

A-616-83

A-616-83

**Maurice Goguen and Gilbert Albert (Appellants)**

v.

**Frederick Edward Gibson (Respondent)**

Court of Appeal, Ryan, Le Dain and Marceau JJ.—Ottawa, October 31 and November 1, 2, 3, 4 and 7, 1983; January 10, 1984.

*Evidence — Objection to disclosure under Canada Evidence Act, s. 36.1(1) — Records of R.C.M.P. Security Service — Disclosure sought by persons charged with conspiring to break, enter and commit theft — Theft of Parti québécois tapes of membership list by R.C.M.P. — Defence requiring records to prove entry authorized for investigation of foreign intervention and terrorist infiltration of separatist movement — Right to full answer and defence — Credibility — Chief Justice upholding objection on s. 36.1(2) application without examining records — Inspection matter of discretion — Undertaken only when necessary — No inspection where it could not change view public interest in non-disclosure outweighing public interest in disclosure — Court having power to order partial disclosure subject to conditions that would prevent injury to national security — Disclosure of information likely to injure national security and international relations — Importance of disclosure to defence of criminal charges outweighed — Appeal dismissed — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4), ss. 36.1, 36.2, 36.3 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 283 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3) — R.S.C., Ord. 24, r. 13 (Eng.).*

This is an appeal from the judgment of Thurlow C.J. reported at [1983] 1 F.C. 872. The appellants, who were R.C.M.P. officers, were committed for trial on charges of breaking and entering and committing theft, and of conspiring to do so. These charges related to the appellants' involvement in "Operation Ham", an operation of the R.C.M.P.'s Security Service in which premises were surreptitiously entered and computer tapes recording the membership list of the Parti québécois were removed. The appellants did not deny their participation in the Operation; however, they planned to argue, in their defence, that the taking of the tapes did not constitute "theft" as defined in the *Criminal Code*, because it was not done fraudulently and without colour of right. The appellants anticipated that, in trying to establish the factual elements of this defence, they would encounter serious problems of credibility. Therefore, with a view to supporting other evidence, they obtained a subpoena requiring the production of Security Service documentation comprising several thousand pages. The respondent (the Deputy Solicitor General) replied with a certificate under

**Maurice Goguen et Gilbert Albert (appelants)**

c.

**a Frederick Edward Gibson (intimé)**

Cour d'appel, juges Ryan, Le Dain et Marceau—Ottawa, 31 octobre et 1<sup>er</sup>, 2, 3, 4 et 7 novembre 1983; 10 janvier 1984.

*b Preuve — Opposition à la divulgation en vertu de l'art. 36.1(1) de la Loi sur la preuve au Canada — Archives du Service de sécurité de la GRC — Divulgence demandée par des personnes accusées de concertation avec des tiers pour commettre un vol par effraction — Vol par la GRC de bandes magnétiques sur lesquelles était enregistrée la liste des adhérents au Parti québécois — Le système de défense exige la production de documents pour prouver que l'entrée clandestine avait été autorisée dans le cadre d'une enquête concernant l'ingérence de gouvernements étrangers et l'infiltration du mouvement séparatiste par des terroristes — Droit à une réponse et à une défense pleines et entières — Crédibilité — Le juge en chef a fait droit à l'opposition à la demande en vertu de l'art. 36.1(2) sans avoir examiné les documents — L'inspection est une mesure discrétionnaire — Elle n'est prise que lorsque nécessaire — Pas d'inspection si elle ne peut modifier l'opinion selon laquelle l'intérêt public dans la non-divulgence e l'emporte sur l'intérêt public dans la divulgation — La Cour est habilitée à ordonner la divulgation de certains documents seulement selon des conditions qui empêcheraient de porter atteinte à la sécurité nationale — La divulgation des renseignements serait probablement préjudiciable à la sécurité nationale et aux relations internationales — Le préjudice f l'emporte sur l'importance de la divulgation pour la défense contre les accusations criminelles — Appel rejeté — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4), art. 36.1, 36.2, 36.3 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 283 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 41 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 3) — R.S.C., ord. 24, règle 13 (Angl.).*

*g Appel est interjeté d'un jugement du juge en chef Thurlow publié dans [1983] 1 C.F. 872. Les appelants, qui étaient agents de la GRC, ont été envoyés à leur procès sur des accusations de vol avec effraction et de concertation avec des tiers en vue de commettre un vol avec effraction. Les accusations portaient sur la participation des appelants à l'opération «Ham», une opération du Service de sécurité de la GRC au cours de laquelle des individus sont entrés clandestinement dans certains locaux et se sont emparés des bandes informatiques sur lesquelles était enregistrée la liste des membres du Parti québécois. Les appelants n'ont pas nié leur participation à l'opération; toutefois, ils avaient l'intention d'alléguer comme moyen de défense que la prise des bandes magnétiques n'était pas un «vol», tel que défini dans le Code criminel, parce qu'elle n'avait pas été faite frauduleusement et sans apparence de droit. Les appelants prévoient qu'ils auraient à faire face à de graves problèmes de crédibilité pour essayer d'établir les faits pour leur système de défense. Par conséquent, afin d'étayer les autres éléments de preuve, ils ont obtenu un subpoena ordon-*

