

T-1482-93

R. James Travers and Southam Inc. (Applicants)

v.

Admiral J. R. Anderson, Chief of Defence Staff (Convening Authority of a Board of Inquiry on the Activities of the Canadian Airborne Regiment Battle Group in Somalia); Major-General T. F. deFaye (President of a Board of Inquiry on the Activities of the Canadian Airborne Regiment Battle Group in Somalia); and the Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: TRAVERS v. CANADA (CHIEF OF DEFENCE STAFF) (T.D.)

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, July 6 and August 23, 1993.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Board of Inquiry hearing to review principles, policies, practices of Canadian Airborne Regiment Battle Group closed to public — Not breach of Charter, s. 2(b) right to freedom of press because not judicial, quasi-judicial enquiry — Board's function not meeting test set out in MNR v. Coopers and Lybrand — To require public hearing propounding right to information in absolute terms, effectively metamorphosing process of internal enquiry into adjudication function characteristic of judicial proceeding.

Armed forces — Board of Inquiry hearing to review principles, policies, practices of Canadian Airborne Regiment Battle Group closed to public — Board's function not judicial, quasi-judicial — More in-house, routine procedure — Within Convening Authority's decision to close enquiry to public.

This was an application to require the Chief of Defence Staff to direct that a Board of Inquiry into the Canadian Airborne Regiment Battle Group conduct its proceedings in public. The applicants contended that the decision that the proceedings not be open to the public breached their Charter, paragraph 2(b) right to freedom of the press. The Board's Terms of Reference limit the hearings to a review of the principles, policies and practices of the Battle Group, which was recently assigned a peacekeeping role in Somalia, where certain incidents occurred which have received extensive media coverage, and which resulted in the laying of criminal charges against four members of the Regiment.

Held, the application should be dismissed.

T-1482-93

R. James Travers et Southam Inc. (requérants)

c.

L'amiral J. R. Anderson, chef d'état-major de la défense (autorité convocatrice d'une commission d'enquête sur les activités du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien en Somalie), le major-général T. F. deFaye (président de la commission d'enquête sur les activités du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien en Somalie) et le procureur général du Canada (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: TRAVERS c. CANADA (CHIEF D'ÉTAT-MAJOR DE LA DÉFENSE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 6 juillet et 23 août 1993.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Audience à huis clos de la commission d'enquête chargée de l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien — Le droit à la liberté de la presse garanti à l'art. 2b) de la Charte n'a pas été violé car il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire ou quasi judiciaire — La fonction de la commission ne satisfait pas aux critères énoncés dans l'arrêt MRN c. Coopers and Lybrand — Exiger une audience publique, c'est ériger le droit à l'information en droit absolu et transformer un processus d'enquête interne en une fonction juridictionnelle propre aux procédures judiciaires.

Forces armées — Audience à huis clos de la commission d'enquête chargée de l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien — La commission n'exerce pas une fonction judiciaire ou quasi judiciaire — Il s'agit plus d'une enquête interne, normale — L'autorité convocatrice était habilitée à ne pas tenir de séance publique.

Il s'agit d'une demande visant à obliger le chef d'état-major de la défense à ordonner que les audiences de la commission d'enquête relative au groupement tactique du Régiment aéroporté canadien soient tenues publiquement. Les requérants soutiennent que la décision de tenir des séances à huis clos porte atteinte à leur droit à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. Le mandat de la commission d'enquête limite les audiences à l'examen des principes, politiques et pratiques du groupement tactique qui a été récemment affecté au maintien de la paix en Somalie, où se sont produits des incidents dont les médias se sont faits abondamment l'écho et au sujet desquels des accusations ont été portées contre quatre membres du Régiment.

Jugement: la demande doit être rejetée.

There was no breach of Charter, paragraph 2(b) because the inquiry was not the kind to which the intended "right of access to information" can apply.

Since the adoption of the Charter, the open court doctrine has been applied to certain administrative tribunals exercising quasi-judicial functions, i.e. by statute they have the jurisdiction to determine the rights and duties of the parties, although certain circumstances may warrant holding some such proceedings *in camera*.

The Board of Inquiry is not a court of record. It has no power to summon witnesses, determine rights or impose obligations. Nothing it does is executory or enforceable. Its powers are determined by its Terms of Reference, and it can only issue recommendations. Pursuit of the Board's mandate might involve disclosure of classified communications, information prejudicial to the accused, information which would not be in the public interest to disclose, or information harmful to the proper exercise of Canada's international peacekeeping role, yet the mandate had to be exercised within a very short time. An open policy would have required a series of *voir dire* to determine what evidence was to be adduced, the purpose of which would require that they be conducted behind closed doors.

The *National Defence Act* and regulations indicated that a Board of Inquiry is more an in-house procedure than a public forum. Whether it is constituted under a particular provision of the *National Defence Act* and its constitution made public, or simply organized by ministerial directive, the Board's function does not necessarily trigger a concomitant right to sit in on the collection or collation of the evidence or on the deliberations of the members of the enquiry. To suggest otherwise is to propound the right to information in absolute terms and to effectively metamorphose a process of an internal enquiry into an adjudication function characteristic of judicial proceedings.

