating a force of anonymous and unaccountable police. I do not find that these officers are at a substantially greater risk than other police officers. Given a showing on the record of a future case that a specific group of officers indeed suffers a grave and long-term risk to life and limb, a permanent or extended ban would be considered.

D'autre part, les effets préjudiciables de cette interdiction ne sont pas aussi substantiels. Il peut y avoir un débat public libre et éclairé sur le bien-fondé des tactiques policières utilisées en l'espèce et dans des affaires similaires sans qu'il soit nécessaire de savoir qui sont précisément les policiers en cause. En ce qui concerne le désir de l'accusé de se voir rendre justice publiquement, il n'est vraiment pas pertinent que le nom des policiers soit connu immédiatement ou non. Il est vrai qu'en règle générale, il n'est ni nécessaire, ni souhaitable, que le nom des policiers qui témoignent contre l'accusé fasse l'objet d'une interdiction de publication dans une société libre et démocratique. Toutefois, compte tenu de la limitation temporelle de l'interdiction que le juge *Menzies* a ordonnée et de la nature inhabituelle du travail effectué par les policiers en l'espèce, je suis convaincu que les effets bénéfiques de cette interdiction l'emportent sur cette préoccupation.

Je suis cependant en désaccord avec la demande de l'appelante de prolonger indéfiniment l'interdiction. En règle générale, il n'est pas souhaitable que la Cour, ou toute autre cour, se mette à interdire à tout jamais la diffusion de renseignements en l'absence de raison convaincante. L'appelante fait valoir que la sécurité des policiers serait menacée si leur identité était un jour révélée. Il ne s'agit toutefois pas d'un risque suffisamment important pour justifier la non-diffusion permanente. Tous les policiers risquent de subir des représailles de la part des criminels qu'ils ont appréhendés et des autres personnes qui leur en veulent. Dans de rares cas, cela peut donner lieu à des événements tragiques. Toutefois, même s'il ne faut ménager aucun effort pour empêcher de telles conséquences, une société libre et démocratique ne réagit pas en créant une force policière anonyme et dispensée de rendre compte de ses actes. Je n'estime pas que ces policiers courent un risque beaucoup plus grand que les autres policiers. Si, dans une affaire future, il ressort du dossier qu'il en découle pour un groupe précis de policiers un risque grave et prolongé de mort ou de blessures, j'examinerais la possibilité d'accorder une interdiction permanente ou une prolongation de l'interdiction.

59

I do not, however, wish to be taken as creating a bright-line rule restricting publication bans to a year. Different cases will involve different considerations, and there may well be times when the danger to officers or to the importance of the administration of justice or police operations rises to a level of seriousness sufficient to justify the deleterious effects inherent in publication bans of a longer duration. Furthermore, these different considerations may authorize a different approach in some cases to the process of tailoring. There may be cases where a longer ban might be tailored to reduce its impact by prohibiting only the publication of the likeness or photograph of an officer, not his name. Should the police choose to adopt the practice of using pseudonyms in undercover operations, this would clearly be a sensible option that would mitigate some of the dangers of long-term secrecy.

VII. Conclusion

60

With the foregoing in mind, I would find that the ban ordered by *Menzies J.* was properly issued and was of the appropriate scope in light of the requirements of the *Charter*. It was properly tailored to meet the real concerns about the safety of officers currently in the field, and about the efficacy of operations that are still underway. The ban, and similar bans issued in accordance with the considerations set out above and in *Dagenais, supra*, is to be supervised by the issuing court, in this case by the Manitoba Court of Queen's Bench. Publication bans designed to protect the identity of officers should be tailored, as was done in this case, to ensure the security and anonymity of the officers while involved in undercover operations. However, such bans should not be indefinite. They should be lifted when the undercover operation comes to an end, or when it may be reasonably expected to end. It would be unwise for this Court to countenance the establishment of a permanently anonymous section of the police force in the absence of more evidence of serious and

Je ne veux toutefois pas avoir l'air de créer une règle de démarcation très nette limitant les interdictions de publication à un an. Les facteurs à prendre en considération diffèrent selon les affaires. Il se peut fort bien que, parfois, le danger pour les policiers et pour l'importance que revêtent les opérations policières pour l'administration de la justice est tel qu'il justifie les effets préjudiciables inhérents aux interdictions de publication d'une durée plus longue. Par ailleurs, ces différents facteurs peuvent justifier l'adoption d'une méthode différente, plus adaptée aux besoins. En effet, il se peut que, dans certains cas où une interdiction plus longue s'impose, on puisse réduire son impact en interdisant seulement la publication de l'apparence ou de la photographie du policier et non celle de son nom. Cette solution est nettement judicieuse pour les cas où la police opte pour le recours à des pseudonymes dans des opérations secrètes, car elle permet d'atténuer quelque peu les dangers d'un secret à long terme.

VII. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le juge *Menzies* a eu raison d'ordonner l'interdiction et qu'il lui a donné la portée qu'il convient compte tenu des exigences de la *Charte*. Cette interdiction était bien adaptée pour dissiper les craintes réelles quant à la sécurité des policiers actuellement sur le terrain et à l'efficacité des opérations toujours en cours. Cette interdiction, comme les interdictions semblables ordonnées conformément aux facteurs énoncés précédemment et dans *Dagenais*, précité, doit être supervisée par la cour qui l'a ordonnée, en l'espèce la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Les ordonnances de non-publication visant à protéger l'identité des policiers doivent, comme en l'espèce, être conçues de manière à garantir leur sécurité et leur anonymat pendant qu'ils participent à des opérations secrètes. Cependant, elles ne doivent pas avoir une durée indéfinie. Elles doivent être levées à la fin des opérations secrètes ou au moment où on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles prennent fin. Il ne serait pas sage de la part de la Cour d'approuver l'établissement d'une section indéfiniment anonyme de la force policière

long-term danger to the security of particular officers.

The appeal is dismissed and the order of Menzies J. affirmed. As a result, I would quash the previous order granting the requested publication ban in full pending this appeal and restore the order of Menzies J. dated February 2, 2000 subject to further order of the Court of Queen's Bench. However, I substitute *proprio motu*, in calculating the one-year duration of the allowed ban, the date that this judgment is released for the date Menzies J.'s order was released to comply with the spirit of that order. The respondent should have his costs in this Court and the court below.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Winnipeg Free Press and the Brandon Sun: Aikins, MacAuley & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Newspaper Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

en l'absence d'éléments de preuve supplémentaires indiquant l'existence d'un danger grave à long terme pour la sécurité de policiers particuliers.

Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance du juge Menzies est confirmée. Par conséquent, je suis d'avis d'annuler l'ordonnance antérieure qui accordait l'interdiction totale de publication demandée en attendant l'issue du présent pourvoi et de rétablir l'ordonnance que le juge Menzies a rendue le 2 février 2000, sauf ordonnance contraire de la Cour du Banc de la Reine. Toutefois, pour le calcul de la durée d'un an de l'interdiction accordée, je remplace d'office la date de l'ordonnance du juge Menzies par celle du prononcé des présents motifs afin de respecter l'esprit de cette ordonnance. L'intimé a droit aux dépens en la Cour et dans la cour d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé : Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs des intervenants Winnipeg Free Press et Brandon Sun : Aikins, MacAuley & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des journaux : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.