subsection 36.1(1) of the *Canada Evidence Act*, objecting to the disclosure of the documents and of the information contained therein, on the ground that such disclosure would be injurious to national security and international relations. The certificate included some explanation of the dangers complained of, somewhat fuller details being provided in a secret affidavit which the respondent later submitted. Pursuant to subsection 36.2(1), the matter was brought before the Chief Justice, for his determination as to whether the public interest in disclosure, based upon the public interest in the due administration of justice, outweighed in importance the public interest asserted by the respondent. The Chief Justice ruled that it did not. He declined to inspect any of the documents, and upheld the objection to disclosure.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per Le Dain J.* (Ryan J. concurring): Under subsection 36.1(2), whether to inspect the documents concerned is a question within the judge's discretion. In deciding this question, the Chief Justice guided himself by the principle that an inspection should be conducted only if it appears to be necessary in order to determine whether disclosure should be ordered. This principle is supported both by the wording of subsection 36.1(2) and by judicial opinion, although judicial opinion does vary on the issue of when inspection should be regarded as necessary. Many of the comments on this issue by the House of Lords in the *Air Canada* case cannot be applied uncritically, since they relate to an English rule of court worded differently from subsection 36.1(2).

The latter provision permits (if it does not require) the judge to consider, when deciding whether to inspect, the balance of the competing public interests as it appears at that point, together with the likelihood that inspection would alter the judge's view of that balance and his consequent impression as to the propriety of disclosure. Thus, if it is clear in the particular case that the public interest in non-disclosure outweighs the public interest in disclosure, and that inspection could not conceivably change that view, then even if the public interest in disclosure is strong, the judge need not proceed to an inspection.

In the instant case, the argument in favour of requiring disclosure—and in particular, disclosure of the information which relates to the reasons for the Operation—is indeed a serious one. Furthermore, it is true that disclosure is not an all-or-nothing proposition: the Court does have the option of ordering disclosure of only some of the information sought, and may also attach to the disclosure conditions or restrictions aimed at reducing the risk to national security and international relations. The difficulty, however, of confining disclosure to certain information without its full context should not be underestimated. It is also doubtful whether the Court is, without assistance, capable of determining what limited information would be sufficient for purposes of the appellants' defence, or of determining the adequacy of restrictions accompanying disclosure.

nant la production de documents du Service de sécurité comportant plusieurs milliers de pages. L'intimé (le solliciteur général adjoint) a, en réponse, produit une attestation en vertu du paragraphe 36.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans laquelle il s'opposait à la production des documents au motif que la divulgation des renseignements qui y étaient contenus porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales. L'attestation donnait certaines explications sur les dangers invoqués, de plus amples détails étant fournis dans un affidavit secret déposé ultérieurement par l'intimé. Conformément au paragraphe 36.2(1), l'affaire a été soumise au juge en chef afin qu'il détermine si l'intérêt public dans la divulgation des renseignements, fondé sur l'intérêt public dans la bonne administration de la justice, l'emportait sur l'intérêt public invoqué par l'intimé. Le juge en chef a décidé que ce n'était pas le cas. Il a refusé d'examiner les documents et a fait droit à l'opposition à la divulgation.

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Le juge Le Dain (avec l'appui du juge Ryan): En vertu du paragraphe 36.1(2), il appartient au juge de déterminer s'il y a lieu d'examiner les documents concernés. Pour trancher cette question, le juge en chef a suivi le principe selon lequel une inspection ne doit avoir lieu que si elle semble nécessaire pour déterminer s'il faut ordonner la divulgation. Ce principe est appuyé à la fois par le libellé même du paragraphe 36.1(2) et par les opinions judiciaires sur cette question, bien que ces opinions sur la question de savoir quand il faut considérer que l'inspection est nécessaire, varient. Nombre de commentaires de la Chambre des lords sur cette question, dans l'arrêt *Air Canada*, ne s'appliquent pas directement puisqu'ils visent une règle anglaise dont le libellé est différent de celui du paragraphe 36.1(2).

En ce qui concerne la décision d'inspecter ou non les renseignements, cette dernière disposition autorise le juge, sans le lui imposer, à examiner l'importance respective des intérêts publics en jeu, telle qu'elle apparaît à ce stade, et la probabilité que cette inspection puisse modifier son opinion concernant leur importance respective et l'impression qui en a découlé quant à l'opportunité d'ordonner la divulgation. Ainsi, lorsque les circonstances de l'espèce indiquent clairement que l'intérêt public dans la non-divulgation l'emporte sur l'intérêt public dans la divulgation et qu'il est inconcevable que l'inspection puisse modifier cette opinion, le juge n'a pas besoin de procéder à une inspection même si l'intérêt public dans la divulgation est convaincant.

En l'espèce, l'argumentation en faveur de la divulgation des renseignements, et en particulier des renseignements qui concernent les motifs de l'opération, est en réalité sérieuse. En outre, il est clair que la divulgation n'est pas une question à résoudre nécessairement en termes de tout ou rien: la Cour peut ordonner la divulgation de certains renseignements demandés, tout en y attachant des conditions ou des restrictions destinées à réduire les dangers pour la sécurité nationale et les relations internationales. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer la difficulté qu'il peut y avoir à limiter la divulgation à certains renseignements, sans l'ensemble de leur contexte. On peut également douter que la Cour puisse, sans aide, déterminer quels renseignements seront suffisants aux fins de la défense des appelants ou déterminer si les restrictions auxquelles la divulgation est assujettie sont adéquates.

These doubts aside, the disclosure of any of the information which might be sufficient for the appellants' defence would indeed be likely to injure national security and international relations, for the reasons indicated in the respondent's material, and the importance of such an injury would outweigh the importance of disclosure for the appellants' defence. Consequently, the information should not be inspected, and should not be disclosed.