It is the nature of the function of an enquiry which would either meet or not meet the test set out in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495 for determining whether a proceeding is judicial. The enquiry was not judicial or quasi-judicial. No impropriety or wrongdoing was involved. Neither individual nor general rights or duties were subject to determination. It was more an internal affair to obtain findings and recommendations in respect of leadership, discipline, operations, actions and procedures of the Canadian Airborne Regiment Battle Group and the appropriateness of its particular training, conditioning and disciplinary methods, a routine enquiry at National Defence. That the constitution of the enquiry was made public did not change its nature. The decision to close the enquiry to the public was a policy decision which the Convening Authority was entitled to make.

Comme ce n'est pas le genre d'enquête auquel le «droit d'accès à l'information» revendiqué peut s'appliquer, il n'y a pas eu d'atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte.

Depuis l'adoption de la Charte, la doctrine de la publicité des audiences a été appliquée à certains tribunaux administratifs qui exercent des fonctions quasi judiciaires, c'est-à-dire auxquels la loi attribue le pouvoir de statuer sur les droits et les obligations des parties, bien que les audiences de ces tribunaux puissent exceptionnellement être tenues à huis clos dans certains cas.

La Commission n'est pas une cour d'archives. Elle n'a pas le pouvoir de citer des témoins à comparaître, ni de se prononcer sur des droits ou d'imposer des obligations. Aucune de ses décisions n'a force exécutoire. Ses pouvoirs sont fixés dans son mandat et elle ne peut que formuler des recommandations. Pour s'acquitter de son mandat, la commission pourrait se voir dans la nécessité de communiquer des documents classifiés ou qui pourraient être préjudiciables aux accusés, ou dont la divulgation pourrait porter atteinte à l'intérêt public ou nuire à l'accomplissement du rôle international de maintien de la paix du Canada et pourtant, elle doit s'en acquitter dans un délai très court. Il aurait fallu, en cas d'audience publique, tenir une série de voir dire au sujet des témoins qu'il y avait lieu de faire entendre; étant donné leur objet, ces voir dire auraient été tenus à huis clos.

Il ressort de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application qu'une commission d'enquête est beaucoup plus un mécanisme interne qu'une procédure publique. Que la commission soit constituée sous le régime d'une disposition de la *Loi sur la défense nationale* et que sa constitution soit rendue publique, ou qu'elle émane d'une directive ministérielle, sa fonction est de telle nature qu'elle n'emporte pas nécessairement un droit concomitant d'assister à la prise des témoignages ou aux délibérations des membres de la commission. Affirmer le contraire, c'est ériger le droit à l'information en droit absolu et transformer un processus d'enquête interne en une fonction juridictionnelle propre aux procédures judiciaires.

Selon les critères énoncés dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, le caractère judiciaire d'une commission d'enquête est déterminé au regard de la nature de sa fonction. Il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire ou quasi judiciaire. Aucune irrégularité ou acte délictueux n'est en cause. Aucun droit ou obligation d'un individu ne fait l'objet d'un examen et aucune décision générale ne sera rendue sur des droits et des obligations. Il s'agit plus d'une enquête interne, relative au commandement, à la discipline, aux opérations, aux actions et aux méthodes du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien et à l'opportunité de ses méthodes d'entraînement, de préparation et de discipline, soit un type d'enquête qui est normal dans le milieu de la Défense nationale. Le fait que la constitution de la commission d'enquête a été rendue publique n'en change pas la nature. La décision de ne pas permettre au public d'assister à ses audiences a été une décision de principe que l'autorité convocatrice était habilitée à prendre.

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], s. 2(b).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5.
Police Act, R.S.O. 1980, c. 381.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand, [1979] 1 S.C.R. 495; (1978), 92 D.L.R. (3d) 1; [1978] CTC 829; 78 DTC 6258; *Re Southam Inc. and the Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 3 C.C.C. (3d) 515; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.); *Re Southam Inc. and The Queen* (1986), 53 O.R. (2d) 663; 26 D.L.R. (4th) 479; 12 O.A.C. 395 (C.A.).

CONSIDERED:

Re Ottawa Police Force and Lalande (1986), 57 O.R. (2d) 509 (Dist. Ct.); *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329; (1987), 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (T.D.).

APPLICATION to require the Chief of Defence Staff to direct that a Board of Inquiry into the Canadian Airborne Regiment Battle Group conduct its hearing in public on the ground that the decision that proceedings not be open to the public breached the applicants' Charter, paragraph 2(b) right to freedom of the press. Application dismissed.

COUNSEL:

Richard G. Dearden for applicant.
Graham R. Garton and *Pamela Owen-Going* for respondent.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: This application is in respect of a challenge launched by the applicants under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*,

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).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.
Police Act, L.R.O. 1980, ch. 381.

b JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand, [1979] 1 R.C.S. 495; (1978), 92 D.L.R. (3d) 1; [1978] CTC 829; 78 DTC 6258; *Re Southam Inc. and the Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; 3 C.C.C. (3d) 515; 34 C.R. (3d) 27; 33 R.F.L. (2d) 279 (C.A.); *Re Southam Inc. and The Queen* (1986), 53 O.R. (2d) 663; 26 D.L.R. (4th) 479; 12 O.A.C. 395 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Re Ottawa Police Force and Lalande (1986), 57 O.R. (2d) 509 (C. dist.); *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329; (1987), 13 F.T.R. 138; 3 Imm. L.R. (2d) 226 (1^{re} inst.).

DEMANDE visant à obliger le chef d'état-major de la défense à ordonner que les audiences de la commission d'enquête relative au groupement tactique du Régiment aéroporté canadien soient tenues publiquement, parce que la décision de tenir des séances à huis clos porte atteinte au droit des requérants à la liberté de la presse garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. Demande rejetée.

