

Maurice Goguen and Gilbert Albert (Applicants)

v.

Frederick Edward Gibson (Respondent)

Thurlow C.J.—Ottawa, January 24, February 24, March 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12 and April 28, 1983.

Evidence — Disclosure of information — Objection relating to international relations or national defence or security — Applicants charged with breaking, entering and committing theft following investigation by Security Service of R.C.M.P. — Tapes recording membership lists of political party removed from premises and copied — Applicants requesting production of documents — Respondent objecting, under s. 36.1(1) of Canada Evidence Act, to disclosure of information on grounds of injury to national security and international relations — Application under s. 36.2(1) of Act, for determination of objection — Applicants arguing disclosure essential for defence — Under s. 36.1(2), Court may examine information and order disclosure if public interest in disclosure outweighs in importance specified public interest — Objections upheld and application dismissed — Legislation recognizing cases where public interest in secrecy of information on national defence outweighed by public interest in disclosure in litigation — S. 36.1(2) conferring on Court discretion as to whether examination should be made — If balance equal between conflicting public interests, examination held to ascertain whether preponderance of importance in favour of disclosure exists — In case at bar, no apparent case for disclosure, so no examination of information — Large volume and comprehensiveness of material requested injurious to Security Service — Likelihood of injury although information sought 10 years old — Charges not capital — Disclosure not essential to applicants since witnesses available — Applicants' rights to full defence under common law and federal legislation matters for Court which tries accused — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1, 36.2, 36.3, as en. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41, as rep. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3.

The applicants have been committed for trial in the Superior Court of Quebec on charges of breaking, entering and committing theft. The applicants were involved, as R.C.M.P. officers, in "Operation Ham", an investigation undertaken by the Security Service of the R.C.M.P. whereby premises were entered and computer tapes recording membership lists of a political party were removed, copied and replaced. At the applicants' request, a subpoena *duces tecum* was issued addressed to the respondent, the Deputy Solicitor General of Canada, and to the Clerk of the Privy Council. Pursuant to subsection 36.1(1) of

Maurice Goguen et Gilbert Albert (requérants)

c.

Frederick Edward Gibson (intimé)

^a Juge en chef Thurlow—Ottawa, 24 janvier, 24 février, 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12 mars et 28 avril 1983.

Preuve — Divulgence de renseignements — Opposition relative aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales — Requérants accusés d'avoir commis un vol par effraction à la suite d'une enquête du Service de sécurité de la GRC — Bandes informatiques où étaient enregistrées les listes des membres d'un parti politique enlevées de certains lieux et copiées — Les requérants demandent la production de documents — L'intimé s'oppose en vertu de l'art. 36.1(1) de la Loi sur la preuve au Canada à la divulgation des renseignements au motif qu'elle porterait atteinte à la sécurité nationale et aux relations internationales — Les requérants demandent une décision sur l'opposition en vertu de l'art. 36.2(1) — Ils allèguent que la divulgation est essentielle pour leur système de défense — En vertu de l'art. 36.1(2), la Cour peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation — Oppositions reconnues fondées et demande rejetée — La loi reconnaît des cas où l'intérêt public dans la divulgation de renseignements dans un litige l'emporte sur l'intérêt public dans le maintien du secret sur des renseignements en matière de défense nationale — L'art. 36.1(2) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il y a lieu de prendre connaissance des renseignements — Si la balance ne penche en faveur d'aucun des intérêts en conflit, il faut procéder à un examen des renseignements afin de vérifier s'il y a prépondérance en faveur de la divulgation — Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où il y a lieu à divulgation, aussi n'est-il pas nécessaire de prendre connaissance des renseignements — La grande quantité de documents demandés et leur portée sont préjudiciables au Service de sécurité — Probabilité d'un préjudice même si les renseignements demandés datent de 10 ans — Les infractions reprochées ne sont pas parmi les plus graves — La divulgation n'est pas essentielle pour les requérants puisqu'il leur est possible de citer des témoins — Le droit des requérants à une défense pleine et entière en vertu de la common law et des lois fédérales est une question que doit trancher le tribunal saisi de l'inculpation — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1, 36.2, 36.3, adoptés par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 41, abrogé par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 3.

ⁱ Les requérants ont été envoyés à leur procès devant la Cour supérieure du Québec sur des accusations de vol par effraction. Les requérants ont été impliqués, en leur qualité d'agents de la GRC, dans l'opération «Ham», enquête menée par le Service de sécurité de la GRC et qui a consisté en l'entrée illicite dans certains locaux et l'enlèvement clandestin de bandes informatiques où étaient enregistrées les listes des membres d'un parti politique; ces listes ont été copiées et remises en place. À la demande des requérants, un subpoena *duces tecum* a été lancé, nommant l'intimé, le solliciteur général adjoint du Canada, et

the *Canada Evidence Act*, the respondent objected, by certificate, to the production of certain documents on the grounds that their disclosure would be injurious to the national security of Canada and to international relations. The applicants then applied, under subsection 36.2(1) of the Act, for determination of the objection pursuant to subsection 36.1(2). The applicants argue that the evidence objected to is essential for their defence—they intend to prove that “Operation Ham” was not a criminal act; that it was part of the investigative methods approved by the R.C.M.P., and that they did not act fraudulently in taking part in it. They also contend that the disclosure is not injurious to Canadian national security and international relations and that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest alleged in the certificate. Subsection 36.1(1) of the Act provides that a Minister of the Crown or other person interested may object to the disclosure of information on grounds of specified public interest. Subsection 36.1(2) provides that a superior court may examine the information and order its disclosure if it concludes that the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

Held, the objections taken in the certificate should be upheld and the application dismissed. In the circumstances of this case, the public interest in immunity from disclosure was not outweighed in importance by the public interest in disclosure. Subsection 36.1(2) of the *Canada Evidence Act* seems to recognize that there may be instances where the public interest in national security and international relations is outweighed by the public interest in the proper administration of justice in which disclosure is necessary for purposes of litigation. When disclosure is sought for use in criminal proceedings, the gravity of the charge and the severity of the punishment are important factors in choosing between the competing public interests. Public interest immunity from disclosure required by an accused has been upheld in England. Even if there is no Canadian precedent to that effect, it can be said that never has a claim for immunity of disclosure on grounds of injury to national security and international relations been overruled. Indeed, it is unlikely that such a claim, if properly made, could have been overruled under the previous legislation (i.e. section 41 of the *Federal Court Act* as repealed by section 3 of S.C. 1980-81-82-83, c. 111).

Subsection 36.1(2) confers on the Court authority to examine the information sought, and the discretion as to whether such an examination should be made. The subsection uses the word “may”, and the judge hearing the application must, on the material before him, be persuaded that the case for disclosure outweighs the case for immunity, or at least that the balance is equal and calls for an examination whose object will be to ascertain whether a preponderance of importance in favour of disclosure exists. If no apparent case for disclosure is made, then the Court is not required to examine the information.

le greffier du Conseil privé. L'intimé s'est opposé à l'aide d'une attestation, conformément au paragraphe 36.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à la production de certains documents au motif que leur divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale du Canada et à ses relations internationales. Les requérants ont ensuite demandé, sur le fondement du paragraphe 36.2(1) de la Loi, que l'on statue sur l'opposition conformément au paragraphe 36.1(2). Les requérants soutiennent que les preuves auxquelles on s'oppose sont essentielles pour leur système de défense; ils ont l'intention de prouver que l'opération «Ham» ne constituait pas un crime, qu'elle faisait partie des méthodes d'enquête approuvées par la GRC et qu'ils n'ont pas agi frauduleusement en y participant. Ils prétendent aussi que la divulgation des renseignements ne porte pas atteinte à la sécurité nationale du Canada ni aux relations internationales et que l'intérêt public à les divulguer prévaut en importance sur l'intérêt public allégué dans l'attestation. Le paragraphe 36.1(1) de la Loi prévoit qu'un ministre de la Couronne ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public déterminées. Le paragraphe 36.1(2) prévoit qu'une cour supérieure peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation si elle conclut que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

Jugement: les oppositions faites dans l'attestation devraient être reconnues fondées et la demande rejetée. En l'espèce, l'intérêt public dans la divulgation des renseignements ne l'a pas emporté sur l'intérêt public dans leur non-divulgation. Le paragraphe 36.1(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* semble reconnaître qu'il peut y avoir des cas où l'intérêt public dans la sécurité nationale et dans les relations internationales doit céder le pas aux raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation dans une instance aux fins de la bonne administration de la justice. Lorsque la divulgation est requise dans une poursuite au criminel, la gravité des charges retenues et la sévérité de la peine constituent d'importants facteurs dont il faut tenir compte quand il s'agit de choisir entre les intérêts publics en jeu. L'immunité contre la divulgation, au nom de l'intérêt public, de renseignements nécessaires à un inculpé a été reconnue en Angleterre. Même s'il n'y a, au Canada, aucun précédent à cet effet, on peut dire que les tribunaux n'ont jamais infirmé un refus opposé, au nom de la sécurité nationale et des relations internationales, à la divulgation de certains renseignements. D'ailleurs, il est très improbable qu'une telle revendication de l'immunité, faite de manière régulière, eût pu être rejetée aux termes de la législation antérieure (c'est-à-dire l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*, abrogé par l'article 3 des S.C. 1980-81-82-83, chap. 111).

Le paragraphe 36.1(2) permet à la Cour de prendre connaissance des renseignements demandés et lui confère le pouvoir discrétionnaire de procéder ou non à cet examen. Le paragraphe emploie le terme «peut», et le juge instruisant la demande doit être convaincu, d'après la preuve dont il est saisi, que la divulgation s'impose ou, à tout le moins, que la balance ne penche ni dans un sens ni dans l'autre et qu'il faut prendre connaissance des renseignements afin de vérifier s'il y a prépondérance en faveur de la divulgation. Si la nécessité de la divulgation n'est pas démontrée, la Cour n'est pas obligée de prendre connaissance des renseignements.

As to the importance of public interest in national security: there is nothing in the material before the Court which would afford any reason to discount the statement in the respondent's certificate that disclosure would be injurious to national security and international relations. Indeed, the large volume and comprehensiveness of the material requested would lay bare to the world the whole structure of the Security Service. Secrecy in national security and international relations matters is essential. The process of assembling and sifting information is carried out in the interests of public safety. Secrets relating to such matters may have to be preserved indefinitely. The likelihood of injury does not diminish with the passage of time.

As to the importance of public interest in disclosure: the offences charged are not capital and the prospect of severe punishment should not, in view of the circumstances of "Operation Ham", be given undue weight in the scale. It is not feasible, at this stage, to consider the relevancy of the information sought to the issues likely to arise at the trial. Although the applicants' affidavits state the belief that the information is essential to their defence, the Court is unable to conclude that the disclosure of the information is of critical importance to their defence, particularly in view of the availability of witnesses able to testify as to at least some of the matters referred to by the applicants.

As the evidence preponderates heavily in favour of the importance of public interest in national security and international relations, it is unnecessary to examine any of the information in question: the authority to examine should only be exercised when necessary and there is no reason to suppose that such an examination would indicate that it should be disclosed. Finally, the applicants' rights under the common law, the *Criminal Code*, the *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence, are not at issue. Subsection 36.1(2) calls for a determination of which of the two conflicting public interests outweighs the other in importance. Whether the effect of such a determination, when made, is to interfere with the right to make full answer and defence is a matter for the Court which tries the accused.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department, [1973] A.C. 388 (H.L.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.); *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*, [1980] A.C. 1090 (H.L.); *Conway v. Rimmer and Another*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 ALR 505 (H.C.).

DISTINGUISHED:

Smallwood v. Sparling, [1982] 2 S.C.R. 686; 44 N.R. 571.

CONSIDERED:

Rex v. Hardy (1794), XXIV St. Tr. 199; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *D. v. National*

Pour ce qui est de l'intérêt public dans le maintien de la sécurité nationale, rien dans les pièces qui lui ont été soumises ne permet à la Cour d'écarter la déclaration contenue dans l'attestation de l'intimé, selon laquelle la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale et aux relations internationales. En fait, la divulgation des documents demandés, en raison de leur grande quantité et de leur portée, révélerait au monde entier l'ensemble de la structure du Service de sécurité. Le secret est de rigueur en matière de sécurité nationale et de relations internationales. Le processus de rassemblement et de triage de l'information se fait dans l'intérêt de la sécurité publique. Certains secrets se rapportant à de telles questions peuvent devoir être gardés indéfiniment. Le danger de préjudice ne diminue pas avec les ans.

Pour ce qui est de l'importance de l'intérêt public dans la divulgation, les infractions visées par l'inculpation ne sont pas parmi les plus graves et il ne faut pas, vu les circonstances de l'opération «Ham», faire peser le risque d'une peine sévère trop lourdement dans la balance. Il n'est pas possible, à ce stade, de prendre en considération la pertinence des renseignements demandés par rapport aux points qui seront vraisemblablement soulevés au procès. Bien que les requérants affirment dans leurs affidavits que les renseignements sont essentiels à leur système de défense, la Cour est incapable de conclure que la divulgation des renseignements est indispensable à leur système de défense, compte tenu notamment des témoins qu'ils peuvent citer afin de témoigner sur au moins certains points qu'ils ont mentionnés.

Étant donné que la preuve administrée est fortement prépondérante en faveur de l'intérêt public dans la sécurité nationale et dans les relations internationales, il n'est pas nécessaire de prendre connaissance de l'un quelconque des renseignements en question: le pouvoir donné à cette fin ne doit être exercé qu'en cas de nécessité et il n'existe aucune raison de supposer que l'examen des renseignements révélerait qu'ils doivent être divulgués. Finalement, les droits des requérants en vertu de la *common law*, du *Code criminel*, de la *Déclaration canadienne des droits* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à une défense pleine et entière ne sont pas en cause ici. Le paragraphe 36.1(2) demande une décision au sujet de l'importance relative de deux intérêts publics en conflit. Le point de savoir si une telle décision porte atteinte aux droits de la défense est une question que doit trancher le tribunal saisi de l'inculpation.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department, [1973] A.C. 388 (C.L.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.); *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*, [1980] A.C. 1090 (C.L.); *Conway v. Rimmer and Another*, [1968] A.C. 910 (C.L.); *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 ALR 505 (H.C.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Smallwood c. Sparling, [1982] 2 R.C.S. 686; 44 N.R. 571.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Rex v. Hardy (1794), XXIV St. Tr. 199; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *D. v. National*

Society for the Prevention of Cruelty to Children, [1978] A.C. 171 (H.L.); *Regina v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, affirming [1953] 2 D.L.R. 9 (B.C. C.A.); *The Solicitor General of Canada et al. v. The Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario et al.*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Attorney General of the Province of Quebec et al. v. The Attorney General of Canada et al.*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Robinson v. State of South Australia [No. 2]*, [1931] A.C. 704 (P.C.); *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another*, [1983] 2 W.L.R. 494; [1983] 1 All ER 910 (H.L.).

REFERRED TO:

Attorney-General v. Briant (1846), 15 M. & W. 168; *Ex parte Attorney-General*; *Re Cook and Others* (1967), 86 W.N. (Pt. 2) (N.S.W.) 222 (C.A.); *Duncan and Another v. Cammell, Laird and Company, Limited*, [1942] A.C. 624 (H.L.); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*, [1976] 1 Q.B. 752.

COUNSEL:

Pierre Lamontagne, Q.C. and Richard Mongeau for applicant Maurice Goguen. *Harvey Yarosky and Morris Fish* for applicant Gilbert Albert. *Joseph R. Nuss, Q.C., Lorne Morphy, Q.C., Allan Lufty, Gary H. Waxman and John B. Laskin* for respondent, Attorney General of Canada and Solicitor General of Canada.

SOLICITORS:

Lamontagne, Mongeau, Montreal, for applicant Maurice Goguen. *Yarosky, Fish, Zigman, Isaacs & Daviault*, Montreal, for applicant Gilbert Albert. *Ahern, Nuss & Drymer*, Montreal, for respondent, Attorney General of Canada and Solicitor General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

THURLOW C.J.: The applicants, Maurice Goguen and Gilbert Albert, have been committed for trial in the Superior Court of Quebec at Montreal on charges under the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, of conspiring with others to break and enter and commit theft and of breaking and entering and committing theft. The conspiracy is alleged to have occurred between August 8, 1972, and January 8, 1973, and the breaking and entering on January 8, 1973.

Society for the Prevention of Cruelty to Children, [1978] A.C. 171 (C.L.); *Regina v. Snider*, [1954] R.C.S. 479, confirmant [1953] 2 D.L.R. 9 (C.A. C.-B.); *Le solliciteur général du Canada et autre c. La Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario et autre*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Le procureur général de la province de Québec et autre c. Le procureur général du Canada et autre*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Robinson v. State of South Australia [No. 2]*, [1931] A.C. 704 (C.P.); *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another*, [1983] 2 W.L.R. 494; [1983] 1 All ER 910 (C.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Attorney-General v. Briant (1846), 15 M. & W. 168; *Ex parte Attorney-General*; *Re Cook and Others* (1967), 86 W.N. (Pt. 2) (N.S.W.) 222 (C.A.); *Duncan and Another v. Cammell, Laird and Company, Limited*, [1942] A.C. 624 (C.L.); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*, [1976] 1 Q.B. 752.

AVOCATS:

Pierre Lamontagne, c.r. et Richard Mongeau pour le requérant Maurice Goguen. *Harvey Yarosky et Morris Fish* pour le requérant Gilbert Albert. *Joseph R. Nuss, c.r., Lorne Morphy, c.r., Allan Lufty, Gary H. Waxman et John B. Laskin* pour l'intimé, le procureur général du Canada et le solliciteur général du Canada.

PROCUREURS:

Lamontagne, Mongeau, Montréal, pour le requérant Maurice Goguen. *Yarosky, Fish, Zigman, Isaacs & Daviault*, Montréal, pour le requérant Gilbert Albert. *Ahern, Nuss & Drymer*, Montréal, pour l'intimé, le procureur général du Canada et le solliciteur général du Canada.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE EN CHEF THURLOW: Les requérants, Maurice Goguen et Gilbert Albert, ont été envoyés à leur procès devant la Cour supérieure du Québec à Montréal sur des accusations, aux termes du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, de concertation avec des tiers pour commettre un vol par effraction et de vol avec effraction. Le complot aurait eu lieu entre le 8 août 1972 et le 8 janvier 1973 et l'effraction, le 8 janvier 1973.

On January 5, 1983, a subpoena was issued by the Superior Court at the request of the applicants addressed to the respondent, Frederick Edward Gibson, who is the Deputy Solicitor General of Canada, and to Gordon F. Osbaldeston, the Clerk of the Privy Council of Canada, requiring each of them to attend the Court and to bring with them a large number of documents, said to amount in all to some 8,200 pages, enumerated, in the case of Mr. Gibson, in a list of some twenty-eight items of volumes and files and, in the case of Mr. Osbaldeston, in a list of some thirty other items, some of which appear from their description in the list to be volumes and others to be single documents. Service of the subpoena was effected the same day.