*Per Marceau J.*: The judgment under appeal was one of the greatest importance because it dealt with a conflict between a particular public interest and that in the proper administration of justice. Furthermore, it was the initial judgment made pursuant to the recent amendment to the *Canada Evidence Act* in respect of the disclosure of Government information. Under the law as it now stands, except as to information involving a confidence of the Queen's Privy Council, an objection to disclosure on the ground of public interest is subject to verification by a superior court. The court has a right to examine the information and may overrule the objection if it decides that the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest. In the case of an objection based upon injury to international relations or national defence, section 36.2(1) provides that the objection may be determined only by the Chief Justice of the Federal Court or such other judge of that Court as the Chief Justice designates.

The approach adopted and principles applied by Thurlow C.J. could not be disagreed with nor did he err in his appreciation of the evidence. The reasons given by the Chief Justice for his decision appeared convincing and the appeal could not succeed. Nevertheless, certain points of particular significance should be emphasized.

(1) The most substantial change brought about by the recent legislation was that objections to disclosure on the grounds of injury to international relations or national security were no longer to be treated as absolute. This change was considered necessary because the concepts involved in the formulation of such an objection were so vague as to be open to abuse. But once the Court is shown that international relations or national security are genuinely affected, the harm resulting from non-disclosure would have to be great for the judge to say that the public interest in the due administration of justice was predominant. The factors to be taken into account in balancing the competing public interests could not be classified as they were to be drawn from the circumstances of each case. But in weighing the immunity claim, the judge must have regard to the knowledge of the one who asserts the objection in view of the fact that a judge lacks expertise in matters of national defence and international relations. The judge is, however, well qualified to assess the issues of: purpose for which the information is required; importance of disclosure to achieve that purpose; relevancy; and the financial, social or moral interests at stake in the litigation. Those are the issues relating to the public interest in disclosure.

Si on laisse ces doutes de côté, la divulgation de tout renseignement qui pourrait être suffisant pour la défense des appelants serait probablement préjudiciable à la sécurité nationale et aux relations internationales, pour les motifs exposés dans les documents fournis par l'intimé, et l'importance d'un tel préjudice l'emporte sur l'importance de la divulgation pour la défense des appelants. Par conséquent, les renseignements en cause ne doivent pas être examinés et ne doivent pas être divulgués.

Le juge Marceau: La décision dont il est fait appel revêtait une très grande importance car elle portait sur un conflit entre un intérêt public spécifique et l'intérêt public dans la bonne administration de la justice. En outre, elle constituait le tout premier jugement rendu en application de la récente modification à la *Loi sur la preuve au Canada* relativement à la divulgation des renseignements administratifs. En vertu du texte actuel de la loi, l'opposition à la divulgation pour des motifs d'intérêt public est sujette à la vérification par une cour supérieure, sauf lorsqu'il s'agit d'un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine. La cour a le droit de prendre connaissance des renseignements demandés et peut rejeter l'opposition à leur divulgation si elle décide que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation. Lorsqu'il s'agit d'une opposition fondée sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale, le paragraphe 36.2(1) prévoit que la question ne peut être déterminée que par le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il désigne.

Il n'y a aucune raison d'être en désaccord avec l'approche adoptée et les principes appliqués par le juge en chef Thurlow, et celui-ci n'a pas commis d'erreur dans son appréciation de la preuve. Les motifs de sa décision semblaient convaincants et l'appel ne pouvait réussir. Néanmoins, il y a lieu de souligner certains points qui revêtent une importance particulière.

(1) Le changement le plus important apporté par les nouvelles dispositions législatives est que les oppositions à la divulgation au motif que les relations internationales ou la sécurité nationale seraient atteintes n'ont plus un caractère absolu. Ce changement a été jugé nécessaire parce que les concepts impliqués dans la formulation d'une telle opposition étaient si vagues qu'ils laissaient place à des possibilités d'abus. Cependant, une fois qu'on a démontré à la Cour que la divulgation causera préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale, le tort qui pourrait résulter de la non-divulgation devra être très sérieux pour que le juge puisse affirmer que l'intérêt public dans la bonne administration de la justice doit l'emporter. Les facteurs dont on doit tenir compte pour mettre en balance les intérêts publics en jeu ne peuvent être classés étant donné qu'ils doivent être tirés des circonstances de chaque cas. Toutefois, dans l'évaluation de la demande d'exemption, le juge doit tenir compte des connaissances de l'auteur de l'opposition étant donné qu'il n'est pas compétent en matière de sécurité nationale et de relations internationales. Le juge est cependant tout à fait compétent pour évaluer le but pour lequel les renseignements sont demandés, l'importance de la divulgation des renseignements pour atteindre le but désiré, la pertinence de ce but et l'intérêt financier, social ou moral en jeu dans ce litige. Ce sont là les questions rattachées à l'intérêt public dans la divulgation.

(2) It was clear that the Court had to proceed by two stages. While the Court had power to inspect the documents, it had no duty to do so and it would be abusing its authority if it exercised this power other than because it was necessary to do so in arriving at a conclusion. The speeches in *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.) correctly indicated that whether there was a likelihood that the documents would support the case of the party seeking disclosure was a basic test in the Court's decision on the question as to whether it should proceed to inspection. That case was not, however, authority for the proposition that this was the only or decisive test.

