

T-505-94
T-506-94
T-508-94

T-505-94
T-506-94
T-508-94

Canadian Broadcasting Corporation (Applicant)

La Société Radio-Canada (requérante)

v.

^a c.

Sergeant Mark Adam Boland, Master Corporal Clayton Matchee, Her Majesty the Queen and Private Elvin Kyle Brown (Respondents)

Le sergent Mark Adam Boland, le caporal-chef Clayton Matchee, Sa Majesté la Reine et le soldat Elvin Kyle Brown (intimés)

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. BOLAND (T.D.)

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. BOLAND (1^{re} INST.)

Trial Division, Simpson J.—Ottawa, June 13, 16 and September 28, 1994. c

Section de première instance, juge Simpson—Ottawa, 13 et 16 juin et 28 septembre 1994.

Armed forces — Applications for judicial review of Judge Advocate's decisions banning publication of evidence filed at court martial of soldier charged with killing prisoner in Somalia — Judge Advocate, applying test in R. v. Oakes, rejecting total ban, granting ban on more limited terms — Court martial having common law jurisdiction to make non-publication orders — Orders ineffective if civilian media not bound — Real, substantial risk fair trial impossible without non-publication orders — Criminal Code, s. 648 not applicable in court martial proceeding but Judge Advocate having jurisdiction to make order identical to that under Code.

^d *Forces armées — Demandes de contrôle judiciaire contre les décisions du juge-avocat portant interdiction de publier des preuves versées au dossier de la cour martiale jugeant un soldat accusé d'avoir tué un prisonnier en Somalie — Le juge-avocat, appliquant le critère dégagé par l'arrêt R. c. Oakes, n'a pas ordonné l'interdiction intégrale, mais une interdiction partielle — Les cours martiales ont compétence en common law pour rendre des ordonnances de non-publication — Ces ordonnances ne serviraient à rien si elles n'avaient pas force obligatoire pour les médias civils — Risque véritable et considérable qu'un procès équitable soit impossible sans les ordonnances de non-publication — L'art. 648 du Code criminel ne s'applique pas aux cours martiales, mais le juge-avocat a compétence pour rendre une ordonnance semblable à l'ordonnance de non-publication prévue dans cette disposition.*

Broadcasting — CBC seeking judicial review of non-publication orders in court martial of Canadian soldier on ground prevented from discharging mandate under Broadcasting Act — Bans preventing media from identifying role played by other accused in death of Somalian prisoner and from publishing photographs taken during torture — Civilian media bound — Orders justified as real, substantial risk fair trial otherwise impossible.

^e *Radiodiffusion — Recours en contrôle judiciaire exercés par la SRC contre les ordonnances de non-publication rendues dans le cadre d'un procès en cour martiale d'un soldat canadien par ce motif qu'elles l'empêchaient de remplir sa mission qu'elle tient de la Loi sur la radiodiffusion — Ces ordonnances interdisaient aux médias d'identifier le rôle joué par les autres accusés dans la mort du prisonnier somalien et de publier les photographies des scènes de torture — Elles sont exécutoires à l'égard des médias civils — Elles sont justifiées en raison du risque véritable et considérable qu'un procès équitable soit impossible en leur absence.*

Charges were laid against a Canadian soldier, Private Brown, in connection with the torture and death of a young Somali man while in custody of the Canadian Airborne Regiment. The CBC brought applications for judicial review of the decisions made by the Judge Advocate at Brown's Court Martial ordering bans on the publication of certain evidence and of the exhibits filed during the Court Martial. The evidence and exhibit bans meant that, in reporting on the Court Martial, the media could neither identify the role played by any of the other accused in the events leading to the Somali's death, nor publish the sixteen photographs taken during his torture. The CBC argued that the exhibit ban would prevent it from properly discharging its mandate under the *Broadcasting Act* and that such

^f *Un soldat canadien, le soldat Brown, était poursuivi pour torture et meurtre sur la personne d'un jeune Somalien qui était sous la garde du Régiment aéroporté du Canada. La Société Radio-Canada a présenté des demandes de contrôle judiciaire contre la décision du juge-avocat d'interdire la publication de certaines preuves et pièces versées au dossier de la cour martiale. Les interdictions relatives aux preuves et aux pièces signifiaient que, dans les comptes rendus du procès, les médias n'avaient ni le droit d'identifier le rôle joué par l'un quelconque des autres accusés dans les événements précédant la mort du Somalien, ni le droit de publier les 16 photographies des scènes de torture sur la personne de celui-ci. La SRC fait valoir que l'interdiction relative aux pièces l'empêchait de*

ban discriminates against television broadcasters who rely primarily on pictures to present their news stories. Four issues were addressed herein: 1) whether the Judge Advocate had jurisdiction to make the non-publication orders; 2) whether such orders bound the civilian media; 3) whether they were justified and 4) whether section 648 of the *Criminal Code* applies to the Brown court martial.

Held, the applications should be dismissed.

1) A court martial is a statutory tribunal and an inferior court of record, and at common law, inferior courts of record have inherent jurisdiction to issue non-publication orders as part of their duty to ensure that justice is done. That being so, the issue was whether that jurisdiction had been lost since non-publication orders are not specifically mentioned in the *National Defence Act* or in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* and since there is no saving provision for the common law jurisdiction. The inherent common law jurisdiction to impose a ban on publication continues to exist because it has not been taken away by statute. Parliament had no intention of removing this important jurisdiction simply by omitting reference thereto in the *National Defence Act*. Moreover, in matters of criminal law such as the Brown Court Martial, subsection 8(2) of the *Criminal Code* expressly continues the common law inherent jurisdiction of inferior courts of record. For both these reasons, the Judge Advocate had jurisdiction to order the evidence and exhibit bans in the Brown Court Martial.

2) Section 60 of the *National Defence Act* cannot be read as a limitation on a judge advocate's inherent common law jurisdiction to make non-publication orders which would operate effectively to protect the integrity of the court martial process. The non-publication orders would be ineffective, at least in Canada, if they did not bind the civilian media. In the absence of a contrary authority or statutory provision, the Judge Advocate at the Brown Court Martial had jurisdiction to make an effective non-publication order which bound the civilian media.

3) In his reasons justifying the non-publication orders, the Judge Advocate acknowledged that he was faced with "a direct conflict in this case between a right and a freedom both guaranteed by the Charter." He declined to impose a total ban in favour of the more limited terms found in the evidence and exhibit bans. He was also justified in rejecting the CBC's suggestion that prospective panel members and witnesses be "cut off" from all media by his order. Such an order would have been unrealistic and unenforceable and would not have provided meaningful protection for the fair trials of the other accused. The Judge Advocate committed no error in law in stating that there was a real and substantial risk that a fair trial would be impossible without the non-publication orders.

remplir convenablement sa mission qu'elle tient de la *Loi sur la radiodiffusion* et valait discrimination contre les télédiffuseurs puisque ceux-ci présentent les informations surtout par les images. Ce recours soulève quatre questions, savoir: 1) si le juge-avocat est investi du pouvoir de rendre des ordonnances de non-publication; 2) si pareilles ordonnances ont force obligatoire pour les médias civils; 3) si elles sont justifiées; et 4) si l'article 648 du *Code criminel* s'applique au procès en cour martiale de Brown.

Jugement: les demandes sont rejetées.

1) Une cour martiale est un tribunal créé par la loi et une cour d'archives inférieure, et en common law, les cours d'archives inférieures ont compétence inhérente pour rendre des ordonnances de non-publication, dans le cadre de leur fonction qui est de s'assurer que justice est faite. Dans ce contexte, il y a lieu d'examiner si les cours martiales ont perdu cette compétence puisque ni la *Loi sur la défense nationale* ni les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* ne renferment une disposition autorisant expressément les ordonnances de non-publication ou prévoyant le maintien de la compétence de common law qui les justifie. La compétence inhérente de common law pour interdire la publication continue d'exister parce qu'elle n'a été supprimée par aucune loi. Le législateur n'a pas entendu supprimer cette importante compétence juste en omettant de la mentionner dans la *Loi sur la défense nationale*. D'autant plus que dans les affaires criminelles, tel le procès en cour martiale de Brown, le paragraphe 8(2) du *Code criminel* maintient expressément en vigueur la compétence inhérente de common law des cours d'archives inférieures. Par ces deux motifs, le juge-avocat avait compétence pour interdire la publication des preuves et des pièces dans le procès Brown.