On January 12, 1983, the respondent filed in the Superior Court a certificate which, after identifying Mr. Gibson as the Deputy Solicitor General of Canada, proceeded as follows:

2. I have personally examined and carefully considered the documents and files, insofar as they exist and insofar as they are not confidences of the Queen's Privy Council for Canada, set out in the subpoena issued to me by this Honourable Court on January 5, 1983 to the extent that the said documents and files pre-date February 1973.

3. I have also personally examined and carefully considered the documents listed in Schedule "A" annexed hereto, the said documents being a portion of those set out in the subpoena issued by this Honourable Court on January 5, 1983 to the Clerk of the Privy Council, Mr. Gordon F. Osbaldeston.

4. The documents and files referred to in the subpoena described in paragraph 2 of this certificate and in Schedule "A" form part of the records of the Security Service of the Royal Canadian Mounted Police (hereinafter referred to as "the Security Service").

5. With respect to the documents and files that I have referred to in paragraph 2 of this certificate as having examined and considered, I certify to this Honourable Court pursuant to section 36.1(1) of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10 as amended by 1980-81-82 (Can.) c.111, that production or discovery of the documents or disclosure of the information contained in the said documents, beyond that which has already been made public as a result of the proceedings or the report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police established by Order-in-Council P.C. 1977-1911 of July 6, 1977 pursuant to Part I of the Inquiries Act, R.S.C. 1970, c.1-13, would be injurious to the national security of Canada and to international relations and I object to the disclosure of the documents and files and the information contained therein.

6. With respect to the documents that I have referred to in paragraph 3 of this certificate as having examined and considered, I further certify to this Honourable Court pursuant to section 36.1(1) of the Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10 as amended by 1980-81-82 (Can.) c.111, that production

Le 5 janvier 1983, la Cour supérieure, à la demande des requérants, lançait une citation à comparaître et à produire (*subpoena*), nommant l'intimé, Frederick Edward Gibson, solliciteur général adjoint du Canada et Gordon F. Osbaldeston, greffier du Conseil privé du Canada, et leur intimant de se présenter devant le tribunal et de produire un nombre considérable de documents, comportant quelque 8,200 pages, a-t-on dit. Dans le cas de M. Gibson, ils sont énumérés dans une liste de vingt-huit volumes et dossiers et, dans le cas de M. Osbaldeston, dans une liste d'une trentaine d'autres, qui d'après la description de la liste, comportent à la fois des volumes et de simples documents. La citation a été signifiée le même jour.

Le 12 janvier 1983, l'intimé produisait auprès de la Cour supérieure une attestation désignant M. Gibson comme étant le solliciteur général adjoint du Canada et disant:

[TRADUCTION] 2. J'ai personnellement examiné et soigneusement étudié les documents et dossiers existants, à l'exclusion des documents confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, qui sont énumérés dans la citation lancée par la Cour le 5 janvier 1983 et qui sont antérieurs au mois de février 1973.

3. J'ai aussi personnellement examiné et soigneusement étudié les documents énumérés à l'annexe «A» ci-jointe, soit une partie des pièces énumérées dans la citation lancée par la Cour le 5 janvier 1983 à l'adresse du greffier du Conseil privé, M. Gordon F. Osbaldeston.

4. Les documents et dossiers mentionnés dans la citation et décrits au paragraphe 2 de la présente attestation et à l'annexe «A» font partie des archives du Service de sécurité de la Gendarmerie royale du Canada (ci-après appelé «le Service de sécurité»).

5. Pour ce qui est des documents et dossiers que j'affirme au paragraphe 2 de la présente attestation avoir examinés et étudiés, j'atteste à la Cour, conformément à l'article 36.1(1) de la Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifiée par S.C. 1980-81-82, chap. 111, que la production ou la communication des documents ou la divulgation de leur contenu, sauf ce qui a été rendu public par des instances judiciaires ou le rapport de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada constituée par le décret C.P. 1977-1911 du 6 juillet 1977 en vertu de la Partie I de la Loi sur les enquêtes, S.R.C. 1970, chap. 1-13, porteraient préjudice à la sécurité nationale du Canada et à ses relations internationales; je m'oppose donc à la divulgation de ces documents et dossiers et de leur contenu.

6. Quant aux documents que j'affirme, au paragraphe 3 de la présente attestation, avoir examinés et étudiés, j'atteste à la Cour, conformément à l'article 36.1(1) de la Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifiée par S.C. 1980-81-82, chap. 111, que leur production ou communication ou la

or discovery of the documents or disclosure of the information contained in the said documents, beyond that which has already been made public as a result of the proceedings or the report of the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police established by Order-in-Council P.C. 1977-1911 of July 6, 1977 pursuant to Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c.1-13, would be injurious to the national security of Canada and to international relations and I object to the disclosure of the documents and the information contained therein.

7. I do further certify to this Honourable Court that production or discovery of the documents or the disclosure of the information to which I have objected in paragraphs 5 and 6 of this certificate would be injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities directed against Canada or detrimental to the security of Canada. More particularly and without limiting the generality of the foregoing, production or discovery of the documents or disclosure of the information contained in the said documents would identify or tend to identify: a) human sources and technical sources of the Security Service; b) targets of the Security Service; c) methods of operation and the operational and administrative policies of the Security Service, including the specific methodology and techniques used in the operations of the Security Service and in the collection, assessment and reporting of security intelligence; and d) relationships that the Security Service maintains with foreign security and intelligence agencies and information obtained from said foreign agencies.

8. I understand that oral evidence may be given in these proceedings. If oral evidence were sought to be given of the contents of the documents and files to the disclosure of which I have in this certificate objected, I would wish to object to such evidence on the same grounds as those herein before set out in relation to the documents in question.

To this certificate was attached a schedule listing nineteen of the items of the list which the subpoena required Mr. Osbaldeston to bring to the Court.

The following day, January 13, 1983, the applicants applied under section 36.2 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, for determination of the objection in accordance with subsection 36.1(2) of that Act.

Sections 36.1, 36.2 and 36.3 of the Canada Evidence Act

These provisions are new. They are in some respects extraordinary and they make a considerable change in the law. They were enacted as Schedule III of an Act entitled "An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof" and they were pro-

divulgateur de leur contenu, sauf ce qui a été rendu public par des instances judiciaires ou le rapport de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada constituée par le décret C.P. 1977-1911 du 6 juillet 1977 en vertu de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, chap. I-13, porteraient préjudice à la sécurité nationale du Canada et à ses relations internationales; je m'oppose donc à la divulgation de ces documents et de leur contenu.

7. J'atteste en outre à la Cour que la production ou la communication des documents ou la divulgation des renseignements auxquelles je me suis opposé aux paragraphes 5 et 6 de la présente attestation porteraient préjudice à la détection, à la prévention ou à la suppression d'activités subversives ou hostiles dirigées contre le Canada ou portant atteinte à sa sûreté. Ainsi, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la production ou la communication des documents ou la divulgation de leur contenu révéleraient l'identité ou permettraient d'identifier: a) les sources humaines et techniques d'information du Service de sécurité; b) ses cibles; c) ses méthodes et stratégies opérationnelles et administratives, dont notamment les méthodes et les techniques spécifiques qu'il utilise dans ses opérations et pour la collecte, l'évaluation et la transmission de renseignements; et d) les liaisons du Service de sécurité avec des agences de renseignements et de sécurité étrangères et les informations qu'elles fournissent.

8. Je crois savoir qu'une preuve testimoniale sera faite dans cette instance. Si l'on devait chercher à faire connaître par une preuve testimoniale le contenu des documents et dossiers à la divulgation desquels je m'oppose dans la présente attestation, je m'y opposerais aussi pour les motifs énoncés dans le cas des pièces littérales en cause.

À cette attestation est jointe une annexe énumérant dix-neuf des pièces de la liste de documents que la citation adressée à M. Osbaldeston lui intimait de produire.

Le lendemain, le 13 janvier 1983, les requérants demandèrent, sur le fondement de l'article 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, adopté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, que l'on statue sur l'opposition conformément au paragraphe 36.1(2) de cette Loi.

Les articles 36.1, 36.2 et 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada

Ces dispositions sont nouvelles. Elles sont à certains égards extraordinaires et modifient considérablement le droit positif. Elles ont été adoptées au titre de l'annexe III de la «Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélati-

claimed in force in November 1982. At the same time a provision of the same Act repealing section 41 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, as rep. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3, was also brought into effect. For convenience I shall set it out first and the relevant portions of the new provisions thereafter:

Federal Court Act

41. (1) Subject to the provisions of any other Act and to subsection (2), when a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that a document belongs to a class or contains information which on grounds of a public interest specified in the affidavit should be withheld from production and discovery, the court may examine the document and order its production and discovery to the parties, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in importance the public interest specified in the affidavit.

(2) When a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court.

Canada Evidence Act

36.1 (1) A Minister of the Crown in right of Canada or other person interested may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(2) Subject to sections 36.2 and 36.3, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a superior court, that court may examine or hear the information and order its disclosure, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

Subsection (3) provides for determination of the objection by the Federal Court—Trial Division or the superior court of the province as the subsection directs, but subject to sections 36.2 and 36.3. The section contains provisions for appeals from such determinations.

36.2 (1) Where an objection to the disclosure of information is made under subsection 36.1(1) on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection 36.1(2) only by the Chief Justice of

ves à d'autres lois» et ont été proclamées en vigueur en novembre 1982. Au même moment, est entrée en vigueur une disposition de la même Loi, abrogeant l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, abrogé par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 3. Pour plus de commodité, je le reproduis ici ainsi que les nouvelles dispositions pertinentes:

Loi sur la Cour fédérale

41. (1) Sous réserve des dispositions de toute autre loi et du paragraphe (2), lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal qu'un document fait partie d'une catégorie ou contient des renseignements dont on devrait, à cause d'un intérêt public spécifié dans l'affidavit, ne pas exiger la production et la communication, ce tribunal peut examiner le document et ordonner de le produire ou d'en communiquer la teneur aux parties, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge appropriées, s'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public dans la bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit.

(2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication.

Loi sur la preuve au Canada

36.1 (1) Un ministre de la Couronne ou le chef du Canada ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées.

(2) Sous réserve des articles 36.2 et 36.3, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation, sous réserve des restrictions ou conditions qu'elle estime indiquées, si elle conclut qu'en l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

Le paragraphe (3) prévoit que la question de l'opposition sera décidée par la Division de première instance de la Cour fédérale ou par la cour supérieure de la province, selon les modalités prévues audit paragraphe, mais sous réserve des articles 36.2 et 36.3. L'article comporte des dispositions concernant l'appel de ces décisions.

36.2 (1) Dans les cas où l'opposition visée au paragraphe 36.1(1) se fonde sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la question peut être décidée conformément au paragraphe 36.1(2), sur demande, mais uniquement par le

the Federal Court, or such other judge of that court as the Chief Justice may designate to hear such applications.

(2) An application under subsection (1) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that court as the Chief Justice may designate to hear such applications, considers appropriate.

(3) An appeal lies from a determination under subsection (1) to the Federal Court of Appeal.

(4) Subsection 36.1(6) applies in respect of appeals under subsection (3), and subsection 36.1(7) applies in respect of appeals from judgments made pursuant to subsection (3), with such modifications as the circumstances require.

(5) An application under subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the person objecting to the disclosure of information, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(6) During the hearing of an application under subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the person who made the objection in respect of which the application was made or the appeal was brought shall, on the request of that person, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

36.3 (1) Where a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

So far as I am aware the present application for determination is the first to be made under any of these provisions and it is undoubtedly the first to be made under section 36.2.

Section 36.2 is extraordinary in providing that the application is to be determined only by "the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of [the Federal Court] as [he] may designate to hear such applications" and in providing by reference to subsection 36.1(2) for the examination by the Chief Justice or designated judge of information, the disclosure of which is objected to on grounds that disclosure would be injurious to international relations or national defence or security. Under the repealed subsection 41(2) of the *Federal Court Act* that course was not open.

A further difference in the new law is that the objection need no longer be taken by the affidavit of a Minister of the Crown but may be taken by the oral or written certificate of a Minister of the

juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette cour qu'il charge de l'audition de ce genre de demande.

(2) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (1) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de cette cour qu'il charge de l'audition de ce genre de demande peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué.

(3) Il y a appel de la décision visée au paragraphe (1) devant la Cour d'appel fédérale.

(4) Le paragraphe 36.1(6) s'applique aux appels prévus au paragraphe (3) et le paragraphe 36.1(7) s'applique aux appels des jugements rendus en vertu du paragraphe (3), compte tenu des adaptations de circonstance.

(5) Les demandes visées au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la Capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la Capitale nationale* si la personne qui s'oppose à la divulgation le demande.

(6) La personne qui a porté l'opposition qui fait l'objet d'une demande ou d'un appel a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

36.3 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

Autant que je sache, la présente demande est la première à être faite en vertu de ces dispositions et c'est incontestablement la première qui soit fondée sur l'article 36.2.

L'article 36.2 a ceci d'extraordinaire qu'il dispose que seul «le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de [la Cour fédérale] qu'il charge de l'audition de ce genre de demande», peut statuer sur la demande et qu'il prévoit aussi, par renvoi au paragraphe 36.1(2), l'examen par le juge en chef ou par le juge désigné, d'informations dont on s'oppose à la divulgation en raison du tort qu'elle pourrait faire aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales. Le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui a été abrogé ne permettait pas ce recours.

La Loi apporte également ceci de nouveau que l'opposition n'est plus nécessairement présentée par un affidavit d'un ministre de la Couronne, mais peut être faite par une attestation orale ou

Crown in right of Canada or by any other person interested. I pause to note that no challenge was raised as to Mr. Gibson being a person entitled to raise the objections made by him.

Another difference is that the wording

... certifies ... that a document belongs to a class or contains information which ... should be withheld from production and discovery ...

formerly found in subsection 41(1) of the *Federal Court Act* has been dropped in favour of

... certifying ... that the information should not be disclosed ...

The reference formerly found in subsection 41(1) to

... the public interest in the proper administration of justice ...

has also been dropped in favour of

... the public interest in disclosure ...

It may also be noted that section 41 applied only to documents. The new provisions apply to "information", a word which is broad enough to embrace information which is found in documents and other information as well.

It appears to me that by section 36.2 Parliament manifests its will that in future a claim for immunity on grounds that disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security is no longer to be treated as absolute but is to be subject to examination by a court. Further, the party taking the objection need no longer be a Minister of the Crown but whether taken by a Minister or by someone else the claim by itself will not necessarily prevent disclosure. The matter is to be left to the judgment of a court. In this the circumstance of who it is that asserts the objection and what his interest in and knowledge of the need for maintaining immunity from disclosure may have its bearing. On the other hand, the sensitivity of the information and, hopefully, the consistency of approach and the standards to be applied in reaching a decision are protected to some extent by providing, at least in the court of first instance, for a single designated judge to hear the application and pass upon such objections.

But it is, I think, important to note that while

écrite d'un ministre de la Couronne du chef du Canada ou de tout autre intéressé. Je note en passant qu'il n'est pas contesté que M. Gibson est autorisé à faire les oppositions en cause.

^a Notons également que les termes

... certifie ... qu'un document fait partie d'une catégorie ou contient des renseignements dont on devrait ... ne pas exiger la production et la communication ...

^b de l'ancien paragraphe 41(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ont été supprimés et remplacés par

... attestant ... que ces renseignements ne devraient pas être divulgués ...

^c L'ancienne mention au paragraphe 41(1) de

... l'intérêt public dans la bonne administration de la justice ...

a aussi été remplacée par les

^d ... les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ...

On remarquera aussi que l'article 41 ne s'appliquait qu'à des écrits. Les nouvelles dispositions parlent de «renseignements», terme suffisamment large pour couvrir l'information écrite et non écrite.

Il me semble qu'à l'article 36.2 le législateur manifeste sa volonté de ne plus considérer le secret invoqué en raison du préjudice que la divulgation porterait aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales, comme absolu, mais relatif, et assujéti au contrôle judiciaire. En outre, l'opposant n'est plus nécessairement un ministre de la Couronne mais, que ce soit ou non le ministre, l'attestation en elle-même n'empêchera pas automatiquement la divulgation. Ce sera au tribunal d'en juger. En cela, l'auteur de l'opposition, son intérêt au maintien du secret et sa connaissance de la nécessité du secret ont leur importance. D'autre part, la confidentialité de l'information et, espérons-le, la cohérence de la démarche et les normes applicables à ces décisions se trouvent, dans une certaine mesure, protégées par la désignation d'un juge unique, au moins en première instance, pour connaître de la demande et statuer sur les oppositions.

^j Mais il est important de noter, je pense, que si le pouvoir de statuer sur la question n'est plus dévolu

ferred from a Minister of the Crown to the Court, the public interest in maintaining immune from disclosure information the disclosure of which would be injurious to national defence or national security or international relations remains the same. Its importance is as great and as weighty as it always has been. One is reminded of the maxim: *Salus populi est suprema lex*. What seems to be recognized by the legislation, however, is that there may be instances in which, depending on the particular circumstances, that public interest may be outweighed in importance by another public interest, that of the disclosure in the public interest, that is to say, in civil and criminal litigation, that of the due administration of justice, an interest the importance of which will itself depend on the circumstances of the particular case. In a small claims action its importance might not easily prevail over that of the public interest in national security or international relations. In a criminal prosecution for a capital or other serious offence its importance could weigh very heavily if the information is shown to be of critical importance for the defence or for the prosecution.

Thus in *Rex v. Hardy*¹, Lord Eyre C.J., in relation to the privilege from disclosure of sources of police information, observed:

... there is a rule which has universally obtained on account of its importance to the public for the detection of crimes, that those persons who are the channel by means of which that detection is made, should not be unnecessarily disclosed: if it can be made appear that really and truly it is necessary to the investigation of the truth of the case that the name of the person should be disclosed, I should be very unwilling to stop it
....

In *Marks v. Beyfus*², Lord Esher M.R., after citing the rule against disclosure of the names of informers, said:

Now, this rule as to public prosecutions was founded on grounds of public policy, and if this prosecution was a public prosecution the rules attaches; I think it was a public prosecution, and that the rule applies. I do not say it is a rule which can never be departed from; if upon the trial of a prisoner the judge should be of opinion that the disclosure of the name of the informant is necessary or right in order to shew the prisoner's innocence, then one public policy is in conflict with another public policy, and that which says that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved is the policy that must prevail. But except in that case, this rule of public policy is not a matter of discretion; it is a rule of law, and as such should be applied by the judge at the trial, who should not

à un ministre de la Couronne mais au tribunal, l'intérêt public qu'il y a à interdire la divulgation d'informations préjudiciables à la défense ou à la sécurité nationales ou aux relations internationales demeure. Son importance est toujours aussi grande. On pense à la maxime: *Salus populi est suprema lex*. Ce que la loi semble reconnaître néanmoins, c'est qu'il peut y avoir des cas où, dans des circonstances données, cet intérêt public doit céder devant des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation, c'est-à-dire dans une instance civile ou criminelle, aux fins de la bonne administration de la justice; l'importance de cet intérêt dépend des circonstances. Dans une affaire dont l'enjeu est mineur, il l'emporterait difficilement sur l'intérêt général en matière de sécurité nationale ou de relations internationales. Dans une poursuite au criminel relative à une infraction grave, voire capitale, son importance pourrait devenir considérable s'il était démontré que l'information était essentielle à la défense ou à la poursuite.