(3) Appeals under this new legislation are not governed by the basic principle that the appellate court's role is not to retry the case on its facts but only to ascertain whether the trial judge erred in his appreciation of the evidence as a whole. Since the whole of the evidence is in writing and considering that the appreciation to be verified is not susceptible of degrees, it being the result of a straight "balancing", the court must intervene if its appreciation differs from that of the trial judge.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Stein, et al. v. The Ship "Kathy K", et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802.

##### CONSIDERED:

*Conway v. Rimmer and Another*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*, [1980] A.C. 1090 (H.L.); *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.); *Re Carey and The Queen* (1983), 43 O.R. (2d) 161 (C.A.).

##### COUNSEL:

*R. Mongeau* for appellant Maurice Goguen.  
*H. W. Yarosky* for appellant Gilbert Albert.  
*J. R. Nuss, Q.C., G. H. Waxman and A. Lutfy* for respondent.

##### SOLICITORS:

*R. Mongeau*, Montreal, for appellant Maurice Goguen.  
*Yarosky, Fish, Zigman, Isaacs & Daviault*, Montreal, for appellant Gilbert Albert.  
*Ahern, Nuss & Drymer*, Montreal, for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LE DAIN J.: This is an appeal from a judgment of the Chief Justice of the Federal Court [[1983] 1

(2) Il est clair que la Cour devait procéder selon une analyse en deux étapes. La Cour est investie du pouvoir d'inspecter les documents, mais elle n'a pas l'obligation de le faire; elle abuserait de ce pouvoir si elle l'exerçait pour tout autre motif que pour les besoins de la décision qu'elle doit rendre. Les motifs de l'arrêt *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another*, [1983] 2 W.L.R. 494; [1983] 1 All E.R. 910 (H.L.) indiquent, à juste titre, que la question de savoir si les documents pourraient vraisemblablement servir la cause de la partie qui en demande la divulgation constitue un critère fondamental lorsque la Cour décide si elle doit procéder à l'inspection. Toutefois, cet arrêt n'implique nullement qu'il s'agissait d'un critère unique ou décisif.

(3) Les appels formés en vertu de la nouvelle législation ne sont pas assujettis au principe fondamental selon lequel une cour d'appel n'a pas pour rôle de réentendre l'affaire sur les faits mais seulement de vérifier si le juge de première instance a commis une erreur dans l'appréciation de l'ensemble de la preuve. Étant donné que toute la preuve est soumise par écrit et que l'appréciation à vérifier n'est pas susceptible de degrés puisqu'elle doit résulter d'un strict «balancement», la cour doit intervenir si son appréciation diffère de celle du juge de première instance.

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Stein, et autres c. Les navires «Kathy K», et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Conway v. Rimmer and Another*, [1968] A.C. 910 (H.L.); *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*, [1980] A.C. 1090 (H.L.); *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.); *Re Carey and The Queen* (1983), 43 O.R. (2d) 161 (C.A.).

##### AVOCATS:

*R. Mongeau* pour Maurice Goguen, appellant.  
*H. W. Yarosky* pour Gilbert Albert, appellant.  
*J. R. Nuss, c.r., G. H. Waxman et A. Lutfy* pour l'intimé.

##### PROCUREURS:

*R. Mongeau*, Montréal, pour Maurice Goguen, appellant.  
*Yarosky, Fish, Zigman, Isaacs & Daviault*, Montréal, pour Gilbert Albert, appellant.  
*Ahern, Nuss & Drymer*, Montréal, pour l'intimé.

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

LE JUGE LE DAIN: Appel est interjeté d'un jugement rendu par le juge en chef de la Cour

F.C. 872], pursuant to section 36.2 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 111 [s. 4] upholding an objection to the disclosure of information contained in documents and files forming part of the records of the Security Service of the Royal Canadian Mounted Police on the ground that it would be injurious to national security and international relations.

The disclosure is sought by the appellants to permit them to adduce evidence which they say is necessary to their defence on charges of conspiring to break and enter and commit theft and of breaking and entering and committing theft. The charges arise out of an operation carried out by the Security Service known as "Operation Ham". The appellants are charged with the theft of tapes containing the membership list of the Parti québécois.

The full and careful reasons of the learned Chief Justice, setting out the factual background, the legal framework and the nature of the materials submitted and referred to in support of the competing claims of public interest, permit me to address the issues on the appeal with brief reference to what appears to me to be pertinent to them.

The information in issue is contained in a number of documents and files totalling some 8,200 pages. The certificate of the respondent, the Deputy Solicitor General, objecting to its disclosure, in accordance with subsection 36.1(1) of the *Canada Evidence Act* [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4], states that its disclosure would be injurious to national security and international relations and more particularly [at page 877]:

... 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.

fédérale [[1983] 1 C.F. 872] sur le fondement de l'article 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifiée par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 [art. 4], et faisant droit à l'opposition à la divulgation de renseignements contenus dans des documents et dossiers faisant partie des archives du Service de sécurité de la Gendarmerie royale du Canada, au motif qu'une telle divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales.

Les appelants demandent la divulgation de ces documents afin d'être en mesure de produire des preuves qu'ils affirment être nécessaires à leur défense aux accusations de concertation avec des tiers pour commettre un vol avec effraction et de vol avec effraction. Ces accusations ont résulté d'une opération menée par le Service de sécurité et connue sous le nom d'«opération Ham». Les appelants ont été accusés du vol de bandes magnétiques sur lesquelles était enregistrée la liste des adhérents au Parti québécois.