AVOCATS:

Richard G. Dearden pour le requérant.
Graham R. Garton et *Pamela Owen-Going* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE JOYAL: La présente demande concerne une contestation que les requérants ont fondée sur l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de*

Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. It came on for hearing on an expeditious basis on July 6, 1993. The next morning, July 7, 1993, I ruled that the application be dismissed and delivered brief oral reasons therefor. These reasons have now been reduced to writing.

The challenge concerns a decision by the respondent Chief of Defence Staff that the proceedings of a Board of Inquiry on the subject of the Canadian Airborne Regiment Battle Group not be open to the public. The appellants contend that this decision is a breach of the rights conferred under paragraph 2(b) of the Charter and request that the public, which of course includes the media, be given access to the proceedings.

It seems to me, as a preamble, that the freedom set out in section 2 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, particularly in regard to freedom of the press, has most often been analyzed in the context of a system of justice being conducted in an open court.

Long before the Charter, the doctrine of open court had been well established at common law. Before English as well as Canadian courts, numerous are the reiterations of that doctrine. Although variously expressed from time to time, the essence of that doctrine is that the better, if not the only, way to assure the proper exercise of judicial functions is to have court proceedings open to the public. The public, in such fashion, is a permanent or standing jury whose role is to ensure that the integrity of the judicial system is maintained.

Yet the open court doctrine is not absolute. In many instances, the doctrine comes into conflict with competing rights where a balance must often be struck. It is thus that courts have often resorted to *in camera* proceedings or have restricted their publication. Whether an open policy might be prejudicial to a particular litigant or accused, or whether the identity of a complainant in sexual assault cases would inhibit any complainant from coming forward, or whether by reason of the age of young offenders and the stigma which might be forever attached to them, the legislature on the one hand by statutory enact-

1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Elle a été mise au rôle de façon expéditive le 6 juillet 1993. Le jour suivant, le 7 juillet 1993, j'ai conclu qu'il y avait lieu de rejeter la demande et j'ai motivé brièvement ma décision à l'audience. Voici mes motifs écrits.

La contestation porte sur une décision du chef d'état-major de la défense, intimé. Ce dernier a ordonné que les séances de la commission d'enquête relative au groupement tactique du Régiment aéroporté canadien ne soient pas publiques. Les requérants soutiennent que cette décision constitue une violation des droits garantis par l'alinéa 2b) de la Charte et demandent que le public, qui s'entend aussi bien sûr des médias, puisse avoir accès aux séances.

Tout d'abord, il me semble que le contexte dans lequel la liberté énoncée à l'article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en particulier en ce qui a trait à la liberté de la presse, a souvent été analysée est celui d'un système de justice qui reconnaît la publicité des débats.

Longtemps avant l'adoption de la Charte, la doctrine de la publicité des débats était solidement établie en common law. Les tribunaux, tant anglais que canadiens, ont à maintes reprises réaffirmé cette doctrine. Elle a certes été exprimée différemment à certaines occasions, mais elle repose essentiellement sur l'idée que les séances publiques représentent la meilleure, voire la seule, manière d'assurer le bon déroulement des procédures judiciaires. Dans cette optique, le public est un jury permanent dont le rôle est de voir à ce que l'intégrité du système judiciaire soit maintenue.

Néanmoins, cette doctrine de la publicité des débats n'est pas absolue. Dans bien des cas, la doctrine entre en concurrence avec d'autres droits et il convient souvent de soupeser les intérêts antagoniques. C'est pourquoi les tribunaux ont souvent recours au huis clos ou restreignent la publicité des débats. Que ce soit parce que la publicité pourrait être préjudiciable à une partie ou à l'accusé, ou parce que la divulgation de l'identité des plaignants dans une affaire d'agression sexuelle retiendrait tout plaignant de se présenter, ou en raison du jeune âge des contrevenants et de la flétrissure dont ils seraient à jamais

ment or courts on the other in the exercise of their inherent jurisdiction to determine the conduct of their proceedings, both authorities have from time to time departed from the well-established norm and have ruled that certain proceedings be conducted behind closed doors or that various restrictions be placed on the publication of certain elements or parts of the proceedings.

Since the adoption of the Charter, it is true that the open door doctrine has been applied to certain administrative tribunals. While the bulk of precedents have been in the context of court proceedings, there has been an extension in the application of the doctrine to those proceedings where tribunals exercise quasi-judicial functions, which is to say that, by statute, they have the jurisdiction to determine the rights and duties of the parties before them.

This more extensive doctrine would appear to be entirely consistent with its original purpose. If justice is to be patently and evidently done in the courts, there is no reason why it should not also be done when a tribunal exercises substantially the same judicial functions. Again, however, by way of exception, proceedings before administrative tribunals may in certain circumstances be permitted behind closed doors.

Is the enquiry currently conducted by the respondents of a nature to have the doctrine applied to it? This requires some analysis. It is not a court of record, it has no power to summon witnesses by way of subpoena or otherwise, nor does it determine rights or impose obligations. Further, nothing it does is executory or enforceable. Its powers are determined by its Terms of Reference and in that regard, it can only issue recommendations which in due course are submitted to the Chief of Defence Staff who may adopt or reject all or any part of them. Herewith is the text of the Terms of Reference dated April 28, 1993:

1. An investigation shall be conducted pursuant to subsection 45(1) of the *National Defence Act* and in accordance with the provisions of Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces Chapter 21 and Canadian Forces Administrative Order 21-9.

marqués, le législateur, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, dans l'exercice de leur compétence inhérente pour déterminer la procédure dans les instances dont ils sont saisis, font de temps à autre une entorse à la norme bien établie et prescrivent le huis clos ou soumettent à diverses restrictions la publication de certains éléments ou parties des procédures.