2) L'article 60 de la *Loi sur la défense nationale* ne peut s'interpréter comme limitant la compétence inhérente de common law d'un juge-avocat en matière d'ordonnances de non-publication qui seraient exécutoires pour préserver l'intégrité du processus des cours martiales. Une ordonnance de ce genre ne servirait à rien, du moins au Canada, si elle n'avait pas force obligatoire pour la presse civile. Faute de jurisprudence ou de texte de loi en sens contraire, le juge-avocat siégeant au procès Brown avait compétence pour rendre une ordonnance de non-publication, applicable également aux médias civils.

3) Dans les motifs d'ordonnance de non-publication, le juge-avocat reconnaissait qu'il se trouvait confronté «au conflit direct entre un droit et une liberté, garantis l'un et l'autre par la Charte». Il a rejeté l'interdiction intégrale en faveur des dispositions plus limitées qu'on trouve dans les interdictions relatives aux preuves et aux pièces. Il a eu également raison de rejeter la suggestion de la SRC d'«isoler» par son ordonnance les membres de la Cour et les témoins éventuels de tous les médias. Pareille ordonnance serait irréaliste et impossible à appliquer; elle n'assurerait pas vraiment un procès équitable pour les autres accusés. Le juge-avocat n'a pas commis une erreur de droit en concluant qu'il existait un risque véritable et considérable, savoir qu'un procès équitable serait impossible sans les ordonnances de non-publication.

4) Contrary to the Judge Advocate's finding, section 648 of the *Criminal Code* does not apply in a court martial proceeding. However, it was within the jurisdiction of a judge advocate in a court martial to make an order similar to or identical to the non-publication order codified in subsection 648(1) of the *Criminal Code*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 7, 11(d), 24(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8(2), 276.3(1) (as enacted by S.C. 1992, c. 38, s. 2), 486(3) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 23, s. 1), (4) (as am. *idem*), 517(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 101), 539(1) (as am. *idem*, s. 97), 648.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1(4) (as enacted *idem*, s. 5).
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 60 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60), 118, 302.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), art. 101.07.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Wood (D.A.) (No. 2) (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (S.C.); *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; (1991), 66 C.C.C. (3d) 454; 7 C.R. (4th) 233; 128 N.R. 321; 49 O.A.C. 83; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.

DISTINGUISHED:

Ryan v. The Queen (1987), 4 C.M.A.R. 563 (C.M.A.C.); *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.).

CONSIDERED:

Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais (1992), 12 O.R. (3d) 239; 99 D.L.R. (4th) 326; 12 C.R.R. (2d) 229; 59 O.A.C. 310 (C.A.); *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Ont. Gen. Div.).

REFERRED TO:

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299; (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; 28 C.R.N.S. 87 (B.C.C.A.); *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Ont. Gen. Div.).

4) Contrairement à la conclusion du juge-avocat, l'article 648 du *Code criminel* ne s'applique pas aux cours martiales. Cependant, le juge-avocat siégeant en cour martiale a compétence pour rendre une ordonnance semblable ou identique à l'ordonnance de non-publication prévue au paragraphe 648(1) du *Code criminel*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 7, 11d), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8(2), 276.3(1) (édicte par L.C. 1992, ch. 38, art. 2), 486(3) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 23, art. 1), (4) (mod., *idem*), 517(1), 539(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 97), 648.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1(4) (édicte, *idem*, art. 5).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 60 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60), 118, 302.
Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (Révision de 1968), art. 101.07.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. v. Wood (D.A.) (No. 2) (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (C.S.); *R. v. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; (1991), 66 C.C.C. (3d) 454; 7 C.R. (4th) 233; 128 N.R. 321; 49 O.A.C. 83; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 21 C.R.R. 76; 67 N.R. 241; 16 O.A.C. 81.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Ryan c. La Reine (1987), 4 C.A.C.M. 563 (C.A.C.M.); *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais (1992), 12 O.R. (3d) 239; 99 D.L.R. (4th) 326; 12 C.R.R. (2d) 229; 59 O.A.C. 310 (C.A.); *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Div. gén. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299; (1974), 20 C.C.C. (2d) 513; 28 C.R.N.S. 87 (C.A.C.-B.); *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Div. gén. Ont.).

APPLICATIONS for judicial review of Judge Advocate's decisions ordering bans on the publication of certain evidence and exhibits filed at a court martial. Applications denied.

DEMANDES de contrôle judiciaire contre des décisions du juge-avocat portant interdiction de publier certaines preuves et pièces versées au dossier d'une cour martiale. Demandes rejetées.

a

COUNSEL:

AVOCATS:

Edith H. Cody-Rice and Leslie Saunders for applicant.
Arnold Fradkin for respondents.

Edith H. Cody-Rice et Leslie Saunders pour la requérante.
Arnold Fradkin pour les intimés.

b

SOLICITORS:

PROCUREURS:

Canadian Broadcasting Corporation, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

Société Radio-Canada, Ottawa, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

c

d

The following are the reasons for order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

SIMPSON J.: On March 16, 1993 a young Somali man, Shidane Arone (Arone) died in the custody of the Canadian Airborne Regiment. It was serving as part of Canada's commitment to the United Nations' peacekeeping efforts in Somalia. Charges were laid in connection with Arone's torture and murder and the first accused to be tried was Private Elvin Kyle Brown (Brown).

e

LE JUGE SIMPSON: Le 16 mars 1993, un jeune Somalien, Shidane Arone (Arone), mourut pendant qu'il était sous la garde du Régiment aéroporté du Canada, qui faisait partie des forces de maintien de la paix des Nations Unies en Somalie. Des militaires ont été poursuivis pour torture et meurtre sur la personne d'Arone, et le premier accusé à subir son procès a été le soldat Elvin Kyle Brown (Brown).

f

The General Court Martial of Private Brown (the Brown court martial) led to three applications by the Canadian Broadcasting Corporation (the CBC). The applications are for judicial review pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)] (the Act). Two applications concern decisions made by Judge Advocate Lieutenant-Colonel J. S.T. Pitzul (the Judge Advocate) on February 14, 1994 and February 22, 1994 wherein he ordered bans on the publication of certain evidence and of the exhibits filed during the Brown court martial. The third application concerns a decision made by the Judge Advocate on February 14, 1994 wherein he concluded that section 648 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] applied to the Brown court martial.

g

Le procès en cour martiale générale du soldat Brown (le procès Brown) a donné lieu à trois demandes de contrôle judiciaire présentées par la Société Radio-Canada (la SRC) sous le régime de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)] (la Loi). Deux de ces demandes visent les décisions rendues par le juge-avocat lieutenant-colonel J. S.T. Pitzul (le juge-avocat) le 14 et le 22 février 1994 pour interdire respectivement la publication de certaines preuves et des pièces versées au dossier du procès Brown. La troisième demande vise la décision rendue le 14 février 1994 par le juge-avocat qui concluait que l'article 648 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] s'appliquait au procès Brown.

h

i

j

By way of background, a brief description of court martial proceeding is in order. The Code of Service Discipline (the Code) is found as Parts IV to IX of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (the NDA). The Code defines the standard of conduct to which military personnel and certain civilians are subject and provides for military tribunals to deal with offenders. Certain provisions of the Code are clarified and procedural details are provided in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* [(1968 Revision)] (the QR&O).

Offences under the Code (service offences) are punishable whether they are committed in Canada or abroad and a person charged with a service offence may be tried outside Canada. Service offences include offences under the *Criminal Code*, as well as other offences which exist only in the military.

Under the Code, there are four types of courts martial. One is a General Court Martial, such as the Brown court martial. General Courts Martial take jurisdiction over the most serious offences and have the power to impose the most severe penalties. The main participants in a General Court Martial are the prosecutor, the Judge Advocate and a panel composed of the president and four other members (the panel). The prosecutor is responsible for making the case against the accused. The Judge Advocate officiates at the court martial and determines questions of law or mixed questions of fact and law. However, he is not a trier of fact. The role of the president is to ensure that the court martial is conducted in an orderly and judicial manner. The panel members are all senior officers. They determine the guilt or innocence of the accused by a majority vote and, if necessary, they impose a sentence.