Les motifs du juge en chef exposent en détail, et avec beaucoup de soin, les faits, le contexte juridique et la nature des documents soumis et mentionnés à l'appui des intérêts publics contradictoires invoqués par les parties. Je peux donc aborder les questions en litige dans cet appel en m'en tenant à un bref résumé de ce qui me semble s'y rapporter directement.

Les renseignements en cause sont contenus dans un grand nombre de documents et dossiers comportant au total 8 200 pages environ. Dans l'attestation produite pour s'opposer à leur divulgation, conformément au paragraphe 36.1(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* [édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4], le solliciteur général adjoint, intimé, déclare que cette divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales, et en particulier, que les documents en cause [à la page 877]:

[TRADUCTION] ... 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.

The objection to disclosure is further supported by a secret affidavit of the respondent which explains how disclosure of information can be injurious to national security and international relations, identifies the general subject-matter of the documents and files containing the information in issue, and invokes with respect to each item the reasons of public interest for the objection to disclosure. These reasons, although stated in somewhat greater detail and referring to the particular items listed in the subpoenas *duces tecum*, are in substance those set out in the certificate.

The public interest in disclosure asserted by the appellants and supported by their affidavits is the interest in the due administration of justice, which in this case is characterized by them as the right to full answer and defence. The defence which the appellants intend to put forward at their trial is that the taking of the tapes was not theft, an essential element of the charges against them, because it was not done fraudulently and without colour of right, as required by the definition of theft in section 283 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34]. This defence will require them, in their submission, to prove that surreptitious entry was a well-established method of investigation in the Security Service of the R.C.M.P.; that Operation Ham was approved by the senior officers of the Security Service; that it was planned and carried out as part of the investigation of certain matters of serious security concern, which may be summarized as alleged foreign interference in support of the separatist movement in Quebec by financial and other means, alleged transmission of classified information by persons in the public service of Canada to persons in the separatist movement in Quebec, and possible infiltration of the separatist movement by terrorist elements; and that the appellants believed Operation Ham to be lawful. The appellants contend that, because of problems of credibility, there is a serious risk of failing to convince a jury of these facts if they are confined to the presently available testimonial and documentary evidence. The problems of credibility, according to the appellants, arise from the unusual nature of the alleged or suspected activities which are said to have been the reasons for Operation Ham, and from the obvious interest of the appellants and others, consisting mainly of

L'opposition à la divulgation est en outre appuyée par un affidavit secret de l'intimé qui explique de quelle manière la divulgation des renseignements pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale et aux relations internationales, décrit la teneur générale des documents et dossiers contenant les renseignements en cause et invoque à l'égard de chacun d'eux les motifs d'intérêt public de l'opposition. Ces motifs sont exposés de manière plus détaillée et renvoient aux documents énumérés dans les *subpoenas duces tecum*, mais sont pour l'essentiel les mêmes que les motifs exposés dans l'attestation.

L'intérêt public invoqué par les appelants et appuyé par leurs affidavits est l'intérêt public dans la bonne administration de la justice, qu'ils définissent en l'espèce comme le droit à une réponse et à une défense pleines et entières. La défense que les appelants ont l'intention d'invoquer à leur procès consiste à dire que la prise des bandes magnétiques n'était pas un vol, un des éléments principaux des accusations retenues contre eux, parce qu'elle n'a pas été faite frauduleusement et sans apparence de droit, comme l'exige la définition du vol à l'article 283 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34]. Selon eux, cette défense exige qu'ils prouvent que l'entrée clandestine dans certains lieux était une méthode d'enquête bien établie au Service de sécurité de la GRC; que l'opération «Ham» avait été approuvée par des officiers supérieurs du Service de sécurité; qu'elle avait été planifiée et exécutée dans le cadre d'une enquête sur de graves questions de sécurité concernant, en résumé, l'ingérence alléguée de gouvernements étrangers en vue de soutenir le mouvement séparatiste au Québec par des moyens financiers ou autres, la communication alléguée de renseignements classifiés par des fonctionnaires fédéraux à des membres du mouvement séparatiste, et l'infiltration possible du mouvement séparatiste par des éléments terroristes; et enfin, que les appelants croyaient que l'opération «Ham» était légale. Les appelants soutiennent qu'en raison de problèmes de crédibilité, il est fort probable qu'ils ne puissent convaincre un jury de ces faits s'ils doivent se limiter aux preuves testimoniales et littérales actuellement disponibles. Selon les appelants, ces problèmes de crédibilité résultent du caractère inhabituel des activités alléguées ou soupçonnées, que l'on dit avoir été à l'origine de l'opération «Ham», et de l'intérêt évi-

persons accused of the same offences, who could be called to testify. They further contend that the presently available documentary evidence is not as complete or clear as one might wish concerning the reasons for Operation Ham, and indeed adds to the problems of credibility. They support this contention by reference to the use that was made of it in cross-examination at the trial of one of the other accused in order to create doubt as to the real reasons for Operation Ham. Finally, they contend that the problems of credibility have been aggravated by the public comment of the Premier of Quebec on the testimony given at the trial of one of the other accused. Because of these problems of credibility, they say that the evidence in the documents and files of the Security Service of the facts which they must establish, and particularly of the foundation or serious nature of the reasons for Operation Ham, is essential to their defence.

The determination to be made in a case such as this is provided for by subsections 36.2(1) and 36.1(2) of the *Canada Evidence Act* [as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4] as follows:

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

**36.1 . . .**

(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.