Ainsi, dans *Rex v. Hardy*¹, lord Eyre, juge en chef, parlant du secret protégeant les sources de renseignements de la police, fait observer:

[TRADUCTION] ... il existe une règle qui est universellement reconnue, vu son importance pour le public en ce qui concerne la détection des crimes; cette règle dit qu'on ne doit pas révéler sans nécessité l'identité des personnes qui ont permis cette détection: si l'on peut démontrer qu'il est réellement nécessaire à la recherche de la vérité de révéler l'identité de ces personnes, je ne m'y opposerai pas ...

Dans *Marks v. Beyfus*², lord Esher, Maître des rôles, dit, après avoir cité la règle interdisant de divulguer les noms des informateurs:

[TRADUCTION] Or, cette règle sur les poursuites criminelles intentées par le ministère public repose sur des motifs qui relèvent de l'intérêt public et s'il s'agit en l'espèce de ce genre de poursuites, elle s'applique; j'estime qu'il s'agit d'une poursuite criminelle intentée par le ministère public et que la règle s'applique. Je ne dis pas que cette règle ne peut jamais souffrir d'exception; si, au procès d'un prisonnier, le juge est d'avis qu'il est nécessaire ou juste de divulguer le nom de l'informateur pour démontrer l'innocence du prisonnier, il y a alors conflit entre deux intérêts publics et c'est celui selon lequel il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence qui doit prévaloir. Mais à cette unique exception près, cette règle d'intérêt public échappe à tout pouvoir discrétionnaire.

¹ (1794), XXIV St. Tr. 199, at p. 808.

² (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), at pp. 498 and 500.

¹ (1794), XXIV St. Tr. 199, à la p. 808.

² (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), aux pp. 498 et 500.

treat it as a matter of discretion whether he should tell the witness to answer or not.

In the same case Bowen L.J. said:

The only exception to such a rule would be upon a criminal trial, when the judge if he saw that the strict enforcement of the rule would be likely to cause a miscarriage of justice, might relax it in *favorem innocentiae*; if he did not do so, there would be a risk of innocent people being convicted.

In *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*³, Lord Simon of Glaisdale, after referring to the privilege from disclosure of sources of police information, said:

Here, however, the law adds a rider. The public interest that no innocent man should be convicted of crime is so powerful that it outweighs the general public interest that sources of police information should not be divulged, so that, exceptionally, such evidence must be forthcoming when required to establish innocence in a criminal trial: see the citations in *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for the Home Department* [1973] A.C. 388, 408A. It would appear that the balance of public interest has been struck, both in the general rule and in its rider, in such a way as to conduce to the general advantage of society, with the public interest in the administration of justice as potent but not exclusive.

In *Regina v. Snider*⁴, the British Columbia Court of Appeal and the Supreme Court of Canada⁵ held that in a criminal prosecution the public interest in the administration of justice prevailed over the public interest asserted by the Minister of National Revenue in keeping income tax returns immune from disclosure.

Sloan C.J.B.C., in the course of his reasons, observed:

It seems to me that in circumstances of this kind some assistance may be obtained from the decisions in *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 at p. 498, and *Humphrey v. Archibald* (1893) 20 O.A.R. 267 at p. 270. As I read these cases they establish the principle that where public interests conflict that which is paramount must prevail. That being so it is my view that the due administration of public justice is paramount to the collection of Crown revenue.

The same reasoning it seems to me would apply should an accused person desire the production of returns for the purpose of proving his innocence. There would be in this instance the lack of Government conflict but it seems to me that other basic

tionnaire; il s'agit d'un principe de droit et il doit à ce titre être appliqué par le juge au procès qui ne doit pas considérer qu'il a le pouvoir discrétionnaire de dire au témoin s'il doit répondre ou non.

a Dans la même affaire, le lord juge Bowen a dit:

[TRADUCTION] La seule exception à cette règle serait le cas d'un procès criminel, où le juge s'apercevrait que l'application stricte de la règle pourrait vraisemblablement entraîner un déni de justice; il pourrait l'assouplir en faveur de l'innocence; s'il ne le faisait pas, des personnes innocentes risqueraient d'être déclarées coupables.

b Dans *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*³, lord Simon of Glaisdale dit au sujet du secret protégeant les sources d'information policières:

[TRADUCTION] Ici, toutefois, le droit apporte un tempérament à la règle. L'intérêt public qu'il y a à ne pas condamner un innocent est si fort qu'il prévaut sur l'intérêt général qu'il y a à protéger le secret des sources d'information policières de sorte que, par exception, ces preuves doivent être admises lorsque c'est nécessaire pour établir l'innocence dans un procès au criminel: voir les citations de *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for the Home Department* [1973] A.C. 388, 408A. Il semble que l'on soit parvenu à établir un équilibre en matière d'intérêt public entre la règle générale et son exception, de sorte que les intérêts généraux de la société sont bien servis en reconnaissant la même force à l'intérêt public dans la bonne administration de la justice, qui n'est pas de caractère exclusif.

c Dans *Regina v. Snider*⁴, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la Cour suprême du Canada⁵ ont jugé que dans une poursuite au criminel l'intérêt public dans la bonne administration de la justice prévalait sur l'intérêt public invoqué par le ministre du Revenu national, concernant le secret des déclarations d'impôt sur le revenu.

d Le juge en chef de la Colombie-Britannique, le juge Sloan, fait observer dans ses motifs:

[TRADUCTION] Il me semble que dans un cas de ce genre, les décisions *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494, à la p. 498, et *Humphrey v. Archibald* (1893) 20 O.A.R. 267, à la p. 270, peuvent être utiles. Selon moi, cette jurisprudence établit le principe que lorsqu'il y a conflit d'intérêts publics, celui qui est primordial doit prévaloir. Cela étant, je suis d'avis que la bonne administration de la justice prime la perception d'un revenu pour la Couronne.

e À mon avis, le même raisonnement s'appliquerait si un accusé demandait la production de déclarations d'impôt afin d'établir son innocence. Il n'y aurait pas alors conflit entre organes du gouvernement, mais j'estime qu'on ne saurait passer

³ [1978] A.C. 171 (H.L.), at p. 232.

⁴ [1953] 2 D.L.R. 9 (B.C. C.A.), at pp. 13, 14, 16 and 43.

⁵ [1954] S.C.R. 479, at p. 487.

³ [1978] A.C. 171 (C.L.), à la p. 232.

⁴ [1953] 2 D.L.R. 9 (C.A. C.-B.), aux pp. 13, 14, 16 et 43.

⁵ [1954] R.C.S. 479, à la p. 487.

principles in opposition to those relied upon by the Minister cannot be ignored. In my opinion it is in the public interest that the life and liberty of an innocent person should not be unjustly imperilled. That interest is paramount and must also prevail. To that end then it is my view the trial Judge in a criminal case should be entitled to rule on the objection of the Minister to the same extent and for the same purpose when returns are sought by an accused person to prove his innocence as when the Attorney-General seeks their production as an aid in the prosecution of a man charged with a crime: *Marks v. Beyfus*, *supra*, and *Humphrey v. Archibald*, *supra*.

My view rests upon the principle that where public interests conflict that which is paramount—in this instance the administration of criminal justice—must prevail. The Courts and not the Minister of National Revenue are the custodians of that justice.

Robertson J.A., after reviewing the earlier authorities, held:

The result of these decisions in my opinion is to hold that where two public policies are in conflict, that which is paramount must prevail. The public policy relied upon by the Minister of National Revenue has only to do with the collection of revenue, while the other public policy, *viz.*, that an innocent person should not be convicted, vitally affects the liberty of the subject, and therefore in my opinion there can be no question that it is paramount.

In the Supreme Court of Canada, Kellock J. summed the matter up as follows:

There is, accordingly, not only a public interest in maintaining the secrecy of documents where the public interest would otherwise be damnified, as, for example, where disclosure would be injurious to national defence or to good diplomatic relations, or where the practice of keeping a class of document is necessary for the proper functioning of the public service, but there is also a public interest which says that "an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved"; per Lord Esher M.R., in *Marks v. Beyfus* ((1890) 25 Q.B.D. 494 at 498). It cannot be said, however, that either the one or the other must invariably be dominant.

It is quite apparent from these authorities that the public interest in the due administration of criminal justice is one of great importance, an importance that is particularly weighty when disclosure is required in order to establish the innocence of a person accused of a crime. Even so, however, the importance will, I think, vary with the gravity of the charge and the severity of the punishment which could be expected to result from a conviction. In *Rex v. Hardy*, to which reference has been made, the charge was high treason, the punishment for which at that time was to be publicly hanged and quartered. The importance of the public interest in the due administration of

sous silence d'autres principes fondamentaux qui s'opposent à ceux que le Ministre invoque. À mon avis, il est d'intérêt public que la vie et la liberté d'un innocent ne soient pas injustement mises en péril. Cet intérêt prime et doit aussi prévaloir. À cette fin, je suis d'avis que le premier juge d'une instance criminelle devrait pouvoir se prononcer sur l'opposition du Ministre dans la même mesure et le même but, lorsque les déclarations d'impôt sont demandées par l'accusé pour établir son innocence, que lorsque le procureur général en demande la production pour aider à la poursuite de l'inculpé: *Marks v. Beyfus*, précité et *Humphrey v. Archibald*, précité.

Mon opinion repose sur le principe que lorsque divers intérêts publics entrent en conflit, celui qui est primordial—en l'espèce, l'administration de la justice criminelle—doit prévaloir. Ce sont les tribunaux et non le ministre du Revenu national qui sont les gardiens de cette justice.

Le juge Robertson de la Cour d'appel, après avoir examiné la jurisprudence antérieure, a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, cette jurisprudence aboutit à la règle suivante: lorsque deux principes d'ordre public entrent en conflit, celui qui est primordial doit prévaloir. Le principe d'ordre public sur lequel s'appuie le ministre du Revenu national ne concerne que la perception de contributions; l'autre principe, selon lequel on ne doit pas condamner un innocent, touche fondamentalement à la liberté du sujet; à mon avis, il ne fait aucun doute qu'il est primordial.

En Cour suprême du Canada, le juge Kellock a résumé la règle comme suit:

[TRADUCTION] En conséquence, il est d'intérêt public de sauvegarder le secret de documents pouvant nuire à l'intérêt général si, par exemple, leur divulgation peut porter préjudice à la défense nationale ou aux bonnes relations diplomatiques, ou si leur classification est nécessaire au bon fonctionnement d'un service public; mais, par ailleurs, l'intérêt public dicte aussi qu'"il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence"; lord Esher, Maître des rôles, dans l'arrêt *Marks v. Beyfus* ((1890) 25 Q.B.D. 494, à la p. 498). On ne saurait dire toutefois que l'un ou l'autre intérêt prédomine invariablement.

Il ressort clairement de cette jurisprudence que la fin d'intérêt public résidant dans la bonne administration de la justice criminelle est très importante; elle l'est d'autant plus lorsque la divulgation est requise afin d'établir l'innocence d'une personne accusée d'un crime. Même alors, toutefois, son importance sera, à mon avis, fonction de la gravité des charges retenues et de la sévérité de la peine pouvant être prononcée en cas de condamnation. Dans *Rex v. Hardy* précité, il s'agissait de haute trahison, crime sanctionné à l'époque par la pendaison en public et l'écartèlement. On donnerait forcément moins de poids à l'intérêt public dans la bonne administration de la justice si les

justice would hardly be as great if the information were required today for the defence of a traffic charge, though even in such a case the principle applies and the public interest in the due administration of justice can never be downgraded or regarded as light or weak.

Important as that public interest is, however, I think it is apparent from the nature of the subject-matter of international relations, national defence and national security that occasions when the importance of the public interest in maintaining immune from disclosure information the disclosure of which would be injurious to them is outweighed by the importance of the public interest in the due administration of justice, even in criminal matters, will be rare.

In *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*⁶, Lord Salmon said of this public interest:

Clearly any evidence by a Minister of State commands the highest respect. If protection is claimed on the ground that disclosure of the contents of a document would imperil the safety of the state or diplomatic relations, then the courts would without question normally allow the claim. These are topics particularly within the province of the executive but of which the courts have little, if any, experience. What might appear innocuous to the uninitiated may in reality reveal important defence secrets or cause diplomatic difficulties.

In *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*⁷, Lord Denning M.R. described the importance of the public interest as follows:

The public interest in the security of the realm is so great that the sources of the information must not be disclosed, nor should the nature of the information itself be disclosed, if there is any risk that it would lead to the sources being discovered. The reason is because, in this very secretive field, our enemies might try to eliminate the source of information. So the sources must not be disclosed. Not even to the House of Commons. Nor to any tribunal or court of inquiry or body of advisers, statutory or non-statutory, save to the extent that the Home Secretary thinks safe. Great as is the public interest in the freedom of the individual and the doing of justice to him, nevertheless in the last resort it must take second place to the security of the country itself.

In *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, Lord Simon of Glaisdale said [at page 233]:

⁶ [1973] A.C. 388 (H.L.), at p. 412.

⁷ [1977] 3 All ER 452 (C.A.), at p. 460.

renseignements demandés étaient nécessaires aujourd'hui pour se défendre d'une infraction à la circulation, quoique là aussi le principe soit applicable: l'intérêt public dans la bonne administration de la justice ne doit jamais être minimisé ni considéré comme secondaire.

Si important que soit cet intérêt public toutefois, je crois que la nature des questions de relations internationales, de défense et de sécurité nationales est telle que les cas où le maintien du secret de certaines informations pouvant leur porter préjudice sera considéré moins important que la bonne administration de la justice, même en matière criminelle, seront rares.

Dans l'arrêt *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*⁶, lord Salmon dit de cet intérêt public:

[TRADUCTION] De toute évidence, une preuve fournie par un ministre d'État doit être traitée avec le plus grand respect. Si le secret est demandé parce que la divulgation du contenu d'un document peut mettre en péril la sûreté de l'État ou les relations diplomatiques, les tribunaux doivent normalement faire droit à la demande. Ce sont des questions relevant de l'exécutif dont les tribunaux n'ont que peu ou pas d'expérience. Ce qui paraît anodin au non-initié pourrait en réalité être un important secret de défense ou causer des difficultés diplomatiques.

Dans *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*⁷, lord Denning, Maître des rôles, décrit l'importance de cet intérêt public comme suit:

[TRADUCTION] L'intérêt public dans la sûreté du Royaume est si grand que les sources de renseignements ne doivent pas être révélées, ni leur nature, s'il en résulte le moindre risque de faire découvrir ces sources. La raison en est que, dans ce domaine où la dissimulation est reine, nos ennemis pourraient tenter d'éliminer la source de ces informations. C'est pourquoi elles ne doivent pas être divulguées. Pas même à la Chambre des Communes, ni à un tribunal, ni à une juridiction d'enquête ni à quelque autre commission, établie par la loi ou non, si ce n'est dans la mesure où le Secrétaire de l'Intérieur estime que cela ne présente aucun risque. Si grand que soit l'intérêt public à sauvegarder la liberté de l'individu et à lui rendre justice, en dernier ressort, il doit céder le pas à la sécurité du pays lui-même.

Dans *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, lord Simon of Glaisdale dit [à la page 233]:

⁶ [1973] A.C. 388 (C.L.), à la p. 412.

⁷ [1977] 3 All ER 452 (C.A.), à la p. 460.

Then, to take a further step still from the public interest in the administration of justice, the law recognises other relevant public interests which may not always even be immediately complementary. For example, national security. If a society is disrupted or overturned by internal or external enemies, the administration of justice will itself be among the casualties. Silent enim leges inter arma. So the law says that, important as it is to the administration of justice that all relevant evidence should be adduced to the court, such evidence must be withheld if, on the balance of public interest, the peril of its adduction to national security outweighs its benefit to the forensic process—as to which, as regards national security in its strictest sense, a ministerial certificate will almost always be regarded as conclusive: see Lord Parker of Waddington in *The Zamora* [1916] 2 A.C. 77, 107.

Finally, in *The Solicitor General of Canada et al. v. The Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario et al.*⁸, Martland J. wrote:

The foundation for the existence of this rule of law, which evolved in respect of the field of criminal investigation, is even stronger in relation to the function of the police in protecting national security. A large number of the instances in which, in the present case, it was sought to obtain from the police the names of their informants concerned police investigation into potential violence against officers of the state, including heads of state. These investigations were admittedly proper police functions. The rule of law which protects against the disclosure of informants in the police investigation of crime has even greater justification in relation to the protection of national security against violence and terrorism.

On the present application counsel for the applicants submitted on more than one occasion that no claim for public interest immunity from disclosure of information required by a person accused of a criminal offence has ever been upheld in this Country and that this Court should not be the first to create such a precedent. Immunity from disclosure was, however, upheld in England in *Attorney-General v. Briant*⁹ and in New South Wales in *Ex parte Attorney-General; Re Cook and Others*.¹⁰ Assuming, however, that there is no such Canadian precedent, it is, I think, equally correct that on no occasion has a claim for immunity from disclosure of information on grounds of injury to national security or international relations been overruled. Indeed it is unlikely that such a claim if

[TRADUCTION] Donc, pour s'éloigner encore un peu plus de l'intérêt public dans la bonne administration de la justice, la loi reconnaît d'autres intérêts publics pertinents, qui peuvent ne pas toujours être complémentaires, par exemple, la sécurité nationale. Si une société est désorganisée ou détruite par ses ennemis internes ou externes, l'administration de la justice est elle-même au nombre des victimes. Silent enim leges inter arma. C'est pourquoi la loi dit: si important soit-il pour l'administration de la justice que toutes les preuves pertinentes soient administrées devant le tribunal, ces preuves ne doivent pas être produites si, compte tenu des intérêts publics en jeu, le péril que causerait leur divulgation pour la sécurité nationale surpasse le profit qu'en tirerait le processus judiciaire—et les tribunaux considéreront presque toujours une attestation ministérielle comme concluante en matière de sécurité nationale au sens étroit: voir lord Parker of Waddington dans l'arrêt *The Zamora* [1916] 2 A.C. 77, à la p. 107.