Depuis l'adoption de la Charte, il est vrai que la doctrine de la publicité des audiences a été appliquée à certains tribunaux administratifs. Bien que la majeure partie de la jurisprudence se rapporte à des instances judiciaires, l'application de la doctrine a été étendue aux instances dans lesquelles des tribunaux administratifs exercent des fonctions quasi judiciaires, c'est-à-dire à l'égard desquelles la loi leur attribue le pouvoir de statuer sur les droits et les obligations des parties.

Cette extension de la doctrine semble tout à fait compatible avec son but premier. Si, dans le cas des tribunaux judiciaires, il doit apparaître clairement que la justice est impartiale, il n'y a pas de raison pour qu'elle ne le soit également en ce qui concerne les tribunaux administratifs qui exercent fondamentalement les mêmes fonctions judiciaires. Encore une fois, cependant, les audiences de ces tribunaux peuvent exceptionnellement être tenues à huis clos dans certains cas.

La nature de l'enquête effectuée à l'heure actuelle par les intimés justifie-t-elle l'application de la doctrine? Il convient d'analyser la situation. La commission n'est pas une cour d'archives, elle n'a pas le pouvoir de citer des témoins à comparaître et elle ne se prononce pas sur des droits ni n'impose d'obligations. Au surplus, aucune de ses décisions n'a force exécutoire. Ses pouvoirs sont fixés dans son mandat et, à cet égard, elle ne peut que formuler des recommandations qui sont, en temps voulu, transmises au chef d'état-major de la défense, qui peut les accepter ou les rejeter en tout ou en partie. Voici le texte du mandat en date du 28 avril 1993:

[TRADUCTION] 1. Une enquête doit être effectuée en conformité avec le paragraphe 45(1) de la *Loi sur la défense nationale* et avec les dispositions du chapitre 21 des Ordonnances et règlement royaux applicables aux Forces canadiennes et de l'Ordonnance administrative 21-9 des Forces canadiennes.

2. The Board of Inquiry is composed of:

President—Major-General T.F. de Faye, OMM, CD
 Member—Brigadier-General C.J. Addy, CD
 Member—Brigadier-General J.C.A. Emond, CD
 Member—Professor Harriet Critchley
 Member—Mr. Stephen Owen
 Adviser—Lieutenant-Colonel K.W. Watkin, CD
 Adviser—Chief Warrant Officer J. Marr, OMM, CD

3. The Board of Inquiry shall assemble to investigate the leadership, discipline, operations, actions and procedures of the Canadian Airborne Regiment Battle Group. To the extent relevant to a determination of those issues, the Board of Inquiry shall investigate the Battle Group's antecedents in Canada and higher headquarters in Somalia prior to and during its employment in Somalia. No inquiry shall be made into any allegation of conduct that would be a service offence under the *National Defence Act*, and in particular any *Criminal Code* offence, that has resulted in the laying of a charge, the arrest of a person or the ordering of a military police investigation.

4. Should the Board of Inquiry receive evidence it reasonably believes relates to an allegation of a service offence, including a *Criminal Code* offence, for which an election to be tried by court martial must be given pursuant to article 108.31(1)(a) of Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, or that can only be tried by court martial, the Board of Inquiry shall cease the inquiry into that allegation and report the matter to the Convening Authority.

5. In conducting the investigation, the Board shall gather information and provide findings and recommendations in respect of the matters referred to in paragraph 3, but not limited to, the following:

- a. the state of discipline during training leading up to the deployment to Somalia and while in theatre;
- b. the training objectives and standards which were used to prepare for deployment;
- c. the selection and screening of personnel for employment in Somalia;
- d. the effectiveness of leadership at all levels during training leading up to the deployment and while in theatre;
- e. the adequacy of the promulgation and understanding of the Rules of Engagement within the Airborne Regiment Battle Group;
- f. the Airborne Regiment Battle Group's composition and organization related to its mission and tasks assigned;
- g. the extent, if any, to which cultural differences affected the conduct of operations;

2. La commission d'enquête est composée des personnes suivantes:

Président—major-général T.F. deFaye, OMM, CD
 Membre—brigadier-général C.J. Addy, CD
 Membre—brigadier-général J.C.A. Émond, CD
 Membre—professeur Harriet Critchley
 Membre—Stephen Owen
 Conseiller—lieutenant-colonel K.W. Watkin, CD
 Conseiller—adjudant-chef J. Marr, OMM, CD

3. La commission d'enquête doit se réunir pour examiner le commandement, la discipline, les opérations, les actions et les méthodes du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien. Dans la mesure où cela est utile pour l'examen de ces questions, la commission d'enquête doit examiner les antécédents du groupement tactique au Canada et au quartier général en Somalie avant et durant son affectation en Somalie. L'enquête ne doit pas porter sur les allégations concernant une conduite qui constituerait une infraction d'ordre militaire prévue par la *Loi sur la défense nationale* et, en particulier, toute infraction visée au *Code criminel*, qui a entraîné le dépôt d'une inculpation, l'arrestation d'une personne ou le déclenchement d'une enquête par la police militaire.