Those who were charged in addition to Brown with offences related to the death of Arone (the

Pour plus de clarté, il convient de rappeler brièvement la procédure des cours martiales. Le code de discipline militaire (le Code), qui comprend les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, (la LDN) définit les règles de conduite auxquelles sont soumis les militaires et certains employés civils, et soumet les contrevenants à la juridiction des tribunaux militaires. Certaines dispositions du code sont clarifiées et les détails de procédure fixés dans les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* [(Révision de 1968)] (les ORFC).

Les infractions au code (infractions d'ordre militaire) sont punissables qu'elles soient commises au Canada ou à l'étranger, et une personne poursuivie pour infraction d'ordre militaire peut être jugée à l'étranger. Les infractions d'ordre militaire comprennent les infractions au *Code criminel* ainsi que des infractions d'ordre militaire proprement dites.

Selon le code, il y a quatre types de cour martiale, dont l'un est la cour martiale générale, tel le procès Brown. La cour martiale générale connaît des infractions les plus graves et est habilitée à appliquer les peines les plus lourdes. Une cour martiale générale est composée principalement du procureur, du juge-avocat et la cour proprement dite qui comprend le président et quatre autres membres de la cour. Le procureur requiert contre l'accusé. Le juge-avocat participe à la cour martiale où il tranche les questions de droit ou les questions mixtes de droit et de fait. Il n'est cependant pas le juge des faits. Le président veille à ce que l'audience se déroule dans l'ordre et selon les règles judiciaires. Les membres de la cour sont tous des officiers supérieurs. Ils se prononcent sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé à la majorité des voix et, le cas échéant, prononcent la peine applicable.

Ceux qui étaient accusés en sus de Brown d'infractions ayant un rapport avec la mort d'Arone (les pro-

related proceedings) will hereinafter be referred to collectively as the other accused. The related proceedings have unfolded as follows:

cès connexes) seront collectivement appelés ci-après les autres accusés. En voici l'état récapitulatif:

<u>Accused</u>	<u>Charges</u>	<u>Trial Date</u>	<u>Status at Sept. 19, 1994</u>	<i>a</i>	<u>Accusé</u>	<u>Chefs d'accusation</u>	<u>Date du procès</u>	<u>État de la cause au 19 septembre 1994</u>
Private Brown: (Brown)	Second degree murder and torture	February 14, 1994	March 18, 1994, guilty of man-slaughter, and torture. Sentenced to 5 years in prison and dismissal with disgrace from Her Majesty's Service	<i>b</i>	Soldat Brown (Brown)	Meurtre au deuxième degré et torture	14 fév. 1994	18 mars 1994: verdict d'homicide involontaire coupable et de torture. Emprisonnement de 5 ans et destitution ignominieuse
Sergeant Gresty: (Gresty)	Negligent performance of a military duty	March 21, 1994	Acquitted on April 11, 1994	<i>d</i>	Sergent Gresty (Gresty)	Exécution négligente d'obligations militaires	21 mars 1994	Acquitté le 11 avril 1994
Sergeant Boland: (Boland)	Torture and negligent performance of a military duty	April 29, 1994	Acquitted on torture charge and pleaded guilty to negligence charge, sentenced to 90 days detention	<i>e</i>	Sergent Boland (Boland)	Torture et exécution négligente d'obligations militaires	29 avril 1994	Acquitté du chef de torture, a plaidé coupable du chef de négligence — Condamné à 90 jours de détention
Major Seward (Seward)	Unlawfully causing bodily harm	May 9, 1994	Acquitted on June 3, 1994	<i>g</i>	Major Seward (Seward)	Infliction illégale de lésions corporelles	9 mai 1994	Acquitté le 3 juin 1994
Master Corporal Matchee (Matchee)	Murder and torture	April 25, 1994	Proceedings terminated as Matchee was unfit to stand trial	<i>h</i>	Caporal-chef Matchee (Matchee)	Meurtre et torture	25 avril 1994	Action éteinte, Matchee n'étant pas en état de passer en jugement
Lieutenant-Colonel Mathieu (Mathieu)	Negligent performance of a military duty	May 30, 1994	Acquitted, on June 24, 1994	<i>i</i>	Lieutenant-colonel Mathieu (Mathieu)	Exécution négligente d'obligations militaires	30 mai 1994	Acquitté le 24 juin 1994
Private Brockelbank (Brockelbank)	Torture and negligent performance of a military duty	Originally February 28, 1994 Adjourned to Oct. 11, 1994	Pending	<i>j</i>	Soldat Brockelbank (Brockelbank)	Torture et exécution négligente d'obligations militaires	Initialement prévu pour le 28 fév. 1994, ajourné au 11 oct. 1994	Affaire pendante

The Motions for Non-Publication Orders

During the Brown court martial, Boland, one of the other accused, was given the right to intervene to seek relief, pursuant to section 7, paragraph 11(d) and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter). He sought an order which would have entirely prohibited the publication or broadcast in any form of the proceedings in the Brown court martial until such time as Boland's court martial was completed.

Counsel for Matchee also requested a non-publication order and was permitted to intervene for that purpose. The applications made by Boland and Matchee were supported by the prosecution. Of the remaining other accused, Brockelbank, Seward and Mathieu were not represented and took no position. Gresty did not oppose the applications.

Counsel for the CBC was given leave to intervene to oppose the granting of orders banning publication. Brown's counsel also opposed on the basis that a non-publication order was not in his client's interest.

The Non-Publication Orders

The Judge Advocate made the following two orders which were, to his knowledge, the first non-publication orders made by a Canadian court martial.

1. The Non-Publication of Evidence—February 14, 1994

This court orders that the application for a temporary total ban on publication of the evidence at the trial of Private Brown be dismissed. This court, however, orders a ban on the publication of evidence at the trial of Private Brown, which directly or by necessary implication identifies Private Brockelbank, Sergeant Gresty, Sergeant Boland, Major Seward, Master Corporal Matchee or Lieutenant-Colonel Mathieu in the commission of an offense for which they have been charged and includes their name, rank and position held.

I turn now to the duration of the ban. It shall be temporary but remain in force and effect until the later of:

Les requêtes en ordonnance de non-publication

Au procès Brown, Boland, l'un des autres accusés, s'est vu accorder le droit d'intervenir et d'exercer un recours fondé sur l'article 7, l'alinéa 11d) et le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), pour conclure à une ordonnance portant interdiction absolue de toute publication ou diffusion, sous quelque forme que ce soit, de ce qui se passait au procès Brown, et ce, jusqu'à la conclusion de son propre procès en cour martiale.

L'avocat de Matchee concluait lui aussi à une ordonnance de non-publication et s'est vu accorder le droit d'intervenir à cet effet. Les requêtes introduites par Boland et Matchee avaient le soutien de la poursuite. Parmi les autres accusés, Brockelbank, Seward et Mathieu n'étaient pas représentés et n'ont pas pris position. Gresty ne s'est pas opposé à ces requêtes.

L'avocat de la SRC s'est vu accorder l'autorisation d'intervenir pour s'opposer à l'octroi des ordonnances de non-publication. L'avocat de Brown s'y est également opposé par ce motif que pareille ordonnance était contraire aux intérêts de son client.

Les ordonnances de non-publication

Le juge-avocat a rendu les deux ordonnances suivantes, lesquelles étaient, à sa connaissance, les premières ordonnances de non-publication rendues par une cour martiale canadienne.

1. L'interdiction de publier les preuves—14 février 1994

[TRADUCTION] La Cour rejette la requête en interdiction totale temporaire de la publication des preuves produites au procès du soldat Brown. La Cour interdit cependant la publication des preuves produites au procès Brown et qui, directement ou implicitement, identifient le soldat Brockelbank, le sergent Gresty, le sergent Boland, le major Seward, le caporal-chef Matchee ou le lieutenant-colonel Mathieu avec la perpétration d'une infraction dont ils ont été accusés, ce qui s'entend également de leurs nom, rang et fonctions.