Authority is thus conferred by subsection 36.1(2) to examine information before deciding whether to order its disclosure. A principal issue on the appeal is whether the Chief Justice erred in deciding not to examine the information in this case for the reasons given by him in the following passages [at pages 887-888 and 907]:

dent des appelants ou d'autres personnes, dont la plupart sont accusées des mêmes infractions, qui pourraient être appelées à témoigner. Ils soutiennent en outre que la preuve littérale actuellement disponible n'est pas aussi claire ou complète qu'on pourrait le souhaiter en ce qui concerne les motifs de l'opération «Ham» et qu'en fait, elle accroît les problèmes de crédibilité. À l'appui de cet argument, ils mentionnent l'utilisation qui en a été faite dans le contre-interrogatoire au procès d'un des autres accusés en vue de créer un doute quant aux motifs réels de l'opération «Ham». Enfin, ils prétendent que les problèmes de crédibilité ont été aggravés par des commentaires que le premier ministre du Québec a fait en public sur les témoignages au procès d'un des autres accusés. Ils affirment qu'en raison de ces problèmes de crédibilité, il leur est indispensable, pour leur système de défense, de disposer des preuves contenues dans les documents et dossiers du Service de sécurité concernant les faits qu'ils doivent établir et, en particulier, le fondement même ou la gravité des motifs de l'opération «Ham».

La décision à rendre dans un cas de ce genre est définie aux paragraphes 36.2(1) et 36.1(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* [édictees par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4]:

**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 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.

**36.1 . . .**

(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 36.1(2) autorise donc l'examen des renseignements avant que soit rendue une décision sur la question de la divulgation. Un des principaux points en litige dans cet appel est de savoir si le juge en chef a commis une erreur en décidant de ne pas examiner les renseignements dans ce cas, pour les divers motifs exposés dans les passages suivants [aux pages 887, 888 et 907]:

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 information 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.

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.

As I read those reasons, the test or criterion applied by the Chief Justice to the exercise of the discretion to examine, particularly as it is reflected in the concluding passage, may be summarized as follows: examination should only be undertaken if it appears necessary to determine whether disclosure should be ordered. In my respectful opinion,

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 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.

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 vu de ces motifs, le critère suivi par le juge en chef pour ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'examiner les documents, tel qu'exprimé en particulier à la fin de ce passage, peut être résumé de la manière suivante: cet examen ne devrait être entrepris que s'il paraît nécessaire de déterminer si la divulgation des



that test finds support in the weight of judicial opinion on the issue of examination, or "inspection" as it is generally called, and in the terms of subsection 36.1(2) of the *Canada Evidence Act*. There have been many expressions of judicial opinion in the leading cases on the issue of inspection. Reference was made in argument in particular to what was said by the House of Lords in *Conway v. Rimmer and Another*, [1968] A.C. 910, *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*, [1980] A.C. 1090, and *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another*, [1983] 2 W.L.R. 494; [1983] 1 All ER 910, and by the Ontario Court of Appeal in the recent case of *Re Carey and The Queen* [(1983), 43 O.R. (2d) 161] which was decided after the judgment of the Chief Justice in the present case. It would not serve a useful purpose to attempt to quote at length from these expressions of opinion. They vary considerably in their emphasis, and it is the weight of the emphasis that must be seized on, having regard always to the terms of subsection 36.1(2) and the nature of the public interests involved in this case. That inspection is a matter of discretion to be undertaken only when necessary appears to be generally conceded. Where the expressions of opinion appear to vary is as to when or in what circumstances it should be regarded as necessary. Sometimes inspection is spoken of, as by Lord Reid and by Lord Morris of Borth-y-Gest (and perhaps also by Lord Pearce) in *Conway v. Rimmer*, as a safeguard of the public interest in protection against disclosure where, on the apparent balance of the competing interests, the court is already inclined to order disclosure. Sometimes it is spoken of as something to be undertaken in cases of real doubt, including doubt as to whether particular information falls within a public interest against or in favour of disclosure, as in the speeches of Lord Upjohn in *Conway v. Rimmer* and of Lord Keith of Kinkel and Lord Scarman in *Burmah Oil*. Lord Wilberforce's speech in *Burmah Oil* contains the strongest expression of caution against the unnecessary resort to inspection, where he says at page 1117: "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." In *Air Canada*, Lord Fraser of Tullybel-