4. Si la commission d'enquête a des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve qu'elle a reçus se rapportent à une allégation d'infraction d'ordre militaire, y compris une infraction visée par le *Code criminel*, à l'égard de laquelle l'accusé doit être informé de son droit d'être jugé par une cour martiale en application de l'article 108.31(1)a) des Ordonnances et règlement royaux applicables aux Forces canadiennes, ou qui doit faire l'objet d'un procès devant une cour martiale, la commission d'enquête doit mettre fin à son enquête sur cette allégation et faire rapport de la question à l'autorité convocatrice.

5. Pour effectuer l'enquête, la commission doit réunir les renseignements et faire part de ses conclusions et recommandations relativement aux questions exposées au paragraphe 3, notamment sous les aspects suivants:

- a) l'état de la discipline durant l'entraînement jusqu'au déploiement en Somalie et sur le théâtre d'opérations;
- b) les objectifs et normes d'entraînement qui ont été utilisés lors des préparatifs en vue du déploiement;
- c) la sélection du personnel à affecter en Somalie;
- d) l'efficacité du commandement à tous les niveaux durant l'entraînement jusqu'au déploiement et sur le théâtre d'opérations;
- e) l'à-propos de la promulgation et le degré de compréhension des Règles d'engagement au sein du groupement tactique du Régiment aéroporté;
- f) la composition et l'organisation du groupement tactique du Régiment aéroporté par rapport à sa mission et aux tâches assignées;
- g) la mesure, le cas échéant, dans laquelle des différences culturelles ont influé sur la conduite des opérations;

h. the attitude of all rank levels towards the lawful conduct of operations; and,

i. the appropriateness of professional values and attitudes in the Canadian Airborne Regiment and the impact of deployment in Somalia on those values and attitudes.

6. In addition, but subject to paragraph 3 and 4, the Board of Inquiry will make recommendations on any other matter arising from its inquiry.

7. The President may seek authorization from the Convening Authority for additions and/or amendments to these Terms of Reference.

8. Pursuant to article 21.12 of Queen's Regulations and Orders, the proceedings of the Board of Inquiry shall not be opened to the public.

9. The Minutes of Proceedings of the Board of Inquiry shall be unclassified except as otherwise provided for by law.

10. The Minutes of Proceedings of the Board of Inquiry shall be made available to the public except as otherwise provided for by law.

11. The Board of Inquiry shall commence its proceedings as soon as practicable.

12. The Board of Inquiry shall submit its Minutes of Proceedings to the Convening Authority no later than 30 July 1993.

It is clear to me that the Terms of Reference of the Board of Inquiry limit the hearings to a review of the various principles, policies and practices of the Canadian Airborne Regiment Battle Group, an elite battle group which was recently called upon to exercise a peacekeeping role in a distraught environment called Somalia. Incidents there have received copious attention from the media and it is of record that criminal charges have been filed against four members of the Regiment. These incidents are of a nature to attract the attention of the public and to merit even more the attention of the media which, with respect, feel obliged to make sure that the attention of the public does not wane.

It is clear on the evidence before me that the mandate given to the Board must be exercised within a very short time. When first established on April 28, 1993, it was given a 90-day life span. Yet it was bestowed with a wide generic field of enquiry, which would necessarily involve in its proceedings the kind of communication which might be classified or might be prejudicial to any one or more of the named accused, or which might otherwise be contrary to

h) l'attitude de tous les grades à l'égard de la conduite des opérations conformément à la loi;

i) la justesse des valeurs et des attitudes professionnelles au sein du Régiment aéroporté canadien et l'effet du déploiement en Somalie sur ces valeurs et attitudes.

6. En outre, mais sous réserve des paragraphes 3 et 4, la commission d'enquête fera des recommandations sur toute autre question découlant de son enquête.

7. Le président peut demander à l'autorité convocatrice l'autorisation de modifier ce mandat ou d'y ajouter des éléments.

8. Conformément à l'article 21.12 des Ordonnances et règlement royaux applicables aux Forces canadiennes, les audiences de la commission d'enquête ne doivent pas être accessibles au public.

9. Les procès-verbaux des audiences de la commission d'enquête doivent être non classifiés, sauf disposition contraire de la loi.

10. Les procès-verbaux des audiences de la commission d'enquête doivent être mis à la disposition du public, sauf disposition contraire de la loi.

11. La commission d'enquête doit commencer son examen dès que cela est matériellement possible.

12. La commission d'enquête doit remettre ses procès-verbaux d'audience à l'autorité convocatrice au plus tard le 30 juillet 1993.

De toute évidence, à mon avis, le mandat de la commission d'enquête limite les audiences à l'examen de divers principes, politiques et pratiques du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien, groupement d'élite qui a été récemment affecté au maintien de la paix dans un pays dans la détresse, soit la Somalie. Les médias se sont faits abondamment l'écho des incidents qui s'y sont produits et l'on a porté à la connaissance de la Cour que des accusations ont été portées contre quatre membres du Régiment. Ces incidents sont de nature à attirer l'attention du public et encore plus celles des médias, qui se sentent obligés à mon sens de veiller à ce que l'attention du public ne décline pas.