J'en viens maintenant à la durée de l'interdiction. Elle sera temporaire mais demeurera en vigueur jusqu'à la fin des procès et procédures suivants:

- | | |
|--|---|
| <p>a. the termination of proceedings of the trial by court martial of Private Brockelbank; or</p> <p>b. the termination of proceedings of the trial by court martial of Sergeant Gresty; or</p> <p>c. the formal disposition of charges against Sergeant Boland or the termination of proceedings by court martial in respect of Sergeant Boland; or</p> <p>d. the termination of proceedings of the trial by court martial of Major Seward; or</p> <p>e. the termination of proceedings by court martial on the issue of Master Corporal Matchee's fitness to stand trial or if the termination of those proceedings results in Master Corporal Matchee standing trial by court martial then at the termination of proceedings of the trial by court martial of Master Corporal Matchee; or</p> <p>f. the termination of proceedings of the trial by court martial of Lieutenant-Colonel Mathieu.</p> | <p>a. le procès en cour martiale du soldat Brockelbank;</p> <p>b. le procès en cour martiale du sergent Gresty;</p> <p>c. la décision formelle sur les chefs d'accusation relevés contre le sergent Boland ou le procès en cour martiale du sergent Boland;</p> <p>d. le procès en cour martiale du major Seward;</p> <p>e. l'instruction par la cour martiale de la question de savoir si le caporal-chef Matchee est en état de passer en jugement et, si elle conclut par l'affirmative, le procès en cour martiale du caporal-chef Matchee.</p> <p>f. le procès en cour martiale du lieutenant-colonel Mathieu.</p> |
|--|---|

This non-publication order will hereinafter be referred to as the evidence ban.

Cette ordonnance de non-publication sera appelée ci-après l'interdiction relative aux preuves.

2. The Non-Publication of Exhibits—February 22, 1994

After having considered the facts and circumstances of this case, the submissions of counsel, including the cases cited, it is the decision of this court based on the above reasons to:

2. L'interdiction de publier les pièces—22 février 1994

[TRADUCTION] Vu les faits et circonstances de la cause, les conclusions des avocats, y compris les précédents cités, la Cour, par ces motifs:

- | | |
|---|--|
| <p>b. not provide copies of exhibits to members of the public including the media; and</p> <p>c. direct that the public including the media shall have access at appropriate times during adjournments as determined by the judge advocate to view the exhibits that have been placed before the court. The access is for viewing only. There is to be no reproduction of the exhibits in any way, shape, or form. They can be viewed, not handled, inspected, nor taken away. This direction applies until the termination of the proceedings of this court martial.</p> | <p>b. décide de ne pas mettre des copies des pièces à la disposition du public, les médias y compris;</p> <p>c. ordonne que le public, les médias y compris, aura accès aux moments indiqués durant les ajournements, tels que les décide le juge-avocat, pour regarder les pièces qui ont été produites devant la Cour. L'accès se limite au droit de regarder. Les pièces ne seront reproduites par aucun moyen ou sous aucune forme, elles pourront être regardées, mais non pas manipulées, inspectées ou emportées. La présente ordonnance demeure en vigueur jusqu'à la fin de la procédure en instance devant la Cour martiale.</p> |
|---|--|

This non-publication order will hereinafter be referred to as the exhibit ban.

Cette ordonnance de non-publication sera appelée ci-après l'interdiction relative aux pièces.

As a practical matter, the evidence and exhibit bans meant that, in its reports of the Brown court martial, the media could not identify the role played by any of the other accused in the events leading to Arone's death. As well, the media could not publish the sixteen photographs taken during the torture of Arone. However, journalists were free to describe the photographs and other exhibits with the restriction that the identities of those depicted (other than Brown) could not be revealed.

En termes pratiques, les interdictions relatives aux preuves et aux pièces signifiaient que dans les comptes rendus du procès Brown, les médias n'avaient pas le droit d'identifier le rôle joué par l'un quelconque des autres accusés dans les événements précédant la mort d'Arone. De même, ils n'avaient pas le droit de publier les 16 photographies des scènes de torture sur la personne d'Arone. Cependant, les journalistes avaient toute liberté de décrire ces photographies et d'autres pièces, mais sans révéler l'identité de ceux qui en faisaient l'objet (sauf Brown).

According to the affidavit material filed by the CBC, the evidence ban prevented Michael McAuliffe, a CBC radio journalist, from preparing clear reports about the Brown court martial. He deposed in an affidavit sworn on March 9, 1994 that the ban:

... prevented me from properly discharging my functions as a journalist and has caused confusion in the minds of the public which may be leading the public to wrongly interpret the extent of involvement of certain co-accused to the detriment of those co-accused because the media is unable to properly identify the co-accused persons in this matter.

The exhibit ban also affected the CBC. In an affidavit sworn on March 9, 1994, Chris Waddell who is the Parliamentary Bureau Chief for CBC Television, stated that the exhibit ban:

... has prevented the Canadian Broadcasting Corporation from properly discharging its mandate under the Broadcasting Act as it is unable to convey to the public in a medium appropriate to television the evidence, including exhibits, which is before the General Court Martial and upon which a finding of guilt or innocence may be made.

In argument, counsel for the CBC noted that the exhibit ban discriminates against television broadcasters, because they rely primarily on pictures to present their news stories. Other media, which convey the news primarily through the printed and spoken word, are less affected by the exhibit ban.

The Issues

There are four issues to be addressed. They are:

Part A

1. Does a judge advocate have jurisdiction to make a non-publication order?
2. If jurisdiction exists, can such an order bind the civilian media?
3. If jurisdiction exists, were the orders justified in this case?

Part B

Did section 648 of the *Criminal Code* apply to the Brown court martial?

La SRC fait valoir par affidavit que l'interdiction relative aux preuves empêchait Michael McAuliffe, un reporter de la radio de langue anglaise de la SRC, de donner des comptes rendus clairs du procès Brown. Par affidavit en date du 9 mars 1994, celui-ci affirme que l'interdiction:

[TRADUCTION] ... m'empêchait de faire convenablement mon travail de journaliste et a jeté la confusion dans l'esprit du public, ce qui pourrait amener celui-ci à interpréter à tort le degré de participation de certains autres accusés au grand dam de ces derniers, puisque les médias ne sont pas en état d'identifier proprement les coaccusés dans cette affaire.

L'interdiction relative aux pièces affectait aussi la SRC. Par affidavit en date du 9 mars 1994, Chris Waddell, qui est le chef du bureau parlementaire de la télévision de langue anglaise de la SRC, soutient que cette interdiction:

[TRADUCTION] ... a empêché la Société Radio-Canada de remplir convenablement sa mission qu'elle tient de la Loi sur la radiodiffusion, puisqu'elle n'est pas en état de communiquer au public par un moyen qui convienne à la télévision, des preuves, dont des pièces, produites devant la cour martiale générale et sur la foi desquelles celle-ci pourra conclure à la culpabilité ou à l'innocence.

Dans son argumentation, l'avocate de la SRC fait valoir que l'interdiction relative aux pièces vaut discrimination contre les télédiffuseurs puisque ceux-ci présentent les informations surtout par les images. D'autres médias, qui présentent l'information sous forme parlée ou écrite, souffrent moins de cette interdiction.

§ Les points en litige

Ce recours soulève les quatre questions suivantes:

h Partie A

1. Un juge-avocat est-il investi du pouvoir de rendre une ordonnance de non-publication?
2. Dans l'affirmative, pareille ordonnance a-t-elle force obligatoire pour les médias civils?
3. Dans l'affirmative, les ordonnances visées sont-elles justifiées en l'espèce?

Partie B

L'article 648 du *Code criminel* s'applique-t-il au procès Brown?

Part AIssue I: Did the Judge Advocate Have Jurisdiction to Make the Non-Publication Orders?

The CBC submits that, although a judge advocate lacks jurisdiction to make non-publication orders, such orders could be made in the course of a court martial by the Federal Court of Canada or by a provincial court of record.

It was agreed in argument that a court martial is a statutory tribunal and an inferior court of record. It was also agreed that, at common law, inferior courts of record such as courts martial had inherent jurisdiction to issue non-publication orders as part of their duty to ensure that justice was done. Finally, counsel agreed that neither the NDA nor the QR&O contain any provisions which specifically authorize non-publication orders or which provide for a continuation of the common law jurisdiction which justified such orders.