Enfin, dans l'arrêt *Le solliciteur général du Canada et autre c. La Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario et autre*⁸, le juge Martland écrit:

Le fondement de l'existence de ce principe de droit, qui a évolué dans le domaine des enquêtes criminelles, est encore plus ferme lorsqu'il s'agit du travail policier dans la protection de la sécurité nationale. Dans bon nombre de cas où, en l'espèce, on a tenté d'obtenir de la police les noms de ses informateurs, il était question d'une enquête policière sur la possibilité de violence contre des fonctionnaires de l'État, y compris des chefs d'État. On reconnaît que ces enquêtes sont du ressort de la police. Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l'identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d'une enquête policière sur le crime se justifie d'autant plus lorsqu'il s'agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme.

En l'espèce, les avocats des requérants ont fait valoir à plusieurs reprises que, jusqu'à aujourd'hui, aucun tribunal canadien n'a confirmé un refus opposé, au nom de l'intérêt public, à la divulgation de certains renseignements nécessaires à l'inculpé d'une infraction criminelle et que la Cour ne devrait pas créer un tel précédent. L'immunité contre la divulgation a cependant été reconnue en Angleterre dans l'arrêt *Attorney-General v. Briant*⁹ et en Nouvelle-Galles du Sud dans l'arrêt *Ex parte Attorney-General; Re Cook and Others*¹⁰. À supposer cependant qu'il n'y ait aucun précédent canadien de ce genre, il est, je pense, tout aussi vrai que les tribunaux n'ont jamais encore infirmé un refus opposé, au nom de la sécurité nationale ou des relations internationales,

⁸ [1981] 2 S.C.R. 494, at p. 537.

⁹ (1846), 15 M. & W. 168.

¹⁰ (1967), 86 W.N. (Pt. 2) (N.S.W.) 222 (C.A.).

⁸ [1981] 2 R.C.S. 494, à la p. 537.

⁹ (1846), 15 M. & W. 168.

¹⁰ (1967), 86 W.N. (Pt. 2) (N.S.W.) 222 (C.A.).

properly made could have been overruled under the previous legislation. In *Attorney General of the Province of Quebec et al. v. The Attorney General of Canada et al.*¹¹, Pigeon J. referred to the situation as follows [at pages 248-249]:

No question is raised as to the constitutional validity and applicability of s. 41, and I find it unnecessary to review the well known decisions of the House of Lords in *Duncan v. Cammell Laird & Co. Ltd.* ([1942] A.C. 624) and *Conway v. Rimmer* ([1968] A.C. 910), in which somewhat different views were taken of the nature of the privilege in question at common law. Parliament has subsequently enacted explicit provisions which spell out the law for Canada and the affidavit submitted to the Commissioner was obviously made under subs. 2 of s. 41. There was much discussion at the hearing whether such an affidavit is really conclusive or may somehow be challenged. I do not find it necessary to decide this point because, if such an affidavit can be challenged this may be done only before a court of competent jurisdiction and a commissioner is not such a court and does not enjoy the powers of such a court.

But while subsection 36.1(2) now permits examination by the Court of the information sought, the subsection, in my opinion, also manifests an intention to confer on the Court a discretion as to whether or not to make such an examination.

In a long series of cases decided on the common law relating to what was formerly referred to as "Crown privilege" and now as "public interest privilege" it has been held that the court has authority to examine documents in respect of which privilege is claimed, for the purpose of deciding whether the claim should be overruled. It has also been held that it is for the court to decide whether or not a sufficient case has been made out to persuade the court of the need to examine the documents for that purpose. These cases, which include *Robinson v. State of South Australia* [No. 2]¹², *Conway v. Rimmer and Another*¹³, *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*¹⁴, and *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and*

¹¹ [1979] 1 S.C.R. 218.

¹² [1931] A.C. 704 (P.C.).

¹³ [1968] A.C. 910 (H.L.).

¹⁴ [1980] A.C. 1090 (H.L.).

à la divulgation de certains renseignements. D'ailleurs, il est très improbable qu'une telle revendication de l'immunité, faite de manière régulière, eût pu être rejetée aux termes de la législation antérieure. Dans l'arrêt *Le procureur général de la province de Québec et autre c. Le procureur général du Canada et autre*¹¹, le juge Pigeon décrit la situation comme suit [aux pages 248 et 249]:

Ni la constitutionnalité de l'art. 41 ni son applicabilité ne sont contestées et j'estime inutile de passer en revue les arrêts célèbres de la Chambre des lords, dans les affaires *Duncan v. Cammell Laird & Co. Ltd.* ([1942] A.C. 624) et *Conway v. Rimmer* ([1968] A.C. 910), qui donnent des points de vue différents quant à la nature du privilège en question en *common law*. Le Parlement a par la suite édicté des dispositions expresses qui définissent le droit applicable au Canada et il est évident que l'affidavit a été soumis au commissaire en conformité du par. (2) de l'art. 41. On a longuement débattu à l'audience la question de savoir si ce genre d'affidavit est vraiment concluant ou s'il peut être contesté de quelque manière. Je n'estime pas nécessaire de trancher ce point car si ce genre d'affidavit peut être contesté, ce ne peut être que devant un tribunal compétent; le commissaire n'est pas un tribunal compétent et ne possède pas les pouvoirs d'un tel tribunal.

Mais, bien que le paragraphe 36.1(2) autorise maintenant la Cour à prendre connaissance des renseignements demandés, il indique aussi, à mon avis, l'intention de conférer à la Cour le pouvoir discrétionnaire de procéder ou non à cet examen.

Une jurisprudence constante et abondante fondée sur la *common law* et relative à ce qu'on a appelé [TRADUCTION] «le privilège de la Couronne» appelé maintenant [TRADUCTION] «l'immunité d'intérêt public», a décidé que la cour peut prendre connaissance des documents dont on refuse la communication afin de décider si la demande doit être rejetée. Il a aussi été jugé que c'est à la cour qu'il appartient de décider s'il a été suffisamment établi qu'elle doit prendre connaissance des documents à cette fin. Ces arrêts, dont notamment *Robinson v. State of South Australia* [No. 2]¹², *Conway v. Rimmer and Another*¹³, *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*¹⁴, et *Air Canada and Others v. Secretary of State for*

¹¹ [1979] 1 R.C.S. 218.

¹² [1931] A.C. 704 (C.P.).

¹³ [1968] A.C. 910 (C.L.).

¹⁴ [1980] A.C. 1090 (C.L.).

*Another*¹⁵, are civil litigation cases in which the issues decided arose at the discovery stage. In some instances, notably the *Robinson* and *Air Canada* cases, the judgments turn at least to some extent on the wording of the rule of the court relating to discovery of documents. The English rule, Order 24, rule 13, reads:

13.—(1) No order for the production of any documents for inspection or to the Court shall be made under any of the foregoing rules unless the Court is of opinion that the order is necessary either for disposing fairly of the cause or matter or for saving costs.

(2) Where on an application under this Order for production of any document for inspection or to the Court privilege from such production is claimed or objection is made to such production on any other ground, the Court may inspect the document for the purpose of deciding whether the claim or objection is valid.

Similarly worded rules are in effect in many jurisdictions. Rule 457 of the *Federal Court Rules* is roughly equivalent to the second paragraph of the English rule.

In *Robinson v. State of South Australia* [No. 2], the Privy Council, after holding that the Court had authority to order disclosure notwithstanding a claim for privilege and to inspect for the purpose of deciding whether to make such an order, went on to hold that the Rule of Court, which was similar to the English rule, was broad enough to refer to claims for privilege of a public interest nature and thus to govern the procedure to be followed in dealing with such a claim. That view was disapproved by the House of Lords in *Duncan and Another v. Cammell, Laird and Company, Limited*¹⁶. But in *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another* four of the five law lords who heard the appeal referred to the rule and the practice under it as the basis of their reasons for deciding not to inspect the documents there in question. I mention this because here there is no such rule to apply and for that reason some of the reasoning in the *Air Canada* decision may not be applicable.

However, apart altogether from rules of court, what subsection 36.1(2) appears to me to do is to vest in the Court authority to examine the infor-

*Trade and Another*¹⁵, concernent des litiges de droit civil où la question se posait au stade de l'interrogatoire préalable. Dans certains cas, notamment dans les arrêts *Robinson* et *Air Canada*, la décision se fondait, au moins en partie, sur les règles de la cour en matière de communication de pièces. Voici la règle 13 du règlement anglais, l'ordonnance 24:

[TRADUCTION] 13.—(1) Aucune ordonnance de production de documents pour examen ou dépôt à la Cour ne sera rendue sur le fondement des règles précédentes, à moins que la Cour ne soit d'avis que l'ordonnance est nécessaire pour statuer équitablement sur le litige ou l'affaire, ou pour en réduire les frais.

(2) Lorsque, dans le cas d'une requête en production d'un document pour examen ou pour dépôt sur le fondement de la présente ordonnance, l'immunité de production est invoquée ou qu'il est fait opposition à cette production pour tout autre motif, la Cour est autorisée à examiner le document pour décider si l'immunité ou l'opposition est valide.

Des règles similaires sont en vigueur dans plusieurs juridictions. La Règle 457 des *Règles de la Cour fédérale* équivaut grosso modo au deuxième paragraphe de la règle anglaise.

Dans l'arrêt *Robinson v. State of South Australia* [No. 2], le Conseil privé, après avoir décidé que la Cour avait le pouvoir d'ordonner la communication malgré l'immunité réclamée, et de prendre connaissance des pièces pour décider si elle devait rendre l'ordonnance, ajouta que la règle de la Cour, semblable à la règle anglaise, était assez large pour inclure l'immunité revendiquée au nom de l'intérêt public et ainsi régir la procédure à suivre lorsqu'elle était invoquée. Cette façon de voir fut rejetée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Duncan and Another v. Cammell, Laird and Company, Limited*¹⁶. Mais dans *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another*, quatre des cinq lords qui entendirent l'appel parlèrent de la règle et de la pratique qui en résulte comme du fondement de leur décision de ne pas prendre connaissance des documents alors en cause. Si je mentionne cela, c'est qu'il n'y a pas ici de règle de ce genre à appliquer et que, pour cette raison, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Air Canada* peut en partie ne pas être applicable.

Toutefois, mise à part cette question des règles de la cour, le but du paragraphe 36.1(2) me paraît être l'attribution à la Cour du pouvoir de prendre

¹⁵ [1983] 2 W.L.R. 494; [1983] 1 All ER 910 (H.L.).

¹⁶ [1942] A.C. 624 (H.L.), at p. 641.

¹⁵ [1983] 2 W.L.R. 494; [1983] 1 All ER 910 (C.L.).

¹⁶ [1942] A.C. 624 (C.L.), à la p. 641.

mation sought. The subsection uses the word "may" which is not mandatory but permissive and it appears to me that the nature of the application is such that before exercising the authority to examine the information the judge hearing the application will have to be persuaded on the material that is before him either that the case for disclosure, that is to say, the importance of the public interest in disclosure, in the circumstances outweighs the importance of the public interest in keeping the information immune from disclosure or, at the least, that the balance is equal and calls for examination of the information in order to determine which public interest is more important in the particular circumstances. This interpretation, which appears to me to be in harmony with the approach to the problem adopted by the House of Lords in the *Air Canada* case and that of the earlier development of the law relating to examination of documents by the Court in such situations, is, I think, open on the wording of subsection 36.1(2) and should, I think, be adopted. In it the object of the Court's examination, when an examination takes place, will be to ascertain whether a preponderance of importance in favour of disclosure exists. That seems to be the expressed intention of the subsection. On the other hand, if no apparent case for disclosure has been made out, if the balance does not so much as appear to be even, the preponderance obviously favours the upholding of the objection and in such a situation I do not think the subsection requires the Court to examine the information to see if it will tip the balance the other way. To interpret the subsection otherwise would, as it seems to me, make it necessary for the Court to examine the information in every case. I think it is unlikely that that was Parliament's intention and more especially so where the objection is based on matters of such obvious sensitivity as national security, national defence and international relations.

The approach to the question whether an inspection should be made is discussed by Lord Wilberforce in the *Burmah Oil* case, at page 1116, as follows:

This brings me to the issue of inspection. For now it is said, "Well, let us look at the documents and see—to do so cannot do any harm. If there is nothing there no damage will be done; if there is, we can weigh its importance." As presented (and to be fair to *Burmah's* very able counsel, such a submission occupied a far from prominent place in their argument) this may appear

connaissance des renseignements demandés. Le paragraphe emploie le terme «peut», qui n'a pas un sens impératif mais facultatif; aussi, la nature de la demande me paraît être telle qu'avant d'exercer le pouvoir de prendre connaissance des renseignements, le juge instruisant la demande doit être convaincu, d'après la preuve dont il est saisi, que la divulgation s'impose, c'est-à-dire que l'intérêt public dans la divulgation dans le cas d'espèce est plus important que l'intérêt public à préserver le caractère confidentiel de ces renseignements ou, à tout le moins, que la balance ne penche ni dans un sens ni dans l'autre et qu'il faut donc prendre connaissance des renseignements afin de décider quel intérêt public doit l'emporter. Cette interprétation paraît en harmonie avec la démarche de la Chambre des lords dans l'arrêt *Air Canada* ainsi qu'avec l'évolution antérieure du droit relatif à l'examen des documents par la Cour dans de tels cas; elle est, je pense, autorisée par le libellé du paragraphe 36.1(2) et devrait donc être adoptée. L'objet de cet examen judiciaire, quand il a lieu, est de vérifier s'il y a prépondérance en faveur de la divulgation. C'est à mon avis l'intention qu'exprime le paragraphe. En revanche, si la nécessité de la divulgation n'a pas été démontrée et si la balance penche nettement d'un côté, il faut, bien entendu, faire droit à l'opposition et, dans ce cas, je ne pense pas que le paragraphe exige que la Cour prenne connaissance des renseignements pour voir si cet examen fera pencher la balance dans l'autre sens. Interpréter le paragraphe autrement obligerait, me semble-t-il, la Cour à prendre connaissance des renseignements à chaque fois. Ce n'est probablement pas là l'intention du législateur, surtout dans les cas où l'opposition est fondée sur des questions aussi délicates que la sécurité et la défense nationales et les relations internationales.

Lord Wilberforce discute de la façon d'aborder la question de l'examen dans l'arrêt *Burmah Oil*, à la page 1116:

[TRADUCTION] Ceci m'amène à la question de l'examen. On dit maintenant: «Regardons les documents et nous verrons—il n'y a aucun mal à cela. S'ils ne contiennent rien, aucun dommage n'aura été causé; s'il y a effectivement quelque chose, nous serons en mesure d'en évaluer l'importance.» Ainsi présenté (et pour être juste envers les éminents avocats de la

to have some attraction. But with all respect to those who think otherwise, I am firmly of opinion that we should not yield to this siren song. The existing state of the authorities is against it: and no good case can be made for changing the law. Indeed, to do so would not in my opinion be progress.

After citing opinions expressed in a number of cases, Lord Wilberforce continued [at page 1117]:

As to principle, I cannot think that it is desirable that the courts should assume the task of inspection except in rare instances where a strong positive case is made out, certainly not upon a bare unsupported assertion by the party seeking production that something to help him may be found, or upon some unsupported—viz., speculative—hunch of its own. In the first place it is necessary to draw a reasonably clear line between the responsibility of ministers on the one hand, and those of the courts on the other. Each has its proper contribution to make towards solution of the problem where the public interest lies—judicial review is not a “bonum in se” it is a part—and a valuable one—of democratic government in which other responsibilities coexist. Existing cases, from *Conway v. Rimmer* onwards, have drawn this line carefully and suitably. It is for the minister to define the public interest and the grounds on which he considers that production would affect it. Similarly, the court, responsible for the administration of justice, should, before it decides that the minister’s view must give way, have something positive or identifiable to put into the scales. To override the minister’s opinion by “amorphous” phrases, or unsupported contentions, would be to do precisely what the courts will not countenance in the actions of ministers. Secondly, decisions on grounds of public interest privilege fall to be made at first instance, by judges or masters in chambers. They should be able to make these decisions according to simple rules: these are provided by the law as it stands. To invite a general procedure of inspection is to embark the courts on a dangerous course: they have not in general the time nor the experience, to carry out in every case a careful inspection of documents and thereafter a weighing process. The results of such a process may, indeed are likely, to be variable from court to court and from case to case. This case provides an example of opposite conclusions come to upon identical materials: see [1979] 1 W.L.R. 473. This inevitable uncertainty is not likely to do credit to the administration of justice and is bound to encourage appeals.

Some years earlier Lord Reid had said in *Conway v. Rimmer and Another*, at page 953:

It appears to me that, if the Minister’s reasons are such that a judge can properly weigh them, he must, on the other hand, consider what is the probable importance in the case before him of the documents or other evidence sought to be withheld. If he decides that on balance the documents probably ought to be produced, I think that it would generally be best that he should see them before ordering production and if he thinks that the Minister’s reasons or other evidence expressed he will have to see the documents before ordering production. I can see nothing wrong in the judge seeing documents without their being shown to the parties. Lord Simon said (in *Duncan’s case* ([1942] A.C.

Burmah, l’argument n’est guère développé dans leur plaidoirie), cela peut paraître tentant. Mais, tout en respectant l’opinion contraire, je suis fermement d’avis que nous ne devons pas céder à ce chant des sirènes. Le poids de la jurisprudence est à l’opposé et rien ne justifierait de modifier la loi. D’ailleurs, ce n’a pas un progrès, à mon avis.

Après avoir cité diverses opinions jurisprudentielles, lord Wilberforce poursuit [à la page 1117]:

[TRADUCTION] En principe, je ne saurais considérer comme souhaitable que les tribunaux se chargent de cet examen, si ce n’est dans les rares instances où il est presque assuré qu’il sera concluant, mais certainement pas sur la foi d’une simple affirmation de la partie réclamant la communication qu’on pourrait y trouver quelque chose en sa faveur, ou en vertu de quelque intuition non corroborée—c’est-à-dire de simples conjectures. Il faut d’abord départager assez clairement les responsabilités ministérielles d’une part et judiciaires d’autre part. Chacun a sa propre contribution à apporter à la solution de la question de l’intérêt public—le contrôle judiciaire n’est pas un «bien en soi»; ce n’est qu’un aspect—valable certes—du gouvernement démocratique où coexistent plusieurs responsabilités. La jurisprudence actuelle, depuis l’arrêt *Conway v. Rimmer*, a soigneusement procédé à ce partage. C’est au ministre qu’il appartient de définir l’intérêt public et les raisons qui, d’après lui, font qu’une divulgation des pièces y portera atteinte. De même, le tribunal responsable de l’administration de la justice, avant de décider que le ministre doit céder, devrait avoir quelque chose de matériel, d’identifiable, à poser sur un plateau de la balance. Passer outre à l’avis du ministre en ayant recours à des expressions «vagues» ou à des affirmations gratuites, c’est faire précisément ce que les tribunaux ne tolèrent pas des ministres. En outre, les décisions relatives au secret pour motif d’intérêt public sont rendues par les juges de première instance ou les juges seuls en cabinet. Ils doivent pouvoir rendre ces décisions en fonction des règles simples qui sont fournies par le droit positif actuel. S’ils encourageaient une procédure générale d’examen, les tribunaux s’engageraient sur une voie dangereuse: ils n’ont en général ni le temps ni l’expérience requise pour procéder dans chaque cas à un examen soigneux des documents afin de les évaluer. Il se peut, et il est même probable, que le résultat varie d’un tribunal à l’autre, d’une affaire à l’autre. Le cas d’espèce fournit un exemple de conclusions contradictoires fondées sur les mêmes pièces: voir [1979] 1 W.L.R. 473. Cette incertitude inévitable ne rehausse pas l’image de la justice et ne peut qu’encourager les appels.