Il ressort à l'évidence des témoignages que j'ai entendus que la commission doit s'acquitter de son mandat dans un délai très court. Lors de sa constitution le 28 avril 1993, la durée de son enquête a d'abord été fixée à 90 jours. Et pourtant la portée de son enquête est très large et générale; les audiences nécessiteront la communication de documents qui pourraient être classifiés ou qui pourraient être préjudiciables à l'un ou l'autre des accusés nommés, ou

public interest to disclose or which would constrain the proper exercise of Canada's international peacekeeping role. No serious observer would conclude that these are not at least plausible grounds for a discreet approach. As elaborated by the respondent, Major-General deFaye, in the course of his cross-examination by the applicants, an open policy would have required a series of *voir dire* on what evidence was to be adduced, on what was classified or not, on what was directly or by implication prejudicial to individuals. These *voir dire* would of course have had to be conducted behind closed doors, otherwise the whole purpose of the enquiry within the enquiry would have been aborted.

It is further noted in the evidence that the report of the Board of Inquiry will be made public, subject to such constraints as are noted in the Board's Terms of Reference or as imposed by law.

An analysis of the statutory and regulatory framework under the *National Defence Act* [R.S.C., 1985, c. N-5] indicates to me that a Board of Inquiry is far more an in-house procedure than a public forum which citizens may freely attend or on which the media may freely report. Whether or not it is constituted under a particular provision of the *National Defence Act* and its constitution made public, or simply organized by ministerial directive, the function of the Board, on a reading of its Terms of Reference, is such that, in my view, it does not necessarily or automatically trigger a concomitant right to sit in on the collection or collation of the evidence or on the deliberations of the members of the enquiry dealing with these Terms of Reference. To suggest otherwise is to propound the right to information in absolute terms and to effectively metamorphose a process of an internal enquiry into an adjudication function characteristic of judicial proceedings.

There is abundant case law, of course, that with respect to judicial proceedings, freedom of the press encompasses a right of access, as in *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), and in *Re Southam Inc. and The Queen* (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.). As was stated by

dont la divulgation pourrait porter atteinte à l'intérêt public ou nuire à l'accomplissement du rôle international de maintien de la paix du Canada. Aucun observateur sérieux ne conclurait que ce ne sont pas là à tout le moins des motifs plausibles pour mener une enquête discrète. Comme l'a expliqué le major-général deFaye, intimé, au cours de son contre-interrogatoire par les requérants, il aurait fallu, en cas d'audience publique, tenir une série de voir dire au sujet des témoins qu'il y avait lieu de faire entendre, au sujet de ce qui était classifié ou non et au sujet de ce qui était directement ou implicitement préjudiciable à des personnes. Il aurait fallu naturellement tenir ces voir dire à huis clos, sans quoi l'enquête dans l'enquête aurait perdu tout son sens.

La preuve indique également que le rapport de la commission d'enquête sera rendu public, sous réserve des contraintes précisées dans le mandat de la Commission ou imposées par la loi.

Il ressort de mon analyse du régime de la *Loi sur la défense nationale* [L.R.C. (1985), ch. N-5] et de ses règlements d'application qu'une commission d'enquête est beaucoup plus un mécanisme interne qu'une procédure publique à laquelle les citoyens peuvent assister librement ou sur laquelle les médias peuvent faire librement des reportages. Que la commission soit constituée sous le régime d'une disposition de la *Loi sur la défense nationale* et que sa constitution soit rendue publique, ou qu'elle émane d'une directive ministérielle, sa fonction, telle que définie dans son mandat, est de telle nature, à mon sens, qu'elle n'emporte pas nécessairement ou automatiquement un droit concomitant d'assister à la prise des témoignages ou aux délibérations des membres de la commission dans l'accomplissement de ce mandat. Affirmer le contraire, c'est ériger le droit à l'information en droit absolu et transformer un processus d'enquête interne en une fonction juridictionnelle propre aux procédures judiciaires.

Bien entendu, il ressort d'une abondante jurisprudence que, s'agissant d'une procédure judiciaire, la liberté de la presse englobe le droit d'assister aux procédures judiciaires; voir par exemple les arrêts *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.) et *Re Southam Inc. and The Queen*

MacKinnon A.C.J.O. in *Re Southam (No. 1)* [at page 119]:

There can be no doubt that the openness of the courts . . . was and is a felt necessity; it is a restraint on arbitrary action by those who govern and by the powerful.

The question may then be asked: what is a judicial proceeding? Mr. Justice Dickson [subsequently Chief Justice], as he then was and, as he continued to be, a master of the analytical method to resolve such questions, has suggested the following tests in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at page 504:

(1) Is there anything in the language in which the function is conferred or in the general context in which it is exercised which suggests that a hearing is contemplated before a decision is reached? [Underlining mine.]

(2) Does the decision or order directly or indirectly affect the rights and obligations of persons?

(3) Is the adversary process involved?

(4) Is there an obligation to apply substantive rules to many individual cases rather than, for example, the obligation to implement social and economic policy in the broad sense?

Freedom of the press as encompassing a right to information or a right of access to judicial proceedings is a well-established doctrine which, as I have already mentioned, has been known and respected for decades prior to the advent of the Charter. Similarly, the doctrine has been applied to other proceedings, as for a hearing under the *Police Act* [R.S.O. 1980, c. 381] dealing with a charge of discreditable conduct against a police officer: *Re Ottawa Police Force and Lalande* (1986), 57 O.R. (2d) 509 (Dist. Ct.); or as for a detention review hearing under the *Immigration Act 1976* [S.C. 1976-77, c. 52] *Southam Inc. v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 3 F.C. 329 (T.D.), where Rouleau J., at page 336 found that:

[S]tatutory tribunals exercising judicial or quasi-judicial functions involving adversarial-type processes which result in decisions affecting rights truly constitute part of the "administration of justice".