Against this background, the issue is whether the inherent jurisdiction to make non-publication orders, which a court martial would have had at common law, has somehow been lost. The CBC submits that the common law jurisdiction has been lost and that an express statutory provision, described as a "saving provision," is now required to preserve the common law jurisdiction. It finds that requirement in the case of *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563 (C.M.A.C.), at page 567 (*Ryan*). In *Ryan*, Pratte J. held that "[a] court martial is an inferior court. The chief distinction between superior and inferior courts is that, unless the contrary is shown, no matter is presumed to be beyond the jurisdiction of a superior court whereas nothing is presumed to be within the jurisdiction of an inferior court." Based on this decision, the CBC argues that, since publication orders are not specifically mentioned and since there is no saving provision for the common law jurisdiction, the jurisdiction to make non-publication orders has been lost because it cannot be presumed to exist.

In my view, the *Ryan* decision concerned the jurisdiction of a General Court Martial over a particular offence. The issue for determination was whether the

Partie AQuestion I: Le juge-avocat est-il investi du pouvoir de rendre ces ordonnances de non-publication?

^a La SRC soutient que si un juge-avocat n'est pas investi du pouvoir de rendre des ordonnances de non-publication, les mêmes ordonnances peuvent être rendues au cours d'un procès en cour martiale par la ^b Cour fédérale du Canada ou par une cour d'archives provinciale.

Les parties conviennent au cours des débats qu'une cour martiale est un tribunal créé par la loi et une ^c cour d'archives inférieure; qu'en common law, les cours d'archives inférieures telle une cour martiale ont compétence inhérente pour rendre des ordonnances de non-publication, dans le cadre de leur fonction qui est de s'assurer que justice est faite; et enfin ^d que ni la LDN ni les ORFC ne renferment une disposition autorisant expressément les ordonnances de non-publication ou prévoyant le maintien de la compétence de common law qui justifie pareilles ordonnances.

^e Dans ce contexte, il convient d'examiner si les cours martiales ont perdu la compétence inhérente en matière d'ordonnances de non-publication, qu'elles ^f auraient eu en common law. La SRC soutient que cette compétence de common law a été perdue, et qu'elle ne peut être préservée que par une disposition législative expresse à cet effet, une «disposition de maintien». Elle cite à ce propos la décision *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563 (C.A.C.M.), à la page 567 (*Ryan*), où le juge Pratte a conclu qu'«[u]ne cour martiale est un tribunal inférieur. La principale ^g différence entre une cour supérieure et une cour inférieure est que, sauf preuve du contraire, aucune affaire n'est présumée échapper à la compétence de la cour supérieure alors qu'aucune affaire n'est présumée relever de la cour inférieure». La SRC se fonde sur cette décision pour soutenir que, les ordonnances de non-publication n'étant pas expressément prévues ^h et faute de disposition portant maintien de la compétence de common law, cette compétence a été perdue ⁱ puisque on ne saurait présumer qu'elle existe.

^j À mon avis, la décision *Ryan* portait sur la compétence d'une cour martiale générale à l'égard d'une infraction donnée. Il s'agissait de savoir si la qualifi-

required nexus to the military could be found in the circumstances in which the offence had been committed. Notably, the Court was not concerned with and did not address the continuing existence or otherwise of inherent common law jurisdiction in a court martial. In these circumstances, I am not prepared to adopt the language in *Ryan* as authority for the demise of a judge advocate's common law jurisdiction to make non-publication orders.

On the question of a saving provision, the CBC also submits that subsection 8(2) of the *Criminal Code* contains a saving provision and that the enactment of that section suggests that, for inferior courts of record, an express statutory provision is needed to continue the inherent jurisdiction which was previously available at common law. In his decision in *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re¹ (Scientology)*, Watt J. used subsection 8(2) as the basis for his conclusion that Ontario provincial courts have jurisdiction to make non-publication orders. However, he was not called upon to consider whether the common law jurisdiction to make such orders would have continued to exist in the absence of subsection 8(2).

Subsection 8(2) provides that:

8. . . .

(2) The criminal law of England that was in force in a province immediately before April 1, 1955 continues in force in the province except as altered, varied, modified or affected by this Act or any other Act of the Parliament of Canada.

The CBC says that the fact that a saving provision appears in one statute (the *Criminal Code*) and not in another (the NDA) indicates that Parliament intended to omit it from the NDA. On this issue, reference was made by the respondents to the decision of Tidman J. of the Nova Scotia Supreme Court in *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128. That case involved the separate trials of three men accused of a murder committed in the course of an armed robbery at a McDonald's restaurant on Cape Breton Island. The Crown moved under subsection 8(2) for a total ban on the publication of all the evidence at the first trial pending the completion of the third trial. Opposing counsel on behalf of the CBC argued in that case

¹ (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.).

cation militaire de l'infraction pouvait se dégager des circonstances dans lesquelles celle-ci avait été commise. Il est clair que la cour ne s'intéressait pas à la question de l'existence, maintenue ou autre, d'une compétence inhérente de common law de la cour martiale. Puisqu'il en est ainsi, je ne saurais conclure que la décision *Ryan* pose pour règle l'extinction de la compétence de common law du juge-avocat pour rendre des ordonnances de non-publication.

Pour ce qui est de la question de la disposition de maintien, la SRC soutient aussi que le paragraphe 8(2) du *Code criminel* renferme une disposition de maintien dont l'adoption signifie que, pour les cours inférieures, une disposition législative expresse est nécessaire pour maintenir la compétence inhérente qui existait auparavant en common law. Dans la décision *Church of Scientology of Toronto et al. and The Queen (No. 6), Re¹ (Scientology)*, le juge Watt s'est fondé sur ce paragraphe 8(2) pour conclure que les cours provinciales de l'Ontario sont investies du pouvoir de rendre des ordonnances de non-publication. Il n'était cependant pas appelé à décider si la compétence de common law pour rendre ces ordonnances aurait continué à exister en l'absence de cette disposition.

Le paragraphe 8(2) prévoit ce qui suit:

8. . . .

(2) Le droit criminel d'Angleterre qui était en vigueur dans une province immédiatement avant le 1^{er} avril 1955 demeure en vigueur dans la province, sauf en tant qu'il est changé, modifié ou atteint par la présente loi ou toute autre loi fédérale.

La SRC soutient que le fait qu'une disposition de maintien figure dans une loi (le *Code criminel*) et non pas dans une autre (la LDN) signifie que le législateur entendait l'exclure de cette dernière. À ce propos, les intimés citent la décision rendue par le juge Tidman de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128, qui portait sur les procès distincts de trois hommes accusés d'un meurtre commis au cours d'un vol à main armée dans un restaurant McDonald's dans l'île du Cap-Breton. La Couronne se fondait sur le paragraphe 8(2) pour demander l'interdiction de toute publication des preuves et témoignages produits au premier procès, en attendant l'issue du

¹ (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.).

that, because Parliament has enacted sections of the *Criminal Code* which contain specific provisions banning the publication of evidence, (subsections 486(3) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 23, s. 1] and (4) [as am. *idem*], 276.3(1) [as enacted by S.C. 1992, c. 38, s. 2], 517(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 101(E)], 539(1) [as am. *idem*, s. 97] and 648(1)), subsection 8(2) could no longer be interpreted as a continuation of the common law jurisdiction to make non-publication orders. In its consideration of this submission the Court said [at page 131]:

This court must have control over its proceedings to ensure fairness in the trial process. It would be impossible to expect Parliament to legislate specifically every instance which would permit the court to exercise control over its proceedings in order to ensure fairness and integrity in the trial process. I thus cannot accept that it was the intention of Parliament to prohibit the court from granting a ban on publication of evidence at trials simply by not granting to the court such specific power in the *Criminal Code*. [Underlining added.]

In reaching his conclusion, Tidman J. relied on the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at page 738 where the Court made it plain that the common law continues in force in the *Criminal Code* "provided of course that there is no clear language in the *Code* which indicates that the *Code* has displaced the common law."

There is no requirement for a saving provision in the NDA. Accordingly, absent an express provision displacing the common law jurisdiction and absent authority to the contrary, I have concluded that the inherent common law jurisdiction to impose a ban on publication continues to exist because it has not been taken away by statute and because, in concert with Tidman J., I cannot accept that Parliament intended to remove this important jurisdiction simply by omitting a reference to it in the NDA.