Quelques années plus tôt, lord Reid a dit dans l’arrêt *Conway v. Rimmer and Another*, à la page 953:

[TRADUCTION] Il me semble que si les motifs du Ministre sont tels qu’un juge puisse légitimement les évaluer, il lui faut, par ailleurs, prendre en considération l’importance éventuelle, dans l’espèce dont il a à connaître, des documents ou autres preuves dont on cherche à refuser la communication. S’il décide que, tout bien pesé, les documents devraient probablement être produits, je crois qu’il vaudrait mieux en général qu’il en prenne d’abord connaissance avant d’ordonner leur production; et s’il pense que les raisons du Ministre ne sont pas exprimées clairement, il devrait les examiner avant d’en ordonner la production. Je ne vois rien de mal à ce que le juge prenne connaissance des

624, 640)) that "where the Crown is a party . . . this would amount to communicating with one party to the exclusion of the other." I do not agree. The parties see the Minister's reasons. Where a document has not been prepared for the information of the judge, it seems to me a misuse of language to say that the judge "communicates with" the holder of the document by reading it. If on reading the document he still thinks that it ought to be produced he will order its production.

One of the points dealt with by counsel in their arguments was that of which side had the onus of proof. In my view it is apparent from the foregoing as well as from the form of subsection 36.1(2) that the onus of showing that the public interest in disclosure, in the circumstances, outweighs in importance the public interest in national security and international relations put forth in the respondent's certificate rested on the applicants.

Counsel for the applicants drew attention to the recent decision of the Supreme Court in *Smallwood v. Sparling*¹⁷ where, in dealing with a claim for immunity put forward on grounds of Cabinet secrecy by a former premier of Newfoundland who had been subpoenaed to testify at a public inquiry, Wilson J. said [at page 707]:

On the authority of the *Cape* case (*supra*) it seems to me that the onus would be on Mr. Smallwood to establish that the public interest in joint cabinet responsibility would be prejudiced by any particular disclosure he was being asked to make. Any blanket claim to immunity on this basis must, in my view, also fail.

I do not read this passage as referring to the onus of proof in a situation calling for determination under subsection 36.1(2) of the *Canada Evidence Act*. In the *Smallwood* case there was no applicable statute and the claim for immunity was being made not by a Minister of the Crown but by a former Minister who was seeking an injunction enjoining the respondents from acting upon a subpoena requiring him to testify and before any question had been put to him or any request for any specific information or document for which public interest privilege could be claimed had been made. It is thus understandable that if Mr. Smallwood's objection to disclosure, whether taken in the proceeding which ended with his appeal to the Supreme Court or at the inquiry, were to succeed, the onus would be, initially at any rate, on him to

documents sans qu'ils soient communiqués aux parties. Lord Simon a dit (dans l'arrêt *Duncan* ([1942] A.C. 624, à la p. 640)): «lorsque la Couronne est partie à l'instance . . . cela équivaldrait à communiquer avec l'une des parties à l'exclusion de l'autre.» Ce n'est pas mon avis. Les parties ont les raisons du Ministre devant les yeux. Lorsqu'un document n'a pas été rédigé pour le profit du juge, il me semble que c'est un abus de langage de dire que le juge «communique avec» le détenteur du document parce qu'il en prend connaissance. Si, à la lecture du document, il estime toujours qu'il doit être produit, il ordonnera cette production.

Les avocats ont débattu dans leurs plaidoiries de la charge de la preuve. À mon avis, il découle de ce qui précède ainsi que du libellé du paragraphe 36.1(2) que, dans le cas d'espèce, il appartient aux requérants de démontrer que l'intérêt public dans la divulgation prévaut sur la sécurité nationale et les relations internationales, intérêts publics fort importants invoqués dans l'attestation de l'intimée.

Les avocats des requérants ont appelé l'attention de la Cour sur l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada *Smallwood c. Sparling*¹⁷ concernant une revendication d'immunité au titre du secret du Cabinet par un ancien premier ministre de Terre-Neuve qui était cité à témoigner à une enquête publique; le juge Wilson a dit [à la page 707]:

Me fondant sur l'arrêt *Cape* précité, je conclus qu'il incombe à M. Smallwood d'établir que l'intérêt public dans la responsabilité collective du Cabinet serait mis en danger par une divulgation particulière qu'on lui demande de faire. De même, j'estime qu'il y a lieu de rejeter toute demande générale d'immunité sur ce fondement.

Je n'interprète pas ce passage comme traitant de la charge de la preuve dans un cas exigeant une décision aux termes du paragraphe 36.1(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans l'arrêt *Smallwood*, il n'y avait pas de loi applicable et l'immunité était revendiquée non pas par un ministre de la Couronne mais par un ancien ministre qui réclamait une injonction pour interdire aux intimés d'agir sur le fondement de la citation qui l'obligeait à témoigner, avant même qu'on l'interroge ou qu'on exige des renseignements ou documents précis pour lesquels il invoquait une immunité d'intérêt public. Il est donc compréhensible que si l'opposition de M. Smallwood à la divulgation, qu'elle ait été faite dans l'instance qui a abouti au pourvoi en Cour suprême ou lors de l'enquête, devait être acceptée, c'est à lui qu'il incomberait

¹⁷ [1982] 2 S.C.R. 686; 44 N.R. 571.

¹⁷ [1982] 2 R.C.S. 686; 44 N.R. 571.

show that the particular information sought was such that it would be injurious to the public interest to have it disclosed. As a private citizen he would be obliged to put before the Court at least as much information and with the like particularly as is required by the courts when a Minister of the Crown files an affidavit raising a claim for public interest immunity.

I do not read the paragraph cited from the *Smallwood* decision as meaning anything beyond that. I do not think it refers to the issue as to the relative importance of conflicting public interests. But, whether it does or not, in the present case the material put before me by both sides is such that, in my view, nothing any longer turns on a question of onus.

I turn now to the facts and the material put before me by the parties.

At the time when the offences are alleged to have been committed, that is to say, between August 8, 1972, and January 8, 1973, both applicants were non-commissioned officers of the Royal Canadian Mounted Police [hereinafter referred to as the R.C.M.P.], stationed in Montreal and employed in the Security Service of that force. The charges arise out of what has been known as the "Ham" operation, an episode in which a number of officers and other ranks of the Security Service participated and, in the course of which, premises were entered and computer tapes recording membership lists of a political party were removed and copied and then replaced. Nine other members or former members of the force are similarly charged. In one case, that of Inspector Claude Vermette, the trial of the charges began on April 13, 1982, and continued until May 7, 1982, when a mistrial was declared. That prosecution was subsequently stayed by order of the Superior Court, an order which I was informed is under appeal by the Crown.

Earlier there had been two public enquiries into matters which included the "Ham" operation. One of these was the McDonald Commission enquiry established by Order in Council P.C. 1977-1911 of July 6, 1977, pursuant to Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C. 1970, c. I-13, to investigate and report

d'abord de démontrer que la divulgation du renseignement particulier demandé pourrait nuire à l'intérêt public. En tant que simple citoyen, il serait obligé de fournir à la Cour au moins autant de renseignements et de détails que ce qui est exigé par les tribunaux d'un ministre de la Couronne qui dépose un affidavit excipant de l'immunité d'intérêt public.

Je n'interprète pas le paragraphe cité de l'arrêt *Smallwood* comme allant au-delà. Je ne pense pas qu'il traite de la question de l'importance relative de certains intérêts publics contradictoires. Mais que ce soit ou non le cas, en l'espèce, les pièces produites par les deux parties sont telles qu'à mon avis, la question de la charge de la preuve n'a plus d'importance.

J'en viens maintenant aux faits et aux pièces dont je suis saisi.

À l'époque où les infractions auraient été perpétrées, c'est-à-dire entre le 8 août 1972 et le 8 janvier 1973, les deux requérants étaient des sous-officiers de la Gendarmerie royale du Canada [ci-après appelée la GRC], stationnés à Montréal, et employés dans le Service de sécurité de la Gendarmerie. Les charges retenues contre eux découlent de ce qu'on a appelé l'opération «Ham», un incident dans lequel étaient impliqués de nombreux agents du Service de sécurité de rangs différents et qui a consisté en l'entrée illicite dans certains locaux et l'enlèvement clandestin de bandes informatiques où étaient enregistrées les listes des membres d'un parti politique; ces listes ont été copiées et remises en place. Neuf autres membres ou anciens membres de la Gendarmerie sont aussi inculpés. Dans un cas, celui de l'inspecteur Claude Vermette, le procès a duré du 13 avril 1982 au 7 mai 1982, date à laquelle la nullité du procès pour vice de forme dirimant a été déclarée. Il y a subséquemment eu sursis à cette poursuite par ordonnance de la Cour supérieure, ordonnance dont on m'a dit que la Couronne avait formé appel.

Deux enquêtes publiques avaient déjà été tenues sur certains événements, dont l'opération «Ham», la première par la Commission d'enquête McDonald constituée par le décret C.P. 1977-1911 du 6 juillet 1977, sur le fondement de la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*, S.R.C. 1970, chap. I-13, dont

on, *inter alia*, activities of the R.C.M.P. "not authorized or provided for by law." Evidence was taken by the Commission over a period of several years and several reports were made which included references to the "Ham" operation and a special chapter on it which has not been published. The other enquiry was by the Keable Commission established by the Government of the Province of Quebec.

Procedure

As no rules of procedure have been established for an application brought pursuant to subsection 36.2(1), on lodging the application, counsel for the applicants also applied for an order for directions on the hearing of which on January 24, 1983, it was directed, *inter alia*:

2. That the Applicants, on or before February 7th, 1983, file in the Registry of the Federal Court at Ottawa the affidavit and other evidence to be referred to in support of their position together with a memorandum stating the facts on which they rely and the points intended to be argued in support of their position, with an appendix containing copies of the particular portions of any evidence on which they rely in support of their position, and deliver copies of all of the same to the Respondent's counsel;

3. That the Respondent, on or before February 21st, 1983, file in the Registry of the Federal Court at Ottawa the affidavit and other evidence to be referred to in support of his position together with a memorandum stating the facts on which he relies and the points intended to be argued in support of his position, with an appendix containing copies of the particular portions of any evidence on which he relies in support of his position, and deliver copies of all of the same to the Applicants' counsel;

and that the matter be heard at Ottawa commencing on March 1, 1983.

Applicants' Material

Pursuant to these directions the applicants filed an affidavit of the applicant, Gilbert Albert, referring to the application for determination of the objection and the appendices thereto, reciting the history of the charges, the subpoena and the objection and referring to the aborted trial of Inspector Vermette. Paragraphs 9, 10 and 11 are as follows:

[TRANSLATION] 9. During the said trial of Inspector Vermette several witnesses were heard, at the request of both the prosecution and the defence, and in the course of the testimony several facts reflected in the documents requested by the aforementioned subpoena (Appendix "C" to the aforesaid letter of

le but était d'enquêter et de faire rapport sur, notamment, les activités de la GRC «non autorisées ni prévues par la loi». Durant plusieurs années, la Commission a réuni des preuves et plusieurs rapports ont été rédigés; ils mentionnent l'opération «Ham» et un chapitre spécial qui y est consacré n'a pas été publié. La seconde enquête fut celle de la Commission Keable, constituée par le gouvernement de la province de Québec.

La procédure

Comme il n'existe aucune règle de procédure établie dans le cas des demandes fondées sur le paragraphe 36.2(1), les avocats des requérants ont aussi demandé, au moment de l'introduction de leur demande, des directives au sujet de l'audience; le 24 janvier 1983, il a été répondu notamment que:

[TRANSLATION] 2. Les requérants produiront, le 7 février 1983 au plus tard, au greffe de la Cour fédérale à Ottawa, l'affidavit et les autres pièces qu'ils veulent faire valoir à l'appui de leur position ainsi qu'un mémoire énonçant les faits et les points de droit de leur argumentation, avec une annexe comportant copie des extraits pertinents de toute pièce spécifiquement invoquée; copies de toutes ces pièces devront être remises aux avocats de l'intimé;

3. L'intimé, au plus tard le 21 février 1983, produira au greffe de la Cour fédérale à Ottawa l'affidavit et les autres pièces qu'il entend faire valoir au soutien de sa position ainsi qu'un mémoire énonçant les faits et les points de droit de son argumentation, avec une annexe comportant copie des extraits pertinents de toute pièce spécifiquement invoquée; copies de toutes ces pièces devront être remises aux avocats des requérants.

L'affaire devait être instruite à Ottawa à partir du 1^{er} mars 1983.

Les pièces des requérants

Conformément à ces directives, les requérants ont produit un affidavit de Gilbert Albert, qui mentionne la demande de décision concernant l'opposition et ses annexes, qui rappelle les charges retenues, la citation à témoigner et l'opposition excipée, et qui mentionne enfin le procès avorté de l'inspecteur Vermette. En voici les paragraphes 9, 10 et 11:

9. Au cours dudit procès de l'inspecteur Vermette, plusieurs témoins furent entendus, tant à la demande de la poursuite qu'à celle de la défense et, au cours des témoignages, plusieurs faits reflétés [sic] dans les documents demandés par le subpoena mentionné ci-dessus (l'appendice «C» à la susdite lettre du 13

January 13, 1983), and covered by the certificate mentioned in paragraph 6 above (Appendix "D" to the letter of January 13, 1983) were brought out; in this connection, I file the following exhibits:

- (a) a transcript of the testimony given at the trial of Inspector Vermette, as Exhibit "E";
- (b) all the cassettes of the tape recording of the trial of Inspector Vermette, as Exhibit "F";

10. The circumstances and facts which led to the charges laid against my co-applicant and myself are set forth in general in a secret report prepared by the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission), which I file as Exhibit "G";

11. To explain the background to Exhibit "G", I further file a two-page extract from the public report of the said Commission, as Exhibit "H".

The document referred to as Exhibit "G" is the unpublished chapter of the McDonald Commission report dealing specifically with the "Ham" operation. Exhibit "H" merely puts it in context.

In the course of the nine-day hearing of the application, several additions to this material were admitted which have been identified by the letters F-1, F-2, F-2(a), I, J, K, L and M.

F-1 is a cassette of the cross-examination of Superintendent R. B. Gavin on April 30, 1982, on an affidavit sworn by him on April 29, 1982, as to the results of a search for documents requested by a subpoena issued in the Vermette trial on behalf of the defence.

F-2 is a copy of the cassette tape record of the proceedings at the Vermette trial on April 13, 14 and 15, 1982.

F-2(a) is a copy of the reasons for judgment of Madam Justice Barrette-Joncas given on April 19, 1982, dismissing motions made on behalf of the defence to stay the proceedings in the Vermette trial.

I is a copy of a memorandum dated April 21, 1971 setting out internal procedure in the R.C.M.P. for securing authorization for carrying out operations involving surreptitious entries on premises. It is marked "Top Secret" but was admitted as Exhibit D-5 at the Vermette trial and is no longer restricted.

J is also marked "Secret" but was produced as Exhibit D-6 at the Vermette trial and is no longer

janvier 1983) et qui font l'objet du certificat mentionné au paragraphe 6 ci-dessus (appendice «D» à la lettre du 13 janvier 1983) ont été dévoilés; à cet effet, je produis les exhibits suivants:

- a) la transcription des témoignages rendus lors du procès de l'Inspecteur Vermette, comme exhibit «E»;
- b) toutes les cassettes de l'enregistrement mécanique du procès de l'Inspecteur Vermette, comme exhibit «F»;

10. Les circonstances et les faits qui ont mené aux accusations portées contre mon co-demandeur et moi-même sont relatés généralement dans un rapport secret préparé par la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission MacDonald [sic]) que je produis comme exhibit «G»;

11. De plus, pour expliquer le contexte du document exhibit «G», je produis également un extrait de deux pages du rapport public de ladite Commission comme exhibit «H».

La pièce «G» est le chapitre non publié du rapport de la Commission McDonald traitant spécifiquement de l'opération «Ham». La pièce «H» ne fait qu'en donner le contexte.

Au cours des neuf jours d'instruction de la demande, plusieurs autres pièces ont été admises; elles ont été désignées par les lettres F-1, F-2, F-2a), I, J, K, L et M.

La pièce **F-1** est l'enregistrement sur cassette du contre-interrogatoire du surintendant R. B. Gavin du 30 avril 1982 au sujet de son affidavit du 29 avril 1982 concernant les résultats de la recherche des documents demandés par la citation à comparaître lancée lors du procès Vermette, au nom de la défense.

La pièce **F-2** est une copie de l'enregistrement sur cassette du procès Vermette des 13, 14 et 15 avril 1982.

La pièce **F-2a)** est une copie des motifs du jugement de madame le juge Barrette-Joncas du 19 avril 1982 rejetant les requêtes présentées au nom de la défense qui demandait la suspension de l'instance Vermette.

La pièce **I** est une copie du mémoire, en date du 21 avril 1971, décrivant la procédure interne suivie à la GRC pour obtenir l'autorisation de procéder à des opérations comportant des visites clandestines. Il est coté «Très secret» mais a été admis comme pièce D-5 au procès Vermette et n'est plus classifié.

La pièce **J**, cotée elle aussi «Secret», a été produite comme pièce D-6 au procès Vermette et n'est

secret. It is an R.C.M.P. memorandum apparently written in or before 1972 setting out objectives and goals of the technical support service known as E Branch in the security and intelligence service or directorate of the force.

K is a copy of the affidavit of April 29, 1982 on which Superintendent Gavin was cross-examined.

L is an affidavit of May 3, 1982 sworn by Robert Phillip Kaplan, the Solicitor General of Canada, objecting under subsection 41(2) of the *Federal Court Act* to the production or disclosure of documents listed in a subpoena issued on behalf of the defence in the Vermette trial and to testimony as to the contents of such documents on the ground that such production, disclosure and testimony would be prejudicial to national security.

M is a transcript of a portion of a submission made in the course of the Vermette trial by Crown counsel in which he indicates that he challenges the credibility of Robert Potvin, a witness for the defence and one of the alleged conspirators against whom charges similar to those against the applicants are pending, as to the reasons for the mounting of the "Ham" operation.

A request by counsel for the applicants that a copy of the record of a speech made by the Premier of Quebec in the National Assembly which resulted in the Vermette trial being aborted be added to the record was opposed by counsel for the respondent and was denied.

As a result of submissions made by counsel for the respondent based to a large extent on the speeches in the House of Lords in *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another* which were given and became available during the course of the hearing of this application, counsel for the applicants, in the course of reply, asked for and was granted leave to file further affidavits with respect to the applicants' need for the documents at their trial.