documents doit être ordonnée. Avec déférence, j'estime que ce critère est appuyé par les opinions judiciaires formulées sur la question de l'examen, ou de l'«inspection» comme on l'appelle communément, et par les termes mêmes du paragraphe 36.1(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. On trouve de nombreuses expressions de ces opinions judiciaires dans les arrêts qui ont fait jurisprudence sur la question de l'inspection. Il a notamment été fait mention, au cours des débats, de ce que disait la Chambre des lords dans les arrêts *Conway v. Rimmer and Another*, [1968] A.C. 910, *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Company of the Bank of England and Another*, [1980] A.C. 1090, et *Air Canada and Others v. Secretary of State for Trade and Another*, [1983] 2 W.L.R. 494; [1983] 1 All ER 910; et la Cour d'appel de l'Ontario dans un arrêt récent *Re Carey and The Queen* [(1983), 43 O.R. (2d) 161] prononcé après la décision du juge en chef dans la présente affaire. Je ne crois pas qu'il soit vraiment utile d'essayer de citer de longs extraits de ces opinions judiciaires. Elles accordent une importance très différente à divers aspects et il faut en saisir les principales lignes de force, en gardant toujours à l'esprit les termes du paragraphe 36.1(2) et la nature des intérêts publics en jeu en l'espèce. Il semble généralement admis que l'inspection est une mesure discrétionnaire à prendre seulement lorsqu'elle est nécessaire. Les différences d'opinions apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer les cas ou les circonstances dans lesquelles il faut la considérer comme nécessaire. Pour certains, et notamment pour lord Reid et lord Morris of Borth-y-Gest (et peut-être également lord Pearce) dans *Conway v. Rimmer*, l'inspection est un moyen de sauvegarder l'intérêt public à la protection contre la divulgation lorsque la cour, après avoir mis en balance l'importance apparente des intérêts en conflit, est disposée à ordonner la divulgation. Pour d'autres, il s'agit d'une mesure à prendre en cas de doute réel, y compris un doute sur la question de savoir si des renseignements précis relèvent d'un intérêt public qui exigerait ou interdirait la divulgation; c'est le cas, par exemple, de lord Upjohn dans *Conway v. Rimmer* et de lord Keith of Kinkel et de lord Scarman dans *Burmah Oil*. Lord Wilberforce, à la page 1117 de l'arrêt *Burmah Oil*, fait une mise en garde particulièrement éloquente contre le recours inutile à l'inspection: [TRADUCTION] «S'ils encourageaient une procédure générale d'examen, les

ton said at page 916 [All ER]: "Inspection is with a view to the possibility of ordering production, and in my opinion inspection ought not to be ordered unless the court is persuaded that inspection is likely to satisfy it that it ought to take the further step of ordering production." Much of what was said in *Air Canada*, on which the appellants in this case particularly relied, was directed to the meaning of the requirement "necessary . . . for disposing fairly of the cause" in the English discovery rule (R.S.C., Ord. 24, r. 13) and must, therefore, be treated with caution, as suggested by the Chief Justice, because of the different terms of subsection 36.1(2) of the *Canada Evidence Act*. This different legislative basis for the exercise of the discretion as to whether to inspect was noted by Thorson J.A., delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal in *Re Carey and The Queen*, on which the appellants placed particular reliance. After a very comprehensive review of the authorities, he affirmed a two-stage approach to the issues of inspection and disclosure, from which it is possible to infer that the apparent balance of the competing public interests is not to be considered at the stage of deciding whether to inspect, but only whether a sufficient case of public interest in disclosure has been established to call for inspection. I cannot think, however, that it was intended to suggest that where, in the particular circumstances of the case, it is clear that the public interest in the protection from disclosure outweighs the public interest in disclosure and that inspection could not conceivably change that view, the court should nevertheless inspect if a serious case of public interest in disclosure has been established. In any event, Thorson J.A. considered the judgment of the Chief Justice in the present case and concluded [at pages 193-194] that it was not applicable to the issue before him, because it "rests on a different foundation of law and invokes a very different kind of public interest". I agree with the Chief Justice that the terms of subsection 36.1(2) permit—if they do not compel—the consideration, in deciding whether to examine information, of the apparent balance of the competing public interests at that stage and the likelihood that examination could alter the view of that balance and the impression as to whether disclosure should be ordered.

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.» Dans l'arrêt *Air Canada*, lord Fraser of Tullybelton dit à la page 916 [All ER]: [TRADUCTION] «L'inspection est faite dans l'optique de la possibilité d'ordonner la production des documents et, à mon avis, l'inspection ne devrait être ordonnée que si le tribunal est convaincu que l'inspection lui permettra probablement de s'assurer qu'il devrait ordonner ensuite la production de ces renseignements.» L'essentiel des motifs de l'affaire *Air Canada*, sur laquelle s'appuient particulièrement les appelants en l'espèce, portait sur le sens de l'exigence formulée dans les règles anglaises de communication des pièces (R.S.C., ord. 24, règle 13) selon laquelle elle doit être [TRADUCTION] «nécessaire pour statuer équitablement sur le litige»; il faut donc l'examiner avec prudence, comme le suggérait le juge en chef, compte tenu du libellé différent du paragraphe 36.1(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le juge d'appel Thorson, rendant le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Carey and The Queen*, sur laquelle les appelants se sont largement appuyés, a souligné cette différence entre les contextes législatifs de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'inspection. Après avoir fait une revue très complète de la jurisprudence, il s'est prononcé en faveur d'un examen en deux temps des questions de l'inspection et de la divulgation, dont on peut déduire qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération l'importance respective et apparente des intérêts publics contradictoires en jeu lorsqu'il faut décider s'il convient ou non d'ordonner l'inspection, mais seulement de déterminer si l'intérêt public dans la divulgation a été suffisamment établi pour exiger cette inspection. Je ne pense pas toutefois qu'il veuille ainsi suggérer que, lorsque les circonstances de l'espèce indiquent clairement que l'intérêt public dans la non-divulgation l'emporte sur l'intérêt public dans la divulgation et qu'il est inconcevable que l'inspection puisse modifier cette opinion, la cour devrait néanmoins procéder à cette inspection quand l'intérêt public dans la divulgation a été démontré avec force. De toute façon, le juge d'appel Thorson a pris en compte le jugement du juge en chef en l'espèce et a conclu [aux pages 193 et 194] qu'il ne s'appliquait pas au litige qui lui était soumis parce qu'il [TRADUC-