On the basis of this finding, judge advocates have jurisdiction to make non-publication orders whether court martial proceedings are held in Canada or abroad. In addition, because in this case the Brown court martial was held in Petawawa, there is a second ground for a finding that jurisdiction exists. It is clear that, in Ontario, in matters of criminal law (and counsel agreed that the Brown court martial involved mat-

troisième. La SRC qui s'y opposait soutenait que le législateur, ayant adopté des articles du *Code criminel* qui interdisaient expressément la publication des preuves (paragraphe 486(3) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 23, art. 1] et (4) [mod., *idem*], 276.3(1) [édicte par L.C. 1992, ch. 38, art. 2], 517(1), 539(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 97] et 648(1)), il n'était plus possible de considérer que le paragraphe 8(2) maintenait la compétence de common law en matière d'ordonnances de non-publication. Voici la conclusion tirée par la Cour au sujet de cet argument [à la page 131]:

[TRADUCTION] La Cour a pouvoir de contrôle sur l'instance afin d'assurer l'équité du procès. Il serait impossible de s'attendre à ce que le législateur prévienne expressément chaque cas où la Cour a pouvoir de contrôle sur l'instance pour assurer l'équité du procès. Il m'est donc impossible de convenir que le législateur entendait interdire à la Cour de rendre des ordonnances de non-publication des preuves produites au procès, du seul fait qu'il ne lui a pas expressément conféré ce pouvoir par le *Code criminel*. [C'est moi qui souligne.]

En parvenant à cette conclusion, le juge Tidman s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la page 738, où la Cour suprême du Canada a souligné que la common law demeure en vigueur dans le *Code criminel*, «à la condition, bien sûr, que le *Code* ne contienne aucune disposition claire indiquant qu'il a remplacé la common law».

Il n'est pas prévu nulle part que la LDN doit renfermer la même disposition de maintien. En conséquence, en l'absence de toute disposition se substituant expressément à la common law et en l'absence de toute règle jurisprudentielle en sens contraire, je conclus que la compétence inhérente de common law pour interdire la publication continue d'exister parce qu'elle n'a été supprimée par aucune loi et que, tout comme le juge Tidman, je ne pense pas que le législateur ait entendu supprimer cette importante compétence juste en omettant de la mentionner dans la LDN.

Il s'ensuit que les juges-avocats ont compétence pour rendre des ordonnances de non-publication, peu importe que la cour martiale ait lieu au Canada ou à l'étranger. En outre, puisque en l'espèce, le procès Brown a eu lieu à Petawawa, il y a un second motif pour conclure que cette compétence existe. Il est clair que dans les affaires criminelles en Ontario (et les avocats conviennent que le procès Brown était un

ters of criminal law), subsection 8(2) expressly continues the common law inherent jurisdiction of inferior courts of record. Accordingly, for both these reasons, the Judge Advocate had jurisdiction to order the evidence and exhibit bans in the Brown court martial.

The CBC also argued that, because section 302 of the NDA does not permit a court martial to punish for contempt, it can be inferred that a court martial is without jurisdiction to issue non-publication orders because they could only be enforced in contempt proceedings. In my view, this argument is defeated by section 118 of the NDA which clearly permits a court martial to punish the breach of a non-publication order.

In view of these conclusions, it is unnecessary to decide whether the “gap rule” found as article 101.07 of the QR&O confers jurisdiction to make non-publication orders although I should note that I would have been reluctant to base my decision on a rule of procedure. Further, it is unnecessary to decide whether jurisdiction exists, as the respondents suggest, because a court martial is a court of competent jurisdiction under subsection 24(1) of the Charter. However, I am bound to note that this argument would probably not have been successful in view of the Supreme Court’s decision in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. At pages 954-955 the Court appears to make it clear that, for inferior courts of record, jurisdiction pursuant to subsection 24(1) does not extend to the granting of prohibition orders such as the evidence and exhibit bans.

Issue II—Did the Judge Advocate Exceed his Jurisdiction?

The CBC has respected the terms of the evidence and exhibit bans but submits that, in law, they do not bind the civilian media. This is so, it is argued, because a court martial’s jurisdiction is limited by section 60 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60] of the NDA and covers only the enumerated military and civilian personnel who are subject to the Code. As the CBC is not listed in section 60, the argument is that a court martial is without jurisdiction to control the CBC’s conduct.

procès criminel), le paragraphe 8(2) maintient expressément en vigueur la compétence inhérente de common law des cours d’archives inférieures. Par ces deux motifs donc, le juge-avocat avait compétence pour interdire la publication des preuves et des pièces dans le procès Brown.

La SRC soutient encore que l’article 302 de la LDN n’ayant pas pour effet d’habiliter les cours martiales à sanctionner l’outrage au tribunal, on peut en conclure que celles-ci n’ont pas compétence pour rendre des ordonnances de non-publication, dont l’exécution forcée ne peut se faire que par procédure en outrage. À mon avis, cet argument est anéanti par l’article 118 de la même Loi, qui habilite indiscutablement la cour martiale à punir la violation d’une ordonnance de non-publication.

Il est donc inutile d’examiner si la «règle d’inclusion» qu’est l’article 101.07 des ORFC confère la compétence pour rendre des ordonnances de non-publication, bien que je doive faire observer que j’aurais hésité à fonder ma décision sur une règle de procédure. Il n’est pas nécessaire non plus d’examiner si cette compétence existe, comme le font valoir les intimés, puisque une cour martiale est un tribunal compétent au sens du paragraphe 24(1) de la Charte. Force m’est cependant de noter que cet argument ne serait probablement pas retenu à la suite de l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 où, aux pages 954 et 955, la Cour suprême du Canada conclut que pour les cours d’archives inférieures, la compétence découlant du paragraphe 24(1) ne s’étend pas aux ordonnances de prohibition telles que les interdictions relatives aux preuves et aux pièces.

Question II—Le juge-avocat a-t-il excédé sa compétence?

La SRC a respecté les interdictions relatives aux preuves et aux pièces, mais soutient que, du point de vue juridique, celles-ci n’ont pas force obligatoire pour la presse civile, par ce motif que la compétence d’une cour martiale est limitée par l’article 60 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60] de la LDN au personnel militaire et civil énuméré et soumis au code. Comme la SRC ne figure pas à l’article 60, elle soutient que ses agissements ne sont pas soumis au contrôle d’une cour martiale.

This submission must fail. On a plain reading, section 60 speaks only about who can be charged with an offence under the Code. It has no bearing, in my view, on the extent of a judge advocate's jurisdiction. I am therefore not prepared to read section 60 as a limitation on a judge advocate's inherent common law jurisdiction to make non-publication orders which would operate effectively to protect the integrity of the court martial process. It is trite to say that non-publication orders would be wholly ineffective, at least in Canada, if they did not bind the civilian media. Accordingly, in the absence of a contrary authority or statutory provision, I have concluded that the Judge Advocate at the Brown court martial had jurisdiction to make an effective non-publication order which bound the civilian media.

Issue III—Was the Order Justified?

In this context, it is appropriate to recall the scope of judicial review. In respect of the evidence and exhibit bans, subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* requires a determination about whether the Judge Advocate erred in law in making the order or about whether he based his decision on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner without regard for the material before him.

This judicial review is based on the facts known to the Judge Advocate at the time the evidence and exhibit bans were made. In February of 1994, the Brown court martial had been reconvened and the Judge Advocate fairly recognized that the media coverage had been widespread and "unprecedented in terms of focusing attention on the Canadian military and its justice system."² The media coverage was both understandable and desirable. The Canadian population had been deeply outraged and angered by the death of Arone at the hands of Canadian peacekeeping forces. The Judge Advocate recognized that Canadians, including those in the military, were intensely interested in the courts martial of those implicated in Arone's death.

² Decision of the Judge Advocate of February 14, 1994, at p. 32.

Cet argument ne tient pas. De toute évidence, l'article 60 ne fait que préciser les catégories de personnes justiciables du code. Il n'a rien à voir avec l'étendue de la compétence d'un juge-avocat. Je ne vais donc pas l'interpréter comme étant une limitation de la compétence inhérente de common law d'un juge-avocat en matière d'ordonnances de non-publication qui seraient exécutoires pour préserver l'intégrité du processus des cours martiales. Il est constant qu'une ordonnance de ce genre ne servirait à rien, du moins au Canada, si elle n'avait pas force obligatoire pour la presse civile. En conséquence, faute de jurisprudence ou de texte de loi en sens contraire, je conclus qu'au procès Brown, le juge-avocat avait compétence pour rendre une ordonnance de non-publication, applicable également aux médias civils.