Pursuant to the leave so given a further affidavit of the applicant, Gilbert Albert, was filed on March 21, 1983 and an affidavit of the applicant,

plus classifiée: c'est un mémoire de la GRC, rédigé apparemment en 1972 ou antérieurement, qui énonce les objectifs et les buts du service de soutien technique, connu comme étant la section E du service ou direction générale de sécurité et du renseignement de la Gendarmerie.

La pièce **K** est une copie de l'affidavit du 29 avril 1982 sur lequel a porté le contre-interrogatoire du surintendant Gavin.

La pièce **L** est un affidavit, en date du 3 mai 1982, de Robert Phillip Kaplan, le solliciteur général du Canada, s'opposant, en vertu du paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, à la production ou à la divulgation de documents énumérés dans la citation à comparaître et produire délivrée au nom de la défense pendant le procès Vermette, et à toute déposition portant sur le contenu de ces documents, au motif que ces production, divulgation et déposition porteraient préjudice à la sécurité nationale.

La pièce **M** est la transcription des notes sténographiques d'une partie des débats du procès Vermette où l'avocat de la Couronne déclare qu'il conteste la crédibilité de Robert Potvin, un témoin de la défense et un des prétendus membres du complot, contre lequel pèsent des charges similaires à celles retenues contre les requérants, quant aux raisons ayant justifié l'opération «Ham».

Les avocats des requérants ont demandé que soit annexée au dossier une copie du discours du Premier ministre du Québec devant l'Assemblée nationale qui a été la cause de l'avortement du procès Vermette; l'avocat de l'intimé s'y est opposé et la demande a été refusée.

Pour répondre aux arguments avancés par les avocats de l'intimé et fondés dans une large mesure sur l'arrêt *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another*, qui a été prononcé par la Chambre des lords et distribué au cours de l'instruction de la demande, les avocats des requérants ont demandé dans leur réplique l'autorisation de soumettre d'autres affidavits portant sur la nécessité, de leur point de vue, de produire certains documents à leur procès.

Ils ont obtenu cette autorisation et ont produit un affidavit supplémentaire du requérant Gilbert Albert, le 21 mars 1983, et un affidavit de l'autre

Maurice Goguen, was filed on March 31, 1983. The affidavit of the applicant, Gilbert Albert, deposes that he intends to testify at his trial and to call Robert Potvin as a defence witness, and that both the latter's evidence and his own are essential to establish his defence.

Paragraph 5 of the affidavit states:

[TRANSLATION] In the course of my defence, I intend to prove the following:

- (a) Operation Ham was not a criminal operation;
- (b) the said operation was undertaken for sound reasons relating to the investigations of the Security Service of the Royal Canadian Mounted Police;
- (c) the said operation was a part of the investigative methods discussed, planned, used and approved by "E" Branch and the senior staff of the Security Service at the time in question;
- (d) by taking part in the said operation, I did not act "fraudulently" or "without a colour of right";

The deponent goes on to say that his evidence and that of Robert Potvin is essential to establish the elements of his defence mentioned in paragraph 5, that because of objections by counsel for the respondent and because he does not have security clearance he has not been able to see the lists of items attached to the subpoena, that he has been advised by his counsel that the documents mentioned in the subpoena as well as the disclosure of their contents are essential for the purpose of establishing the elements of his defence and that the certificate of the respondent would prevent the proof of facts which are an essential and integral part of his defence.

The applicant, Maurice Goguen, in his affidavit, states that should the Crown succeed in proving that he participated in the planning or execution of Operation Ham, he intends to testify on his own behalf, that he also intends to call Robert Potvin as a witness on his behalf and that should it become necessary to offer a defence he intends, *inter alia*, to prove:

- a) There was no general intent to commit a crime in the planning and execution of Operation "HAM";
- b) Operation "HAM" was not a criminal act;
- c) No one acted fraudulently or without colour of right in the planning and execution of Operation "HAM";
- d) There was no intent to deprive anyone, temporarily or absolutely, of anything in the planning and execution of Operation "HAM";

requérant, Maurice Goguen, le 31 mars 1983. Dans son affidavit, Gilbert Albert dit qu'il a l'intention de témoigner à son procès et de citer Robert Potvin comme témoin à décharge; il affirme que le témoignage de ce dernier ainsi que le sien sont essentiels à son système de défense.

Voici le paragraphe 5 de cet affidavit:

Dans le cours de ma défense, j'ai l'intention de prouver ce qui suit:

- a) l'opération «Ham» n'était pas une opération criminelle;
- b) ladite opération a été entreprise pour des raisons sérieuses reliées aux enquêtes du Service de Sécurité de la Gendarmerie Royale du Canada;
- c) ladite opération faisait partie des méthodes d'enquête discutées, planifiées, utilisées et approuvées par la section «E» et par les hautes instances des Services de Sécurité à l'époque pertinente;
- d) je n'ai pas agi «frauduleusement» ou «sans apparence de droit» en participant à ladite opération;

Le déposant dit ensuite que son témoignage et celui de Robert Potvin sont essentiels pour établir les éléments de sa défense mentionnés au paragraphe 5; qu'en raison de l'opposition des avocats de l'intimé et du fait qu'il n'a pas l'habilitation de sécurité requise, il n'a pu prendre connaissance des documents énumérés dans les listes annexées à la citation; que, d'après son avocat, les documents mentionnés dans la citation et la divulgation de leur contenu sont essentiels pour démontrer les éléments de son système de défense; et que l'attestation de l'intimé va l'empêcher de prouver les faits essentiels à son système de défense.

Pour sa part, Maurice Goguen dit dans son affidavit que si la Couronne parvenait à démontrer qu'il a participé à la planification ou à l'exécution de l'opération «Ham», il entendait témoigner pour son propre compte et citer Robert Potvin comme témoin à sa décharge; et que s'il devenait nécessaire de présenter une défense, il entendait prouver notamment que:

- a) Il n'y avait pas d'intention générale de commettre un crime dans la planification et l'exécution de l'opération «HAM»;
- b) L'opération «HAM» ne constituait pas un crime;
- c) Personne n'avait agi frauduleusement ou sans apparence de droit lors de la planification et de l'exécution de l'opération «HAM»;
- d) Il n'y avait aucune intention de priver qui que ce soit, temporairement ou définitivement, de quoi que ce soit dans la planification et l'exécution de l'opération «HAM»;

The deponent goes on to describe three areas of investigations being conducted at the material time by the G Branch of the Security Service, in which he was employed, and to say that he was familiar with the context of the documents and files of the Security Service of the R.C.M.P. relating to two of these areas when Operation Ham was planned and executed and was aware of the investigation being conducted in the third area as well, that Operation Ham was planned and executed for serious reasons as part of these three ongoing investigations, that it will be necessary for him to prove the existence of these serious reasons at his trial and that they are based on data which the Security Service of the R.C.M.P. had in its possession at the material time and which are found in documents and files of the Security Service as they existed at the time of the planning and execution of Operation Ham. The affidavit then proceeds:

17. Items 3 to 24 of the annex to the subpoena addressed to the respondent are very likely to contain material directly relating to the investigations described in paragraph 10 of this affidavit;

18. The said items would give substantial support to the defenses mentioned in paragraph 8 of this affidavit and, without them, I might be deprived of the means of proper presentation of my case;

19. Moreover, in order to offer a full and complete defense, should it prove necessary to do so, I need to testify fully in connection with the investigation described in paragraph 10 of this affidavit, and further need the testimony of the said Robert Potvin and of others in connection therewith;

20. Operation "HAM" would not have been planned and undertaken without the prior and continuous approval of my then superior officers at the Headquarters of the Royal Canadian Mounted Police in Ottawa and in Montreal;

21. Some of these superior officers are named as my co-conspirators in the charge laid against me;

22. Items 1, 2 and 25 to 28 of the annex to the subpoena addressed to the respondent and items 8 to 19 of Schedule "A" to the respondent's certificate of January 12, 1983 are relevant to the authorization given by my said superior officers, including some of those alleged to have been my co-conspirators;

23. The said items are very likely to contain material which would give substantial support to the issue of the intent of the said superior officers, and their motivation, in approving Operation "HAM" and, without them, I might be deprived of the means of a proper presentation of my case;

24. Prior to my testimony before the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police referred to in paragraphs 5 and 6 of the said respondent's certificate, I read items 1 to 7 of Schedule "A" to the said certificate, these items being excerpts from the files of the Security Service of the Royal Canadian Mounted Police and being relevant to the serious reasons why operation "HAM" was authorized, planned and executed;

Le déposant décrit ensuite trois secteurs sur lesquels, à l'époque, la section G du Service de sécurité, son employeur, faisait enquête et affirme bien connaître le contexte des documents et des dossiers du Service de sécurité de la GRC qui ont été rédigés au sujet de deux de ces secteurs, au moment où l'opération «Ham» a été planifiée et exécutée, et savoir, en outre, qu'une enquête suivait son cours dans un troisième secteur; il déclare que l'opération «Ham» a été planifiée et exécutée pour des raisons sérieuses, dans le cadre de ces trois enquêtes et qu'il lui faudra démontrer à son procès l'existence de ces raisons sérieuses qui sont fondées sur des renseignements que le Service de sécurité de la GRC possédait alors et qu'on retrouve dans les documents et dossiers du Service datant de l'époque où fut planifiée et exécutée l'opération «Ham». Il ajoute ensuite dans l'affidavit:

[TRADUCTION] 17. Les postes 3 à 24 de l'annexe jointe à la citation adressée à l'intimé contiennent vraisemblablement des pièces concernant directement les enquêtes décrites au paragraphe 10 du présent affidavit;

18. Ces pièces corroboreraient substantiellement les défenses mentionnées au paragraphe 8 du présent affidavit et, sans ces documents, je pourrais être privé de moyens de défense adéquats;

19. De plus, afin de fournir une défense pleine et entière, s'il est nécessaire de le faire, je devrai témoigner, sans restriction, au sujet de l'enquête décrite au paragraphe 10 du présent affidavit et faire appel en outre au témoignage dudit Robert Potvin et d'autres personnes à ce sujet;

20. L'opération «HAM» n'aurait été ni planifiée ni entreprise sans l'approbation préalable et constante de mes supérieurs de l'époque au quartier général de la Gendarmerie royale du Canada, à Ottawa et à Montréal;

21. Certains de ces officiers supérieurs sont inculpés comme complices de l'infraction dont je suis accusé;

22. Les postes 1, 2 et 25 à 28 de l'annexe à la citation adressée à l'intimé et les postes 8 à 19 de l'annexe «A» de l'attestation de l'intimé en date du 12 janvier 1983, concernent l'autorisation donnée par lesdits officiers supérieurs, dont certains de ceux qu'on prétend mes complices;

23. Lesdits postes contiennent vraisemblablement des pièces utiles comme corroboration au sujet de l'intention et de la motivation desdits officiers supérieurs, qui ont approuvé l'opération «HAM»; sans ces documents, je pourrais être privé de moyens de défense adéquats;

24. Avant mon témoignage devant la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, mentionnée aux paragraphes 5 et 6 de ladite attestation de l'intimé, j'ai lu les documents mentionnés aux postes 1 à 7 de l'annexe «A» de ladite attestation; ce sont des extraits des dossiers du Service de sécurité de la Gendarmerie royale du Canada portant sur les raisons graves qui ont justifié l'autorisation, la planification et l'exécution de l'opération «HAM»;

25. The said items are very likely to contain material which would give substantial support to the defenses mentioned in paragraph 8 of this affidavit and to the intent of the said superior officers and their motivation in approving Operation "HAM" and, without them, I might be deprived of the means of a proper presentation of my case;

Respondent's Material

I turn now to the material put before me in support of the objection. This consists of the first five and eighth appendices referred to in and accompanying the respondent's memorandum of facts and points for argument and two further documents received during the course of the hearing and numbered 9 and 10, an affidavit of the respondent marked "Top Secret" which was marked as filed on February 21, 1983, and then returned to the custody of the Deputy Solicitor General where it has remained except when in use at the course of the hearing. Counsel for the applicants have had access to this affidavit. The appendices referred to are:

1. A copy of the certificate of the respondent filed in the Superior Court.
2. The first, second and third reports of the McDonald Commission, consisting of four volumes in all.
3. A list of the references in the second and third reports of the Commission to the practice of surreptitious entries both in the Security Service and the Criminal Investigation Branch of the R.C.M.P.
4. A group of approximately 56 documents filed before the McDonald Commission and there identified as Exhibit F-1. The documents, as I was informed, bear information the publication of which would enable a knowledgeable person to infer further facts which are secret.
5. This appendix is an edited version of the documents in Appendix 4. It has been released to the applicants.
8. Transcripts of the evidence given by the applicants before the McDonald Commission on April 24 and 25, 1978.
9. A copy of an affidavit of Robert Phillip Kaplan, Solicitor General of Canada, sworn on April 8, 1982 and filed at the Vermette trial objecting under subsection 41(2) of the *Federal Court Act* to the disclosure of documents sought

25. Lesdits postes contiennent vraisemblablement des pièces qui corroboreraient substantiellement les moyens de défense mentionnés au paragraphe 8 du présent affidavit ainsi que l'intention et la motivation des officiers supérieurs qui ont approuvé l'opération «HAM»; sans ces documents, je pourrais être privé de moyens de défense adéquats;

Les pièces de l'intimé

J'en viens maintenant aux pièces dont je suis saisi à l'appui de l'opposition. Il s'agit des cinq premières et de la huitième annexes mentionnées dans le mémoire de l'intimé sur les faits et le droit, et jointes à celui-ci, et de deux autres documents reçus au cours de l'instruction et numérotés 9 et 10, dont un affidavit de l'intimé coté «Très secret», inscrit comme produit le 21 février 1983, qui a été remis ensuite à la garde du solliciteur général adjoint, et y est resté, sauf lorsqu'il a servi à l'instruction. Les avocats des requérants ont pu prendre connaissance de cet affidavit. Voici ces annexes:

1. Une copie de l'attestation de l'intimé déposée auprès de la Cour supérieure.
2. Les premier, deuxième et troisième rapports de la Commission McDonald, soit quatre volumes en tout.
3. Une liste des mentions faites dans les deuxième et troisième rapports de la Commission au sujet de visites clandestines pratiquées par le Service de sécurité et par la Direction des enquêtes criminelles de la GRC.
4. Un ensemble d'environ 56 documents déposés auprès de la Commission McDonald et désignés alors comme pièce F-1. On m'a dit que ces documents comportent des renseignements dont la publication permettrait aux spécialistes de déduire certains autres faits qui doivent rester secrets.
5. Cette annexe est une version révisée des documents de l'annexe 4. Elle a été remise aux requérants.
8. La transcription des notes sténographiques des dépositions des requérants devant la Commission McDonald, les 24 et 25 avril 1978.
9. La copie d'un affidavit de Robert Phillip Kaplan, solliciteur général du Canada, en date du 8 avril 1982, produit au procès Vermette pour faire opposition, en vertu du paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, à la

by a subpoena issued by the Superior Court to the Deputy Solicitor General of Canada on grounds that the production of the documents or the disclosure of their contents would be prejudicial to international relations or national security.

10. A copy of a further affidavit similar to that numbered 9 sworn by Mr. Kaplan on April 27, 1982 objecting to the production of documents on an attached list.

The secret affidavit of the respondent is a lengthy document consisting of 26 pages and having a total of 63 paragraphs. The first 16 paragraphs refer to the subpoena and the certificate and set out general propositions in relation to national security and international relations, the reasons why secrecy of information is required, and the ways in which disclosure of such information would be injurious to national security and international relations.

Objection was taken by the applicants to paragraph 6 on the ground that it expresses an opinion which it was submitted the deponent was not qualified to give. As a person whose career and experience have brought him to the position of Deputy Solicitor General, the deponent is, I think, sufficiently qualified to state anything that is in paragraph 6 that can be regarded as an opinion. I would accordingly overrule the objection. I would, however, be of the same opinion even if paragraph 6 were completely disregarded.

In the remaining 47 paragraphs of the affidavit each of the items referred to in the certificate is dealt with by giving (except in the cases of two items which either were not found or in which no documents of the relevant period were found) a brief description of its contents and stating the ways in which disclosure would affect national security or international relations or both.

Applicants' Case

The basis of the applicants' case for disclosure of the information appears from the following excerpts from their memorandum of facts and law.

divulgence de documents réclamés par la citation lancée par la Cour supérieure au solliciteur général adjoint du Canada, au motif que la production des documents ou la divulgation de leur contenu serait préjudiciable aux relations internationales ou à la sécurité nationale.

10. La copie d'un affidavit supplémentaire de M. Kaplan, semblable à celui visé au paragraphe 9, en date du 27 avril 1982, s'opposant à la production des documents apparaissant sur une liste annexée.

L'affidavit secret de l'intimé est volumineux; il a 26 pages et comprend au total 63 paragraphes. Les 16 premiers paragraphes traitent de la citation à comparaître et à produire des documents et de l'attestation, puis énoncent certains principes généraux relatifs à la sécurité nationale et aux relations internationales; ils expliquent pour quelles raisons il faut assurer le secret des renseignements et comment la divulgation de ces informations pourrait porter préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales.

Les requérants se sont opposés au paragraphe 6 parce qu'il traduit une opinion que le déposant, à leur avis, n'était pas habilité à donner. Le déposant, que la carrière et l'expérience ont mené au poste de solliciteur général adjoint est, je pense, suffisamment qualifié pour affirmer tout ce qui apparaît au paragraphe 6 et qui pourrait être considéré comme une opinion. En conséquence, je rejette cette objection. Je serais d'ailleurs du même avis, s'il fallait ne pas tenir compte du paragraphe 6.

Les 47 paragraphes restants de l'affidavit traitent de chaque point mentionné dans l'attestation (sauf dans le cas de deux postes qui n'ont pu être retrouvés ou ne comportant aucun document de cette période qui ait pu être retracé) en donnant une brève description de son contenu et en expliquant l'effet préjudiciable que sa divulgation aurait sur la sécurité nationale ou les relations internationales, ou les deux.

L'argumentation des requérants

Les extraits suivants du mémoire sur les faits et le droit présenté par les requérants donnent l'essentiel des moyens qu'ils font valoir en faveur de la divulgation des renseignements.

It is the contention of the applicants that the evidence objected to is essential to allow them to offer a full answer and defence to the charges laid against them.

It is also the contention of the applicants that the disclosure of the evidence sought from Mr. Osbaldeston and from the respondent, and of the oral evidence relating to the contents of the said documents, is not injurious to the national security of Canada and to international relations and, in the alternative, that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest outlined in the certificate.

The documents described in the subpoena duces tecum served upon the federal authorities are required by the accused in order to make proof of the circumstances under which and the purposes for which the R.C.M.P. operation in question (called "Operation Ham") was undertaken and in order to support the defence of good faith and honest belief in the lawfulness of the operation.