It seems to me in the circumstances that the right of access to information, as a corollary to the free-

(1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.). Comme le dit le juge MacKinnon, juge en chef adjoint de l'Ontario, dans l'arrêt *Re Southam (No. 1)* [à la page 119]:

[TRADUCTION] Il est évident que l'accessibilité du public aux tribunaux a été et continue d'être considérée comme une nécessité; elle offre une garantie contre toute mesure arbitraire de la part de ceux qui gouvernent ou qui sont puissants.

On peut alors se demander: qu'est-ce qu'une procédure judiciaire? Le juge Dickson (plus tard juge en chef), qui a toujours été un maître de la méthode analytique appliquée à la résolution de telles questions, propose les critères suivants dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, à la page 504:

(1) Les termes utilisés pour conférer la fonction ou le contexte général dans lequel cette fonction est exercée donnent-ils à entendre que l'on envisage la tenue d'une audience avant qu'une décision soit prise? [Soulignement ajouté.]

(2) La décision ou l'ordonnance porte-t-elle directement ou indirectement atteinte aux droits et obligations de quelqu'un?

(3) S'agit-il d'une procédure contradictoire?

(4) S'agit-il d'une obligation d'appliquer les règles de fond à plusieurs cas individuels plutôt que, par exemple, de l'obligation d'appliquer une politique sociale et économique au sens large?

La doctrine selon laquelle la liberté de la presse englobe le droit à l'information ou le droit d'assister aux procédures judiciaires est bien établie et, je le répète, était connue et suivie depuis plusieurs décennies avant l'adoption de la Charte. De la même façon, la doctrine a été appliquée à d'autres procédures, comme une audience en vertu de la *Police Act* [L.R.O. 1980, ch. 381] relative à une accusation de conduite indigne d'un policier: *Re Ottawa Police Force and Lalande* (1986), 57 O.R. (2d) 509 (C. dist.); ou comme une audience de révision des motifs de la détention en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, ch. 52] affaire *Southam Inc. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 3 C.F. 329 (1^{re} inst.), dans laquelle le juge Rouleau conclut ceci, à la page 336:

. . . les tribunaux créés par la loi et qui exercent des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires donnant lieu à des procédures contradictoires qui entraînent des décisions quant aux droits des parties, participent vraiment à «l'administration de la justice».

Il me semble que, vu les circonstances, le droit d'accès à l'information, en tant que corollaire de la

dom of the press, has been consistently recognized when the right is claimed to cover judicial or quasi-judicial proceedings. That right, however, is no more than the expression of the "open court" doctrine. If open courts are to be the rule, there is no issue as to the press generally having access to them and to the information their proceedings disclose.

I should nevertheless seriously doubt that the right of access to information applies to hearings of committees, boards of inquiry, study groups, task forces or any similar group which might be entrusted to hear evidence and submissions, and make recommendations thereon to the authority which appointed them. If I should express this thought in doubtful terms, it is to eschew the temptation to make any kind of generalized statement on the issue. It is not the name given to an enquiry which determines its judicial or quasi-judicial characteristics; it is rather the nature of its function which would either meet or not meet the test set out by Mr. Justice Dickson in *Coopers and Lybrand* (*supra*).

It is in this light that the inquiry before me must be analyzed to see whether or not it is of a nature where the applicants can place reliance on the jurisprudence otherwise favourable to them and which deal either with judicial or quasi-judicial proceedings or with enquiries where some kind of *modus vivendi* was reached as to access in whole or in part. Counsel referred among others to the Marin Inquiry [Commission of Inquiry Relating to Public Complaint, Internal Discipline and Grievance Procedure within the Royal Canadian Mounted Police] which albeit under media pressure, did change its Terms of Reference to allow limited access to its proceedings. The nature of the inquiry, in any event, related to any evidence of wrongdoing on the part of the RCMP, a term of reference not found in the Board of Inquiry before me.

Similarly, it was a policy decision of the well-known McDonald Commission [Commission of Inquiry concerning certain activities of the Royal Canadian Mounted Police] to hold limited public hearings and again, the Commission had been asked to investigate RCMP activities not authorized or pro-

liberté de la presse, a été reconnu de manière uniforme quand le droit revendiqué est celui de couvrir des procédures judiciaires ou quasi judiciaires. Toutefois, ce droit n'est tout au plus que l'expression de la doctrine de l'accessibilité des tribunaux. Si la règle est l'accessibilité, tous admettront que la presse a généralement accès aux séances et aux renseignements divulgués au cours de celles-ci.

Je doute néanmoins sérieusement que le droit d'accès à l'information s'applique aux audiences de comités, commissions d'enquête, groupes de travail ou autres groupes semblables qui pourraient être chargés d'entendre des témoignages ou de recevoir des mémoires et de faire des recommandations à ce sujet à l'autorité qui les a nommés. Si j'exprime un doute à ce propos, c'est pour fuir la tentation de généraliser. Ce n'est pas le nom donné à une enquête qui détermine son caractère judiciaire ou quasi judiciaire; c'est plutôt la nature de sa fonction qui satisfait ou non aux critères énoncés par le juge Dickson dans l'arrêt *Coopers and Lybrand*, précité.