Question III—L'ordonnance était-elle justifiée?

Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler quelle est la portée du contrôle judiciaire. En ce qui concerne les interdictions relatives aux preuves et aux pièces, le paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* impose d'examiner si le juge-avocat, en rendant l'ordonnance, a commis une erreur de droit ou a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

En l'espèce, le contrôle judiciaire est basé sur les faits connus du juge-avocat au moment des interdictions relatives aux preuves et aux pièces. En février 1994, le procès Brown avait repris et le juge-avocat a noté à juste titre qu'il faisait l'objet d'une couverture étendue par la presse, [TRADUCTION] «couverture sans précédent pour ce qui est d'attirer l'attention sur les Forces canadiennes et sur la justice militaire»². Cette couverture de la presse était à la fois compréhensible et souhaitable. Le public canadien avait été profondément scandalisé et choqué par la mort d'Arone du fait des forces canadiennes de maintien de la paix. Le juge-avocat a pris acte que les Canadiens, y compris les militaires, manifestaient un grand intérêt pour le procès en cour martiale de ceux qui étaient impliqués dans la mort d'Arone.

² Décision du juge-avocat en date du 14 février 1994, à la p. 32.

The Judge Advocate also believed in February 1994 that the Brown court martial was the first of seven related proceedings which would all be convened by May 1994. Although he was aware of the likelihood that Matchee might be found unfit to stand trial, that finding had not been made. The Judge Advocate knew, as well, that there would be a commonality of witnesses called by the prosecution to testify at the courts martial of the other accused and that three of the other accused would testify during the Brown court martial. The panel members for the courts martial of the other accused had not been identified when the evidence and exhibit bans were imposed. Finally, it appeared to the Judge Advocate that the exhibits from the Brown court martial, and, in particular the photographs, might not be entered in evidence in all the related proceedings.

In his reasons justifying the non-publication orders, the Judge Advocate acknowledged that he was faced with “a direct conflict in this case between a right and a freedom both guaranteed by the Charter.”³ He recognized the importance of paragraph 2(b) of the Charter and also the paramount value of an accused’s right to a fair trial which is protected in section 7 and paragraph 11(d) of the Charter. He applied the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 and rejected the total ban sought by the applicants in favour of the more limited terms found in the evidence and exhibit bans.

It is noteworthy that the CBC does not criticize the analysis undertaken by the Judge Advocate in crafting the exhibit and evidence bans. Rather, the CBC’s position is that the Judge Advocate erred in failing to give due consideration to the fact that the panel members are highly disciplined military officers of senior rank. Though not legally trained, panel members perform some of the functions, such as sentencing, normally reserved for judges in civilian criminal courts. For these reasons, the CBC submits that they can be expected to exercise self-censorship in respect of press reports of related proceedings. According to the CBC, senior military officers did not need the non-publication orders to ensure that they adhered to their

³ Decision of Judge Advocate of February 14, 1994 in the Brown court martial, at p. 31.

Le juge-avocat pensait aussi en février 1994 que le procès Brown était le premier de sept procès connexes qui devaient tous avoir lieu vers mai 1994. Bien qu’il sût que Matchee serait probablement jugé hors d’état de passer en jugement, cette conclusion n’avait pas encore été prononcée. Le juge-avocat savait également que des mêmes témoins seraient cités par la poursuite aux procès des autres accusés et que trois de ces derniers témoigneraient au procès Brown. Les membres de la cour jugeant les autres accusés n’avaient pas été identifiés au moment des interdictions relatives aux preuves et aux pièces. Enfin, il apparut au juge-avocat que les pièces produites au procès Brown, en particulier les photographies, pourraient ne pas être produites en preuve dans les procès connexes.

Dans les motifs d’ordonnance de non-publication, le juge-avocat reconnaissait qu’il se trouvait confronté en l’espèce [TRADUCTION] «au conflit direct entre un droit et une liberté, garantis l’un et l’autre par la Charte»³. Il prenait acte de l’importance de l’alinéa 2b) de la Charte ainsi que de la valeur suprême du droit de l’accusé à un procès équitable, que protègent l’article 7 et l’alinéa 11d) de la Charte. Il a appliqué la règle dégagée par l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 et rejeté l’interdiction intégrale recherchée par les requérants, en faveur des dispositions plus limitées qu’on trouve dans les interdictions relatives aux preuves et aux pièces.

Il y a lieu de noter que la SRC ne critique pas l’analyse effectuée par le juge-avocat pour formuler les interdictions relatives aux preuves et aux pièces. Elle lui reproche plutôt de ne pas tenir pleinement compte du fait que les membres de la cour sont des officiers supérieurs hautement disciplinés. Bien que manquant de formation juridique, ces membres de la cour exercent certaines fonctions, telle l’application de la peine, normalement réservées aux juges des juridictions répressives de droit commun. La SRC en conclut qu’on peut compter sur eux pour faire de l’autocensure quant aux articles de presse concernant les procès connexes. Selon la SRC, ces officiers supérieurs n’ont pas besoin d’ordonnances de

³ Décision en date du 14 février 1994 du juge-avocat dans le procès Brown, à la p. 31.

oaths and discharged their duty to decide cases on the evidence before them.

These submissions are based on a recognition that, in normal circumstances, civilian juries can be trusted to honour their oaths and to respond to judicial admonitions to decide cases based only on the evidence before them.⁴ Accordingly, the CBC argues that even more can be expected of a panel of officers. However, I cannot say that the Judge Advocate acted in a perverse or capricious manner in rejecting the CBC's submissions. I recognize his concern that, given the intense interest in this case, even senior officers might find it impossible to ignore information in circulation outside the courtroom. Further, the CBC's submissions did not address the Judge Advocate's concern that witnesses of lesser rank could not be expected to disregard media publications.

In dealing with these submissions, the Judge Advocate rejected the CBC's suggestion that prospective panel members and witnesses be "cut off" from all media by his order. This rejection was justified. Because panel members for the related proceedings had not yet been identified, the suggestion was impractical. In addition, to be effective, the order would have had to prohibit all senior officers who were prospective panel members from discussing any of the related proceedings. Such an order would have been unrealistic and unenforceable and, for these reasons, would not have provided meaningful protection for the fair trials of the other accused. The CBC also suggested deleting faces from the photographs as a means of avoiding the need for a non-publication order. I agree with the Judge Advocate that this would not have been a viable solution. It appears to me that faces are not the only means of identifying those portrayed in the photographs.

The CBC also alleges that the Judge Advocate erred in applying the wrong standard to justify the need for a non-publication order. In *Scientology, Watt*

⁴ *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299 (B.C.C.A.), per Seaton J.A., at p. 305. *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (S.C.) per Tidman J.A., at p. 134.

non-publication pour respecter leur serment et s'acquitter de leur devoir de juger à la lumière des preuves dont ils sont saisis.

Ces arguments sont fondés sur la reconnaissance que dans les conditions normales, on peut compter sur les jurés civils pour respecter leur serment et se conformer aux directives du juge pour ce qui est de décider à la lumière des preuves dont ils sont saisis⁴. La SRC en infère qu'on peut attendre davantage d'une cour composée d'officiers. Cependant, je ne saurais conclure qu'en rejetant l'argumentation de la SRC, le juge-avocat a agi de façon abusive ou arbitraire. Je prends acte de son souci qu'étant donné l'intérêt intense qu'a provoqué cette affaire, il ne fût impossible même pour des officiers supérieurs d'ignorer les informations qui circulaient hors de la salle d'audience. Qui plus est, l'argumentation de la SRC ne tenait pas compte du souci du juge-avocat que des témoins de rangs inférieurs ne se laissent influencer par les comptes rendus des médias.