It is not really disputed that members of the R.C.M.P. Security Service "broke and entered" into the premises of "Les Messageries Dynamiques" during the night, took the tapes to another building, copied the information recorded thereon, and returned the tapes several hours later to the exact place from which they had been taken. Nor is there any dispute about the fact that the operation was carried out following approval at the highest level of the R.C.M.P. Security Service. The issues between the Crown and Defence relate to the purposes for which the operation was undertaken and the legal consequences flowing therefrom.

The defence maintains that "Operation Ham" was carried out for the purpose of gathering information of importance to the R.C.M.P. Security Service in the execution of its mandate with respect to the following matters:

a) Investigation into the leakage of classified information of the federal government by persons in its employ to members of the P.Q. The R.C.M.P. had information indicating that several leading members of the P.Q. had formed a network that was actively engaged in efforts to obtain such information. These activities included attempts to recruit members of the R.C.M.P. in order to get from them classified information of interest to the P.Q.

b) Investigation into interference by several foreign governments—both "friendly" and "unfriendly"—into the internal affairs of Canada through clandestine collaboration with, and support of, movements aimed at separating Quebec from Canada. In this connection, the R.C.M.P. was seized with a written request from a high official in the Prime Minister's office to investigate information regarding a \$350,000 clandestine contribution by a foreign government to the P.Q.

It should be noted that the matters described in paragraphs a) and b) are not unrelated to one another since the same members of the P.Q. who were involved in attempts to obtain classified government information, were also communicating with agents of foreign government(s) referred to above.

c) Investigation directed toward the prevention of terrorist actions in support of Quebec independence.

[TRADUCTION] Les requérants soutiennent que les preuves littérales auxquelles on s'oppose sont essentielles pour leur permettre de fournir une réponse complète et une défense pleine et entière aux charges retenues contre eux.

a Les requérants soutiennent aussi que la divulgation des preuves littérales requises de M. Osbaldeston et de l'intimé, et la preuve testimoniale relative au contenu desdits documents, ne portent pas atteinte à la sécurité nationale du Canada ni aux relations internationales et, subsidiairement, que l'intérêt public qu'il y aurait à les divulguer prévaut en importance sur l'intérêt public invoqué dans l'attestation.

b Les documents décrits dans les citations à comparaître et à produire (*subpoenas duces tecum*) signifiées aux autorités fédérales sont nécessaires à l'accusé pour établir le contexte et les objectifs de l'opération entreprise par la GRC, en l'occurrence c l'opération «Ham», et corroborer leur défense de bonne foi et croyance honnête en la licéité de l'opération.

d Il n'est pas vraiment contesté que les membres du Service de sécurité de la GRC sont entrés, de nuit, par effraction dans les locaux des «Messageries Dynamiques»; qu'ils se sont emparés des enregistrements et les ont transportés dans un autre immeuble, les ont copiés puis les ont ramenés, plusieurs heures plus tard, au lieu exact où ils avaient été pris. Il n'est pas non plus contesté que l'opération avait été approuvée au plus haut niveau par le Service de sécurité de la GRC. Le litige entre la Couronne et la défense porte sur les fins pour lesquelles l'opération e a eu lieu et les conséquences juridiques qui en découlent.

f La défense soutient que l'opération «Ham» a eu lieu dans le but d'obtenir des renseignements importants pour le Service de sécurité de la GRC, dans le cadre de l'exécution de son mandat dans les domaines suivants:

a) Une enquête sur les fuites de renseignements classifiés du gouvernement fédéral, transmis par des fonctionnaires à des membres du PQ. La GRC était en possession de renseignements indiquant que plusieurs membres influents du PQ avaient organisé un réseau activement engagé dans la collecte de telles informations. Leurs activités consistaient notamment à tenter de recruter des membres de la GRC afin d'obtenir certains renseignements secrets intéressant le PQ.

b) Une enquête sur l'ingérence de plusieurs gouvernements étrangers—tant «amicaux» qu'«hostiles»—dans les affaires internes du Canada par le biais d'une collaboration clandestine avec des mouvements séparatistes du Québec et d'un appui donné à ces mouvements. À cet égard, la GRC avait reçu une demande écrite d'un haut fonctionnaire du bureau du Premier ministre demandant une enquête au sujet d'une contribution clandestine de \$350,000 fournie au PQ par un gouvernement étranger.

i On se rappellera que les questions mentionnées aux paragraphes a) et b) sont liées puisque les membres du PQ impliqués dans les tentatives d'obtention de renseignements confidentiels du gouvernement communiquaient aussi avec les agents des gouvernements étrangers précités.

j c) Une enquête afin de prévenir des actes terroristes qui seraient commis dans le but de promouvoir l'indépendance du Québec.

The R.C.M.P. was determined to prevent renewed acts of terrorism rather than to merely react after the fact, as had happened in the Cross and Laporte cases in 1970. In this context, it was important for the Security Service to keep track of the location and activities of known terrorists and their supporters.

Although there were indications of a possible renewal of terrorism, Pierre Vallières, who had preached violence in support of Quebec independence, had recently appeared to change his strategy, appealing to his followers to renounce violence in favour of political activity through organizations such as the P.Q. The Security Service wished to learn a) how many persons who had been involved in terrorist activities had joined the P.Q., b) where those persons were located and what they were doing and c) whether there were significant groupings of them in any of the P.Q. riding associations.

The reasons for Operation Ham, the thinking that led to it and the explanation as to how the information recorded on the P.Q. tapes was related to the investigations being conducted by the R.C.M.P. Security Service at the relevant times, is found in the testimony of Maurice Goguen, Gilbert Albert and Robert Potvin at the trial of Inspector Claude Vermette, one of the alleged co-conspirators, that took place before a judge of the Quebec Superior Court, sitting with a jury, in the spring of 1982. Messrs. Goguen and Albert were called by the Crown and Mr. Potvin testified for the Defence. All three were members of the Security Service at the relevant times and were involved with the Ham Operation, the first two in Montreal and the third in Ottawa. All three are indicted as alleged co-conspirators. It was during the cross-examination of Mr. Potvin by Crown counsel that the Premier of Quebec unleashed a tirade in the National Assembly that led the presiding judge, Madam Justice Claire Barrette-Joncas, to declare a mistrial on May 7, 1982. This was followed by a stay of proceedings ordered by Mr. Justice Benjamin Greenberg of the Superior Court on October 1st, 1982, an order from which the Crown has appealed.

The debate between the Crown and Defence is not restricted to issues of law but extends to important questions of fact, namely the very purpose for which "Operation Ham" was conceived and executed. In his examination of Maurice Goguen and his cross-examination of Robert Potvin, Mr. Jean-Pierre Bonin for the Crown challenged the explanations given by them. He strongly suggested that the real purpose for Operation Ham was that of identifying separatists in the federal and provincial governments in order to prevent their promotion, and that all the other reasons referred to above were created as justifications after the fact

In order to defend themselves, the accused must be able to explain fully to the jury the context in which and the purposes for which "Operation Ham" was undertaken. They cannot do this unless they are permitted to have access to, testify about and produce in court the documents that they worked with and relied upon at material times in connection with the very matters that the operation involved. The fact that the case concerns events that occurred almost eleven years ago accentuates the need for this material. In this connection, we refer your Lordship to Appendix 3, which includes the relevant testimony of Messrs. Goguen, Albert and Potvin at the Vermette trial, where they express the difficulties flowing from the prohibition

La GRC était décidée à empêcher le renouvellement d'actes de terrorisme plutôt que de se borner à réagir après coup, comme ce fut le cas dans les affaires Cross et Laporte en 1970. Dans ce contexte, il importait que le Service de sécurité puisse suivre les déplacements et les activités des terroristes avoués et de leurs partisans.

a Malgré certaines indications d'un renouveau possible du terrorisme, Pierre Vallières, qui avait prêché la violence pour promouvoir l'indépendance du Québec, avait récemment semblé changer de stratégie, appelant ses disciples à renoncer à la violence en faveur d'une activité politique au sein d'organisations comme le P.Q. Le Service de sécurité désirait savoir: a) combien de ceux qui avaient été impliqués dans des activités terroristes avaient rejoint les rangs du P.Q.; b) où ils étaient et quelles étaient leurs activités; c) s'ils formaient des groupes importants dans certaines associations de comté du P.Q.

c Les justifications de l'opération «Ham», le raisonnement qui y a conduit et le rapport qui existe entre les enregistrements du P.Q. et l'enquête ouverte par le Service de sécurité de la GRC, aux époques en cause, sont exposés dans les témoignages de Maurice Goguen, de Gilbert Albert et de Robert Potvin au procès de l'inspecteur Claude Vermette, l'un des prétendus auteurs du complot, tenu devant un juge et un jury en Cour supérieure du Québec au printemps 1982. MM. Goguen et Albert avaient été cités par la Couronne et M. Potvin par la défense. Tous trois étaient membres du Service de sécurité à l'époque et avaient été impliqués dans l'opération «Ham», les deux premiers à Montréal, et le troisième à Ottawa. Tous trois sont inculpés de complot. C'est au cours du contre-interrogatoire de M. Potvin par l'avocat de la Couronne que le Premier ministre du Québec, devant l'Assemblée nationale, a fait cette tirade qui a conduit le président du tribunal, madame Claire Barrette-Joncas, à prononcer l'annulation du procès pour vice de forme dirimant le 7 mai 1982, puis au sursis d'instance ordonné par le juge Benjamin Greenberg de la Cour supérieure le 1^{er} octobre 1982, ordonnance dont la Couronne a formé appel.

g Le débat entre la Couronne et la défense n'est pas limité à des points de droit; il met aussi en cause d'importantes questions de fait, dont le but en vue duquel l'opération «Ham» a été conçue et exécutée. Au cours de l'interrogatoire de Maurice Goguen et du contre-interrogatoire de Robert Potvin, M^c Jean-Pierre Bonin, procureur de la Couronne, a contesté leurs explications. Il a laissé entendre que le véritable objet de l'opération «Ham» était d'identifier les séparatistes travaillant pour les gouvernements fédéral et provincial, afin de ne pas leur donner de promotions, les autres raisons fournies ci-dessus n'étant que des justifications après le fait

i Pour se défendre, les accusés doivent pouvoir expliquer pleinement au jury le contexte et les buts de l'opération «Ham». Ils ne le peuvent pas si on leur interdit l'accès aux documents concernant les questions liées à cette opération et sur lesquels ils se sont appuyés à l'époque, et si on les empêche de témoigner à leur sujet et de les produire devant le tribunal. Le fait que l'affaire concerne des événements datant de près de onze ans accentue la nécessité d'obtenir ces pièces. À cet égard, nous renvoyons Votre Seigneurie à l'appendice 3 qui contient les extraits pertinents des témoignages de MM. Goguen, Albert et Potvin au procès Vermette, où ils exposent les difficultés découlant de l'interdiction qui leur est faite d'avoir accès aux dossiers

against their having access to, referring to the contents of, or producing in court the files and documents that they worked with at the relevant times. The said documents are those described in the subpoena to Mr. Osbaldeston and at paragraphs 1 to 24 of the subpoena to the Respondent. Paragraphs 2 and 3 of the certificate relate to them.

The foregoing relates principally to the circumstances and purposes of "Operation Ham". Documents are required as well in order to support the submission by the accused that they believed the operation to be lawful, since surreptitious entries for the purpose of obtaining information required for national security (known as "Puma" operations) were a well-established, official method of operation within the R.C.M.P. Security Service.

The documents described in paragraphs 25 to 28 of the subpoena to Mr. F. Gibson and at paragraph 2 of the certificate deal with various aspects of such operations, including R.C.M.P. policies, objectives, guidelines, planning and financing.

In theft, the state of mind of an accused is particularly relevant to his guilt or innocence. The mere taking of another's property is not in itself a crime. The taking must be done not only with intent to deprive that person, temporarily or absolutely, of his property, but must be done "fraudulently and without colour of right". The defence in the present case not only denies an intent to deprive the owners of the tapes of their property, either temporarily or permanently, but denies as well that the acts which form the subject of these charges were done "fraudulently and without colour of right".

At the Vermette trial Crown counsel questioned witnesses as to the reasons for the Ham Operation and expressed the view that such testimony was relevant. The presiding Judge, Madam Justice Claire Barrette-Joncas, ruled that the reasons for the operation were admissible as relevant to the state of mind of those who participated in its planning or execution.

The Applicants Goguen and Albert will submit at their trial that they acted in good faith, for serious reasons connected to their duties as members of the R.C.M.P. Security Service and based on the information available to them through the various files and documents that they worked with. They will submit as well that they acted in the honest belief that their actions were lawful. The documents described in both subpoenas and objected to in the certificate are required by them in order to support their defence to the effect that Operation Ham was undertaken for the reasons indicated above, on the basis of information referred to above and in the belief as to its legality referred to above.

The objection made by the Respondent, should it stand, will prevent the accused from explaining to the jury why they performed the acts complained of and will deprive them of essential evidence required in support of their defence.

Respondent's Case

The respondent's answer to this is that:

et documents avec lesquels ils ont travaillé à l'époque, de se référer à leur contenu et de les produire devant le tribunal. Les documents en question sont décrits dans la citation visant M. Osbaldeston et aux paragraphes 1 à 24 de celle qui concerne l'intimé. Les paragraphes 2 et 3 de l'attestation s'y rapportent.

a

Ce qui précède traite principalement des circonstances et des buts de l'opération «Ham». Certains documents sont nécessaires aussi pour démontrer que les accusés croyaient l'opération licite puisque les visites clandestines, afin de réunir des informations nécessaires à la sécurité nationale (appelées opérations «Puma»), étaient un mode d'opération officiel bien établi du Service de sécurité de la GRC.

b

Les documents décrits aux paragraphes 25 à 28 de la citation adressée à M. F. Gibson, et au paragraphe 2 de l'attestation, traitent des divers aspects de ces opérations, notamment de la stratégie, des objectifs, des directives, de la planification et du financement de la GRC.

d Dans le vol, l'état d'esprit de l'inculpé peut décider de sa culpabilité ou de son innocence. S'emparer du bien d'autrui n'est pas en soi un crime. L'appropriation doit se faire non seulement avec l'intention de priver le propriétaire, provisoirement ou définitivement, de son bien, mais elle doit aussi être «frauduleuse et sans apparence de droit». La défense en l'espèce non seulement nie qu'il y a eu intention de priver les propriétaires des bandes leur appartenant, provisoirement ou définitivement, mais aussi que les actes qui font l'objet de l'inculpation n'ont pas été fait «frauduleusement et sans apparence de droit».

e

f Au procès Vermette, l'avocat de la Couronne a interrogé des témoins sur les motifs de l'opération «Ham», estimant qu'il s'agissait de points pertinents. Le président du tribunal, madame Claire Barrette-Joncas, a jugé les raisons de l'opération admissibles, parce que révélatrices de l'état d'esprit de ceux qui ont participé à son élaboration et à son exécution.

f

g Les requérants Goguen et Albert entendent soutenir à leur procès qu'ils ont agi de bonne foi, pour des raisons graves, liées à leurs fonctions d'agents du Service de sécurité de la GRC, sur le fondement des renseignements que leur avaient fournis divers dossiers et documents de travail. Ils soutiendront aussi qu'ils ont agi en croyant honnêtement que leurs actes étaient licites. Les documents décrits dans les deux citations et auxquels on s'oppose dans l'attestation leur sont nécessaires pour corroborer leur défense selon laquelle l'opération «Ham» a été entreprise pour les raisons précitées, en s'appuyant sur les renseignements précités et dans la croyance en sa légalité, comme il est affirmé ci-dessus.

g

h

i L'opposition de l'intimé, si elle devait être reçue, ne permettra pas aux accusés d'expliquer au jury pourquoi ils ont agi de la manière dont on se plaint et les privera de preuves essentielles à leur défense.

i

j L'argumentation de l'intimé

Voici ce que répond l'intimé:

1. Under subsection 36.1(2) the onus is on the applicants to show that "in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest", that this onus is particularly heavy where the specified public interest is the preservation from injury of national security or international relations or, as in this case, both, that the preservation of national security and international relations has been recognized as a higher public concern than the protection of other public interests and that where, as here, the certificate reveals a valid and well-founded claim for public interest immunity the courts have been reluctant to inspect documents under objection and this is particularly so where the public interest invoked is the protection from injury of national security or international relations. The courts have recognized as well that information relating to national security or international relations may require immunity from disclosure indefinitely or long after information privileged on other grounds might safely be disclosed.

2. On an application of this kind the Court should proceed in two stages, that is to say, to determine first whether on the evidence for and against disclosure there is any need for the Court to examine the documents and that if the certificate and any supporting material indicate that there has been a careful consideration of the documents requested and provide clear and convincing reasons for non-disclosure, as it was submitted they do in this case, the Court should dismiss the application without examining the documents save in exceptional circumstances which may be made out in a criminal case, but which are not made out here, where an applicant has demonstrated that a particular document of which he seeks production contains information that is necessary to establish his innocence. Only if the Court concludes that it is necessary to examine a document should the Court proceed to make such examination to weigh the competing interests and to determine whether the public interest in non-disclosure has been outweighed.

1. En vertu du paragraphe 36.1(2), c'est aux requérants qu'il appartient de démontrer «qu'en l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation»; ce fardeau est particulièrement lourd lorsque l'intérêt public en cause consiste à protéger contre tout préjudice la sécurité nationale ou les relations internationales ou, comme en l'espèce, les deux. La préservation de la sécurité nationale et des relations internationales a été reconnue comme une considération plus élevée que la protection d'autres intérêts publics; et lorsque, comme en l'espèce, l'attestation comporte une prétention valide et bien fondée à l'immunité d'intérêt public, les tribunaux répugnent à prendre connaissance des documents faisant l'objet de l'opposition, en particulier lorsque l'intérêt public invoqué est la protection de la sécurité nationale ou des relations internationales. Les tribunaux ont aussi reconnu que des renseignements relatifs à la sécurité nationale ou aux relations internationales peuvent devoir demeurer secrets indéfiniment, ou longtemps après que d'autres informations jugées confidentielles pour d'autres raisons peuvent être divulguées en toute sécurité.

2. Saisie d'une demande de ce genre, la Cour devrait procéder en deux temps: déterminer d'abord si, d'après les preuves réunies tant en faveur qu'à l'encontre de la divulgation, il lui est nécessaire de prendre connaissance des pièces; si l'attestation, et toute pièce jointe à l'appui, montrent que les documents demandés ont été soigneusement examinés et si elles donnent des raisons claires et convaincantes en faveur du secret, comme on le prétend en l'espèce, la Cour doit rejeter la demande sans prendre connaissance des documents, sauf dans les circonstances exceptionnelles d'une affaire criminelle, inexistantes dans le cas d'espèce, où le requérant démontrerait qu'un document particulier, dont il demande la production, contient les renseignements nécessaires à la démonstration de son innocence. Si la Cour conclut qu'il est nécessaire de prendre connaissance du document, et uniquement dans ce cas, la Cour en prend alors connaissance, met en balance les intérêts opposés et décide si l'intérêt public assuré par le maintien du secret doit céder le pas.