C'est sous cet angle qu'il faut analyser l'enquête dont je suis saisi pour voir si, étant donné sa nature, les requérants peuvent invoquer la jurisprudence qui leur est favorable par ailleurs et qui porte soit sur des procédures judiciaires ou quasi judiciaires, soit sur des enquêtes pour lesquelles un certain *modus vivendi* a été trouvé quant à l'accès total ou partiel. Les avocats se sont reportés entre autres à l'enquête Marin [Commission d'enquête sur les plaintes du public, la discipline interne et le règlement des griefs au sein de la Gendarmerie Royale du Canada] qui, encore que ce fût à cause de la pression des médias, a modifié son mandat pour permettre l'accès limité à ses audiences. La nature de l'enquête, de toute façon, concernait tout acte délictueux commis par la GRC, élément absent du mandat de la présente commission d'enquête.

De la même façon, la ligne de conduite suivie par la célèbre Commission McDonald [Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie Royale du Canada] a été de tenir des audiences publiques restreintes et, une fois de plus, la commission avait reçu le mandat d'enquêter sur les activités

vided for by law, in other words, to gather evidence, if any, of wrongdoing.

The enquiry before me is evidently not of the same nature. No impropriety or wrongdoing is involved. No individual rights or duties are made subject to scrutiny. No general determination of rights and duties is part of its mandate. An analysis of its Terms of Reference indicates to me that it is much more an internal affair by which the Chief of Defence Staff, faced with certain anomalies in the conduct of a crack battle group in Somalia, wishes to obtain findings and recommendations in respect of the leadership, discipline, operations, actions and procedures of that group and, as I interpret the Terms of Reference, the appropriateness of its particular training, conditioning and disciplinary methods in the conduct of peace-keeping operations.

In my view, it is the kind of enquiry which goes on within the National Defence establishment and which, in normal circumstances, is conducted as a matter of course. The fact that the constitution of the enquiry was made public does not change its nature. The purpose behind such public announcements is not for this Court to decide nor is it material to a finding as to the nature of the enquiry. It is not, I repeat, not involved in the individual conduct of certain members of the battle group which, we all recognize, is what provoked the media's attention and what in turn created a highly politicized atmosphere both inside and outside Parliament.

Pursuant to its mandate, the enquiry could have been open to the public. The convening authority, for the reasons stated, decided otherwise. Many would not agree that the reasons advanced are sufficient or appropriate. Many would suggest that they are spurious, facile or essentially self-serving. A continuing public debate might flow from all this, but I respectfully submit that they raise policy issues and not legal issues.

In this light, the forceful arguments advanced by counsel for the applicants deal not so much with con-

de la GRC non autorisées ou non prévues par la loi, autrement dit, de recueillir des éléments de preuve relatifs à des actes délictueux.

a La présente enquête n'est évidemment pas de la même nature. Aucune irrégularité ou acte délictueux n'est en cause. Aucun droit ou obligation de qui que ce soit ne fait l'objet d'un examen. Le mandat n'implique pas de décision générale sur des droits et des obligations. L'analyse du mandat m'indique qu'il s'agit beaucoup plus d'une enquête interne par laquelle le chef d'état-major de la défense, se trouvant devant certaines anomalies dans la conduite d'un groupement tactique d'élite, veut qu'on tire des conclusions et qu'on lui fasse des recommandations relativement au commandement, à la discipline, aux opérations, aux actions et aux méthodes de ce groupement et, selon mon interprétation du mandat, relativement à l'opportunité de ses méthodes d'entraînement de préparation et de discipline pour la conduite d'opérations de maintien de la paix.

À mon avis, c'est un type d'enquête qui est normal dans le milieu de la Défense nationale et qui, en temps normal, se déroule tout naturellement. Le fait que la constitution de la commission d'enquête a été rendue publique n'en change pas la nature. Il n'appartient pas à la présente Cour d'étudier l'objet de cette annonce et cet objet n'est pas pertinent par rapport à sa conclusion quant à la nature de l'enquête. Celle-ci, je le répète, ne porte pas sur la conduite d'individus appartenant au groupement tactique, même si c'est cette conduite qui, tous le reconnaissent, a éveillé l'attention des médias et en retour donné à l'affaire un caractère hautement politique tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parlement.

Conformément à son mandat, la commission d'enquête aurait pu permettre au public d'assister à ses audiences. L'autorité convocatrice, pour les motifs précités, a décidé autrement. D'aucuns n'admettraient pas que les motifs avancés sont suffisants ou appropriés. D'aucuns affirmeraient qu'ils sont fallacieux, superficiels ou essentiellement intéressés. Tout cela pourrait donner lieu à un long débat public, mais à mon sens, ce sont des questions de politique et non des questions de droit qui sont soulevées.

j Sous cet angle-là, les arguments vigoureux qu'a fait valoir l'avocat des requérants ne se rapportent

stitutional guarantees as with a policy decision which the convening authority was empowered to make. As it is not the kind of enquiry to which the intended "right of access to information" can apply, I fail to see that the closed-door policy is in breach of paragraph 2(b) of the Charter.

The appropriateness of that policy, absent a breach of the Charter, is perhaps a matter for continuing political and media debate, but I should find that it lies beyond the field of judicial comment.

I would therefore dismiss the application.

tant aux garanties constitutionnelles qu'à une décision de principe que l'autorité convocatrice était habilitée à prendre. Comme ce n'est pas le genre d'enquête auquel le «droit d'accès à l'information» revendiqué peut s'appliquer, je ne suis pas d'avis que la décision de tenir l'enquête à huis clos porte atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte.

En l'absence de violation de la Charte, l'opportunité de cette décision est peut-être susceptible d'occasionner un long débat dans l'arène politique ou dans les médias, mais je conclurais qu'elle échappe à la sphère de compétence des tribunaux.

c Je rejetterais donc la demande.