Prononçant sur ces arguments, le juge-avocat a rejeté la suggestion de la SRC d'«isoler» par son ordonnance les membres de la cour et les témoins éventuels de tous les médias. Ce rejet était justifié. Étant donné qu'on ne savait pas encore qui seraient les membres de la cour pour les procès connexes, pareille suggestion était peu réaliste. En outre, pour atteindre les résultats voulus, l'ordonnance aurait eu à interdire à tous les officiers supérieurs qui pourraient être membres de la cour de parler de l'un quelconque des procès connexes. Pareille ordonnance serait irréaliste et impossible à appliquer; de ce fait, elle n'assurerait pas vraiment un procès équitable pour les autres accusés. La SRC suggérait aussi d'occulter les visages sur les photographies afin d'obvier à la nécessité d'une ordonnance de non-publication. Je conviens avec le juge-avocat que ce ne serait pas là une solution durable. À mon avis, les visages ne sont pas le seul élément qui permette d'identifier ceux qui se trouvent dans les photographies.

La SRC tient aussi que le juge-avocat a commis une erreur en appliquant le mauvais critère pour justifier la nécessité d'une ordonnance de non-publica-

⁴ *Regina v. Makow*, [1975] 1 W.W.R. 299 (C.A.C.-B.), le juge Seaton de la Cour d'appel, à la p. 305. *R. v. Wood (D.A.) (No. 2)* (1993), 124 N.S.R. (2d) 128 (C.S.), le juge d'appel Tidman, à la p. 134.

J. stated that the publication of accounts of related proceedings could be suspended at common law “where such publication may impair the actual or apparent fairness of the trials of such co-accused thereafter taking place” [emphasis added]⁵ (the *Scientology* standard). However, the CBC argues that the standard is now more stringent and has been set out by Dubin C.J.O. in *Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239 (C.A.) (*Dagenais*). That case did not concern related “real life” proceedings. Rather, at issue was whether an injunction should be issued to temporarily ban the airing of the CBC’s “*The Boys of St. Vincent*” program pending the completion of four criminal trials of accused charged with abuse of young boys in Catholic schools. The program was a fictionalized drama. In his decision, at page 246, Dubin C.J.O. articulated the following test “no injunction should be granted unless there is a real and substantial risk that a fair trial would be impossible” [emphasis added] (the *Dagenais* standard). The higher standard may have been imposed in *Dagenais* because that case dealt with the publication of a fictionalized television program.⁶ In any event, the *Dagenais* standard was not adopted by Kovacs J. in *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Gen. Div.). It was rejected as imposing too high standard in a case involving related proceedings. However, the CBC’s position is that *Dagenais* is the applicable law and that the Judge Advocate failed to adopt that standard in his analysis. It is said that, had he done so, he would have been compelled to refuse the non-publication orders.

In my view, the *Scientology* standard is more appropriate when the issue concerns the publication of related proceedings. However, regardless of which standard is the appropriate standard, I have concluded from reading the Judge Advocate’s decisions of February 14 and 22, 1994 in their entirety that he believed that there was a real and substantial risk that

⁵ *Scientology*, *supra*, at p. 209.

⁶ This standard was also applied by Chapnik J. in another application concerning “*The Boys of St. Vincent*”. See *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Ont. Gen. Div.).

tion. Dans *Scientology*, le juge Watt conclut que la publication des comptes rendus des procès connexes pouvait être suspendue en common law [TRADUCTION] «lorsque pareille publication peut compromettre l’équité réelle ou apparente des procès subséquents de ces coaccusés» [non souligné dans le texte]⁵ (la norme *Scientology*). La SRC soutient cependant que la norme observée à l’heure actuelle est plus rigoureuse, telle qu’elle a été dégagée par le juge Dubin, juge en chef de l’Ontario, dans *Canadian Broadcasting Corp. v. Dagenais* (1992), 12 O.R. (3d) 239 (C.A.) (*Dagenais*). Il n’était pas question dans cette dernière affaire de «véritables» procédures connexes; il s’agissait plutôt de savoir s’il fallait rendre une injonction pour interdire la diffusion de l’émission «*The Boys of St. Vincent*» de la SRC, en attendant l’issue de quatre procès criminels des personnes accusées de sévices sexuels contre de jeunes garçons dans des écoles catholiques. Cette émission était une histoire romancée. Dans sa décision, le juge en chef Dubin a dégagé à la page 246 le critère suivant: [TRADUCTION] «il n’y a pas lieu à injonction sauf risque réel et considérable qu’un procès équitable soit impossible» [non souligné dans le texte] (la norme *Dagenais*). Il se peut que cette norme élevée ait été imposée dans *Dagenais* parce que cette affaire concernait la télédiffusion d’une histoire romancée⁶. Quoi qu’il en soit, le juge Kovacs n’a pas adopté la norme *Dagenais* dans *R. v. Bernardo*, [1993] O.J. No. 2047 (QL) (Div. gén.), par ce motif qu’elle était trop rigoureuse dans un cas concernant des instances connexes. La SRC soutient cependant que la norme *Dagenais* est la règle de droit applicable et que le juge-avocat ne l’a pas suivie dans son analyse. L’eût-il fait, dit-elle, il aurait été obligé de refuser de rendre les ordonnances de non-publication.

À mon avis, la norme *Scientology* est celle qui s’applique lorsqu’il est question d’instances connexes. Cependant, peu importe la norme applicable, je conclus de l’examen des décisions des 14 et 22 février 1994 du juge-avocat, prises dans leur ensemble, qu’il était convaincu qu’il existait un risque véritable et considérable, savoir qu’un procès équitable

⁵ *Scientology*, *supra*, à la p. 209.

⁶ Cette norme a été également appliquée par le juge Chapnik dans une autre requête concernant «*The Boys of St. Vincent*»; voir *Monaghan v. Canadian Broadcasting Corp.* (1993), 110 D.L.R. (4th) 39 (Div. gén. Ont.).

a fair trial would be impossible without the non-publication orders. He clearly apprehended a risk which met the *Dagenais* standard and, for this reason, whichever standard applies, he committed no error in law.

Conclusion

For all these reasons, I am unable to conclude that the Judge Advocate committed a reviewable error under the Act in imposing the evidence and exhibit bans to protect the fundamental right of the other accused to a fair trial.

Part B

Section 648 of the *Criminal Code*

The section reads:

648. (1) Where permission to separate is given to members of a jury under subsection 647(1), no information regarding any portion of the trial at which the jury is not present shall be published, after the permission is granted, in any newspaper or broadcast before the jury retires to consider its verdict.

(2) Every one who fails to comply with subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) In this section, "newspaper" has the same meaning as in section 297.

Counsel for both parties agreed that, contrary to the Judge Advocate's finding, section 648 of the *Criminal Code* does not apply in a court martial proceeding. I accept their submission and will therefore make a declaration to that effect. However, in view of my earlier findings on the issue of jurisdiction, I have concluded that it is within the jurisdiction of a judge advocate in a court martial to make an order which is similar to or identical to the non-publication order codified in subsection 648(1) of the *Criminal Code*.

serait impossible sans les ordonnances de non-publication. Il appréhendait manifestement un risque qui répondait à la norme *Dagenais* et, par ce motif, quelle que soit la norme appliquée, il n'a commis aucune erreur de droit.

Conclusion

Par ces motifs, il m'est impossible de conclure que le juge-avocat a commis une erreur de droit susceptible de contrôle judiciaire sous le régime de la Loi, en imposant l'interdiction de publier les preuves et les pièces de façon à protéger le droit fondamental des autres accusés à un procès équitable.

Partie B

L'article 648 du *Code criminel*

Cet article prévoit ce qui suit:

648. (1) Lorsque la permission de se séparer est donnée aux membres d'un jury en vertu du paragraphe 647(1), aucun renseignement concernant une phase du procès se déroulant en l'absence du jury ne peut être, après que la permission est accordée, publié dans un journal, ni révélé dans une émission radiodiffusée avant que le jury ne se retire pour délibérer.

(2) Quiconque omet de se conformer au paragraphe (1) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Au présent article, «journal» a le sens que lui donne l'article 297.

Les avocats des deux parties conviennent, à l'opposé du juge-arbitre, que l'article 648 du *Code criminel* ne s'applique pas aux cours martiales. Je fais droit à cette conclusion et rendrai une ordonnance déclaratoire dans ce sens. Cependant, vu mes conclusions précédentes sur la question de compétence, je conclus que le juge-avocat siégeant en cour martiale a compétence pour rendre une ordonnance semblable ou identique à l'ordonnance de non-publication prévue au paragraphe 648(1) du *Code criminel*.