3. The applicants have failed to demonstrate that the Court should examine any of the documents in that:

(a) in seeking production of some 8,200 pages of documents, they have failed to establish that any of the documents probably contains specific information necessary to establish innocence;

(b) they have failed to advance even a *prima facie* case that there is information contained in any of the documents that is necessary to establish innocence; and

(c) they have failed to show that they are unable to advance the issues they wish to put before the trial court.

4. The applicants do not need the documents. Their defence that they did not act fraudulently or without colour of right can be established by their personal testimony without any documents, that in order to use documents to support such a defence it must be demonstrated that they had read the documents and that they were the basis for their belief in the lawfulness of their actions, that if the documents had not been read by the applicants they cannot be necessary or even relevant to the defence and that the applicants have not shown either that they had read the documents or that the documents constituted the basis of a genuine belief that they may have had in the lawfulness and morality of the operation.

5. The evidence given by the applicants before the McDonald Commission demonstrates that any belief the applicants may have had as to the lawfulness and morality of Operation Ham was founded, not on the contents of any of the documents in question but on directives that they received from superiors to carry out the operation and their belief that they would never be required by their superiors to participate in unlawful or immoral activities. The existence of such directives is not in dispute and are contained in Appendices 4 and 5.

On these bases the respondent submitted that:

(a) the applicants have failed to demonstrate that the Court should examine any documents; and

3. Les requérants ne sont pas parvenus à démontrer que la Cour devrait prendre connaissance des documents car:

a) en demandant la production de quelque 8,200 pages de documents, ils ne sont pas parvenus à établir qu'un seul de ces documents contient en toute probabilité des renseignements précis nécessaires à la démonstration de leur innocence;

b) ils ne sont pas parvenus à administrer un commencement de preuve qu'un seul de ces documents contient des informations nécessaires à la démonstration de leur innocence;

c) ils ne sont pas parvenus à démontrer qu'ils sont dans l'impossibilité de faire valoir les points dont ils veulent saisir la juridiction d'instruction.

4. Les requérants n'ont pas besoin de ces documents. Dans leur système de défense, ils peuvent établir par leur propre témoignage, sans preuve littérale, qu'ils n'ont pas agi frauduleusement ni sans apparence de droit. Pour faire appel à ces documents dans ce système de défense, il leur faut établir qu'ils ont lu les documents et que c'est pour cela qu'ils croyaient leurs actions licites. Si les requérants n'ont pas lu les documents, ils ne peuvent être ni nécessaires ni importants pour leur défense; or, les requérants n'ont pas démontré qu'ils ont lu les documents ni que ceux-ci les ont amenés à croire sincèrement que l'opération était licite et morale.

5. Les dépositions des requérants devant la Commission McDonald démontrent que leur impression que l'opération «Ham» était licite et morale ne résultait pas de la teneur de l'un des documents en cause, mais des directives reçues de leurs supérieurs quant à l'exécution de ces opérations et du fait qu'ils croyaient que leurs supérieurs n'exigeraient jamais qu'ils s'engagent dans des activités illicites ou immorales. L'existence de ces directives n'est pas contestée; on les retrouve aux appendices 4 et 5.

En conséquence, l'intimé fait valoir que:

a) les requérants n'ont pu démontrer que le tribunal devrait prendre connaissance des documents; et que

(b) in any event they have failed to demonstrate that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in the preservation from injury of national security and international relations.

Importance of Public Interest in National Security and International Relations

Turning first to the importance of the public interest in national security and international relations, I was not referred to nor have I found in the material before me anything which would afford any reason to doubt or to discount the opinion expressed by the respondent in the certificate that disclosure of what is sought would be injurious to national security or international relations or which would challenge or rebut what is contained in the respondent's secret affidavit. I must conclude, therefore, that to disclose the information sought would be injurious to national security and international relations in the ways set out in the certificate and affidavit. I must note, however, without wishing to be critical, that a certificate which identifies, as this one does, the information to the disclosure of which objection is taken, by reference to the information in a multitude of documents, some of which are in themselves voluminous, which has not already been made public by the report of the McDonald Commission, leaves this Court as well as the Superior Court with the task of discerning the subject-matter of the objection by reference to a vague formula rather than by an intelligible description by which particular items can be identified. In addition, there is little if anything in the certificate or the secret affidavit or elsewhere in the material to afford a basis for estimating or assessing the gravity of the danger or the injury that might result from disclosure of any particular information. What impresses me, as much as anything else in the material, as indicating the gravity of the risk to national security and international relations is the large volume and comprehensiveness of the material demanded, the disclosure of which, as it seems to me, could but lay bare to the world the whole structure of the Security Service with its strengths and its shortcomings, its methods and techniques, its resources, its policies and its tar-

b) de toute façon, ils n'ont pas démontré que l'intérêt public dans la divulgation prévaut sur l'intérêt public qu'il y a à éviter tout préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales.

L'importance de l'intérêt public dans le maintien de la sécurité nationale et des relations internationales

En premier lieu, pour ce qui est de l'importance de l'intérêt public dans le maintien de la sécurité nationale et des relations internationales, on ne m'a rien cité, et je n'ai rien trouvé dans les pièces soumises qui permette de mettre en doute ou d'écarter l'opinion exprimée par l'intimé dans l'attestation, selon laquelle la divulgation de ce qui est demandé serait préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales, et rien non plus qui mette en cause ou réfute le contenu de l'affidavit secret de l'intimé. Je dois donc conclure que la divulgation de l'information demandée porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales de la façon énoncée dans l'attestation et dans l'affidavit. Je dois faire observer toutefois, sans vouloir paraître critique, qu'une attestation qui, comme celle-ci, se borne à identifier les renseignements dont on refuse la divulgation, par référence au contenu d'une multitude de documents, dont certains sont eux-mêmes volumineux, et qui n'ont pas déjà été rendus publics par le rapport de la Commission McDonald, laisse à la Cour, ainsi qu'à la Cour supérieure, la tâche ingrate de découvrir l'objet de l'opposition sur la foi d'une vague formule, alors qu'une description intelligible aurait permis de reconnaître les différents documents. De plus, rien dans l'attestation ni dans l'affidavit secret, ni ailleurs dans les pièces, ne fournit un critère d'évaluation de la gravité du danger ou du préjudice pouvant résulter de la divulgation de tel ou tel renseignement particulier. Indépendamment de ce que peuvent contenir ces pièces, la meilleure indication de la gravité du risque pour la sécurité nationale et les relations internationales, réside dans la quantité et la portée des documents demandés; leur divulgation, à mon avis, pourrait révéler au monde entier l'ensemble de la structure du Service de sécurité, ses points forts et ses faiblesses, ses méthodes et ses techniques, ses ressources, ses stratégies et ses cibles, et

gets, and its relationship with friendly foreign security agencies as well.

In national security matters and international relations, secrecy is essential. The price in time and effort put forth to assemble and sift information is high. The process is continuous. It is carried out in the interests of public safety. What is purchased by the efforts expended is easily injured or lost by publication of information that should be kept secret.

Further, though the information to which this application applies is all at least ten years old, I do not think that its disclosure can on that account be regarded as any the less likely to cause injury. As was pointed out in at least one of the cases referred to, secrets relating to national security may require to be preserved indefinitely. See *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*¹⁸. I should think that the same would apply to secrets relating to international relations. The view expressed by Gibbs A.C.J. in *Sankey v. Whitlam*¹⁹ is to that effect. In neither instance is a period of ten to twenty years of much significance in reducing the likelihood of injury resulting from disclosure.

Finally, I regard it as a circumstance to be taken into account that Canada is not presently at war. If a state of war existed I doubt that anyone would argue that the importance of the public interest in national security was not greater than the importance of the public interest in the administration of justice for in a war situation the lives of all citizens may be in jeopardy. That the country is not at war militates somewhat in favour of the applicants but, in the present day state of international affairs, political terrorism and subversion, not much. Eternal vigilance is as necessary as it always has been to maintain the security of the nation.

Importance of Public Interest in Disclosure

Now, what of the importance of the competing public interest, that of the proper administration of justice, that justice may not miscarry. Counsel properly emphasized that the case for which the documents are required is a prosecution for alleged criminal offences and that the purpose for which

ses rapports avec les services de renseignements étrangers alliés.

En matière de sécurité nationale et de relations internationales, le secret est de rigueur. Le temps et l'effort consacrés à rassembler et à trier l'information sont considérables. Le processus est continu. Il se fait dans l'intérêt de la sécurité publique. Ce qui est acquis par tous ces efforts est vite compromis, voire perdu, par la révélation de renseignements qui devraient demeurer secrets.

En outre, bien que les renseignements concernés par cette demande datent d'au moins dix ans, je ne pense pas que leur divulgation puisse être considérée pour cela moins préjudiciable. Comme on l'a souligné au moins dans l'une des affaires citées, certains secrets de la sécurité nationale peuvent devoir être gardés ainsi indéfiniment. Voir *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*¹⁸. Je pense qu'il en est de même des secrets liés aux relations internationales. L'opinion exprimée par le juge en chef adjoint Gibbs de la Cour d'appel dans l'arrêt *Sankey v. Whitlam*¹⁹, va dans le même sens. Dans les deux cas, dix ou vingt ans ne sauraient réduire le danger d'une divulgation dommageable.

Enfin, il faut tenir compte de ce que le Canada n'est pas actuellement en guerre. Si un état de guerre existait, je doute que l'on puisse soutenir que l'intérêt public dans la sécurité nationale n'est pas supérieur à l'intérêt public dans la bonne administration de la justice; car en temps de guerre, la vie de tous les citoyens est en péril. Le fait que le pays ne soit pas en guerre joue un peu en faveur des requérants mais, dans l'état actuel des relations internationales, du terrorisme politique et de la subversion, fort peu. Il faut maintenir une vigilance constante, comme on l'a toujours fait, pour assurer la sécurité de la nation.

L'importance de l'intérêt public dans la divulgation

Mais, qu'en est-il alors de l'importance de l'intérêt public contradictoire, en matière d'administration de la justice, qui veut que justice soit faite? Les avocats ont, à juste titre, rappelé que la demande de documents est faite à l'occasion d'une poursuite pour infractions criminelles et qu'elle a

¹⁸ [1976] 1 Q.B. 752, at p. 770.

¹⁹ (1978), 21 ALR 505 (H.C.), at p. 528.

¹⁸ [1976] 1 Q.B. 752, à la p. 770.

¹⁹ (1978), 21 ALR 505 (H.C.), à la p. 528.

the documents and information are required is that of defending the applicants against the charges. That, undoubtedly, is an important consideration to be taken into account, important because conviction alone would be a serious matter for the applicants, important as well because the punishment might be imprisonment for a not inconsiderable term. But the offences charged are not capital and, without speculating as to what punishment would be likely to follow conviction, it does not appear to me that, in the circumstances as to what the applicants were engaged in doing in the "Ham" operation, one ought to give the prospect of severe punishment undue weight in the scale.

Another circumstance which it seems to me to be proper to take into account is the relevancy of the information and documents sought to the issues that are likely to arise at the trial. I do not think it is feasible at this stage to isolate particular issues and to consider the relevancy of the documents or information to them. Nor do I think that the usefulness to the defence of such documents and information can be confined to documents which the applicants had read and information of which they had knowledge at the material time. I shall therefore assume that, if tendered, the documents and information sought would be admitted in evidence and would be relevant to one or another of the issues. Nevertheless, I have the impression that some, perhaps many, of the documents may have next to no relevance at all. I also have the impression that the relevance of most if not all of them is unlikely to be anything but peripheral, at the outer limits of admissibility, and useful, if at all, only as confirming by their mere existence such direct evidence as there may be on a particular issue. From their descriptions I do not perceive that any of the items is by itself evidence of a fact to be proved to establish the defences indicated by the applicants in their memorandum of points to be argued.

In their affidavits the applicants express their belief that the documents and information in them are essential to their defences. That is understandable. Their careers and liberty are in jeopardy. I do not discredit that they hold such beliefs. But the belief of the applicant Albert is based not on

pour objet d'assurer la défense des requérants sur qui pèsent ces charges. Il est certain que cela constitue une considération importante à prendre en compte, importante car la simple déclaration de culpabilité aurait des conséquences graves pour les requérants, importante aussi parce que la peine prononcée pourrait être un emprisonnement d'une durée non négligeable. Mais les infractions visées par l'inculpation ne sont pas parmi les plus graves et, sans m'avancer sur la peine éventuellement imposée au cas où il y aurait déclaration de culpabilité, je ne crois pas que, vu les circonstances des agissements des requérants dans le contexte de l'opération «Ham», il faille faire peser le risque d'une peine sévère trop lourdement dans la balance.

Autre circonstance dont il faudrait, je pense, tenir compte, c'est la pertinence de l'information et des documents demandés par rapport aux points qui seront vraisemblablement soulevés au procès. Je ne crois pas qu'il soit possible, à ce stade, d'isoler des points précis et de juger de la pertinence des documents ou des renseignements à leur égard. Je ne crois pas non plus que les documents et renseignements utiles pour la défense se limitent aux documents que les requérants ont lus et à l'information dont ils ont eu connaissance à l'époque. Je présume donc que, s'ils étaient fournis, les documents et leur contenu seraient admis et pertinents. Néanmoins, j'ai l'impression que certains, sinon un grand nombre, peuvent n'avoir aucune pertinence. J'ai aussi l'impression que la plupart ou la totalité des documents n'ont probablement qu'un rapport lointain avec les points en cause, qu'ils se situent à l'extrême limite de l'admissibilité et qu'ils ne seront utiles, dans le meilleur des cas, que pour confirmer l'existence même des preuves directes qu'il pourrait déjà y avoir. D'après leur description, je ne pense pas qu'un des documents fasse par lui-même preuve d'un fait nécessaire au système de défense choisi par les requérants dans leur mémoire des points à plaider.

Dans leurs affidavits, les requérants disent que les documents et ce qu'ils contiennent sont essentiels à leur système de défense. C'est compréhensible. Leur carrière et leur liberté sont en péril. Je ne doute pas de leur bonne foi. Mais le requérant Albert ne se fonde pas sur ce qu'il sait personnelle-

personal knowledge but on information given to him by his counsel as to the need for the documents and information. And the affidavit of the applicant Goguen includes the expressions "are very likely to contain" and "I might be deprived of the means of proper presentation of my case." After giving the matter the best consideration I can give it, I am unable to regard the disclosure of the documents and information as being of critical importance to the defences of the applicants, particularly having regard to the availability to them of witnesses who will be able to give in general terms evidence of at least some of the matters that they express their need to prove to confirm their own evidence.

Relative Importance of the Conflicting Public Interests

On the whole of the material before me I am of the opinion that in the circumstances of this case not only is the importance of the public interest in national security and international relations not outweighed by the importance of the public interest in the proper administration of justice but that the evidence preponderates heavily in favour of the importance of the former as outweighing the importance of the latter. In such circumstances, it is, in my view, unnecessary that I should call for or examine any of the documents or information in question and undesirable that I should do so both because the authority to examine should only be exercised when necessary and because in all the circumstances I do not see any reason to suppose that an examination of the documents would indicate that the documents or information therein should be disclosed or that such an examination would otherwise serve any useful purpose.

In the course of argument, counsel for the applicants stressed their rights under the common law, the *Criminal Code* of Canada, the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C. 1970, Appendix III], and 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.), to make full answer and defence. Such rights are not open to challenge. But they are not in issue here. What subsection 36.1(2) calls for is a determination of which of two conflicting public interests outweighs the other in importance. Whether the effect of such a determination when

ment mais sur ce que lui a dit son avocat sur la nécessité d'obtenir ces documents et renseignements. Et l'affidavit du requérant Goguen comporte des expressions comme «contiennent vraisemblablement» et «je pourrais être privé de moyens de défense adéquats». Après avoir donné à la question toute l'attention que je puis lui donner, je suis incapable de considérer la divulgation de ces documents et renseignements comme indispensable au système de défense des requérants, compte tenu notamment des témoins qu'ils peuvent citer afin de témoigner en termes généraux sur au moins certains points qu'ils disent devoir prouver pour corroborer leurs propres témoignages.

L'importance relative des divers intérêts publics en conflit

D'après l'ensemble des pièces dont je suis saisi, je suis d'avis que, dans le cas d'espèce, non seulement l'intérêt public dans la sécurité nationale et dans les relations internationales n'est pas surpassé par l'intérêt public dans la bonne administration de la justice, mais même que la preuve administrée est fortement prépondérante en faveur du premier et que le second doit donc lui céder le pas. C'est pourquoi il n'est pas, à mon avis, nécessaire que je demande à prendre connaissance de l'un quelconque des documents ou renseignements en question; cela n'est pas souhaitable car le pouvoir donné à cette fin ne doit être exercé qu'en cas de nécessité et, compte tenu de l'ensemble du cas d'espèce, je ne vois aucune raison de supposer que l'examen des documents et de leur contenu révélerait qu'ils doivent être divulgués ou qu'un tel examen servirait quelque autre fin utile.

Au cours des plaidoiries, les avocats des requérants ont mis l'accent sur leur droit, en vertu de la *common law*, du *Code criminel* du Canada, de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chap. 44 [S.R.C. 1970, Appendice III] et 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, chap. 11 (R.-U.), à une défense pleine et entière. Ce droit n'est pas contesté. Mais il n'est pas en cause ici. Ce que demande le paragraphe 36.1(2), c'est une décision au sujet de l'importance relative de deux intérêts publics en conflit. Le point de

made is to interfere in any way with the right to make full answer and defence is, as it seems to me, a matter for the Court which tries the accused. It is not to be decided on this application nor is the possible effect on the accused's right of the determination that is to be made here something to be taken into account in making the determination.

I am accordingly of the opinion that in the circumstances of this case as disclosed by the material before me the importance of the public interest in maintaining the documents and information in them immune from disclosure on the grounds that their disclosure would be injurious to national security and international relations is not outweighed in importance by the public interest in disclosure and I so determine. It follows that the objections taken in the certificate should be upheld and that this application fails and should be dismissed.

savoir si une telle décision porte atteinte de quelque manière au droit de la défense est, me semble-t-il, une question que doit trancher le tribunal saisi de l'inculpation. Cette question ne peut être résolue sur la présente demande, pas plus que l'effet possible sur le droit de l'accusé de la décision à rendre en l'espèce ne doit être prise en compte lorsqu'il s'agit de la rendre.

En conséquence, je suis d'avis que, dans le cas d'espèce, vu les pièces dont je suis saisi, l'intérêt public dans la non-divulgence des documents et de leur contenu, en raison du préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales que causerait leur divulgation, l'emporte sur l'intérêt public dans leur divulgation. Telle est ma décision. Il est donc fait droit aux oppositions énoncées dans l'attestation et la demande doit être rejetée.