Indeed, towards the conclusion of his argument, counsel for the appellants appeared to make substantial concession to this view. He suggested a test for examination which I understood to be essentially the following: the Court should examine the information if what the applicant has invoked in favour of disclosure is serious enough that it may in the circumstances outweigh the reasons invoked for protection against disclosure. In the final analysis, the appellants' contention in favour of examination appeared to be that, in view of the relative seriousness of the case for requiring evidence contained in the information, the Court should examine the information to determine if any of it that would be helpful to the appellants' proposed defence could be disclosed under conditions or restrictions, as contemplated by subsection 36.2(1), that would so reduce or eliminate the possible injury to national security and international relations as to tip the balance in favour of disclosure. I have given this contention very serious consideration, because it is clear that the Court is not obliged to think in terms of disclosing all or none of the information. It could order the disclosure of some of the information under conditions or restrictions of the kind suggested by the appellants (see Lord Pearce in *Conway v. Rimmer* at page 988, and Lord Keith of Kinkel in *Burmah Oil* at page 1135), although the difficulty of confining disclosure to certain information without its full context is not to be underestimated. I regard the appellants' case for requiring the evidence in the information, particularly with reference to the reasons for Operation Ham, to be a serious one. I refrain from commenting on the relative weight of its various aspects in case anything I might say could conceivably be prejudicial. I have, nevertheless, reluctantly come to the conclusion that the

TION] «repose sur un fondement différent du droit et invoque un genre très différent d'intérêt public». Comme le juge en chef, je pense qu'en ce qui concerne la décision d'inspecter ou non les renseignements, le paragraphe 36.1(2) autorise, sans l'imposer, l'examen de l'importance respective et apparente des intérêts publics en jeu, telle qu'elle apparaît à ce stade des procédures, et de la probabilité que cette inspection puisse modifier l'opinion concernant leur importance respective et l'impression qui en a découlé quant à la nécessité d'ordonner la divulgation.

En fait, à la fin des débats, l'avocat des appelants paraît avoir fait des concessions importantes vers ce point de vue. Il a proposé un critère à cette fin qui, à mon sens, est essentiellement le suivant: la Cour devrait examiner les renseignements si les moyens invoqués par le requérant en faveur de la divulgation sont assez forts pour pouvoir, dans les circonstances, l'emporter sur les motifs invoqués pour empêcher la divulgation. En dernière analyse, l'argumentation des appelants en faveur de l'examen des documents consiste apparemment à dire que, compte tenu de l'importance relative des arguments avancés pour demander la preuve contenue dans lesdits renseignements, la Cour devrait examiner ces renseignements afin de déterminer si, parmi ceux qui faciliteraient le système de défense des appelants, l'un d'eux pourrait être divulgué conformément aux conditions ou restrictions apportées par le paragraphe 36.2(1), de manière à éliminer tout préjudice éventuel à la sécurité nationale et aux relations internationales ou réduire suffisamment ce préjudice pour faire pencher la balance en faveur de la divulgation. J'ai soigneusement étudié cette argumentation parce qu'il est évident que la Cour n'est pas obligée de penser en termes de tout ou rien en ce qui concerne la divulgation des renseignements. Elle pourrait ordonner la divulgation de certains d'entre eux, selon des conditions ou restrictions du genre suggéré par les appelants (voir ce que disent lord Pearce dans *Conway v. Rimmer*, à la page 988 et lord Keith of Kinkel dans *Burmah Oil*, à la page 1135), même s'il ne faut pas sous-estimer la difficulté qu'il peut y avoir à limiter la divulgation à certains renseignements, sans l'ensemble de leur contexte. J'estime que l'argumentation des appelants en faveur de la divulgation de preuves contenues dans ces renseignements, et en particulier ce

disclosure of any of the information considered to be sufficient for purposes of the appellants' defence, even under restrictions of the kind suggested above (assuming that the Court, unaided, could determine such sufficiency and the adequacy of the restrictions, of which I have serious doubt), would be likely, for the reasons indicated in the respondent's certificate and secret affidavit, to be injurious to national security and international relations, and that such injury would outweigh in importance the relative importance of the disclosure to the appellants' defence. I thus agree that the information should not be examined and that it should not be disclosed. I would accordingly dismiss the appeal. This is not an appropriate case for costs.

RYAN J.: I concur.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MARCEAU J.: The particular significance of the judgment here under appeal, a judgment rendered by the Chief Justice of the Court, can hardly be overstated. Not only does it deal with one of the most delicate situations a court of law may be confronted with—namely, that created by a collision and conflict between a particular public interest and the public interest in the proper administration of justice; it is, most noteworthy, the very first judgment made pursuant to the new section 36.2, recently incorporated into the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended [by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4] in connection with the "Disclosure of Government Information".

It will be recalled that Parliament, in November of 1982, in dealing with the general problem of access to government information, brought substantive changes to the rules applicable when a minister of the Crown, before a court or a tribunal with jurisdiction to compel, objects on grounds of

qui concerne les motifs de l'opération «Ham», est sérieuse. Je m'abstiendrai de faire tout commentaire sur l'importance relative de ses divers aspects afin d'éviter de faire une observation qui pourrait être considérée préjudiciable. J'ai toutefois conclu, avec réticence, que la divulgation de tout renseignement jugé suffisant aux fins de la défense des appelants, même conformément à des restrictions du genre de celles qui ont été suggérées ci-dessus (à supposer que la Cour puisse, sans aide, déterminer si les renseignements sont suffisants et les restrictions adéquates, ce dont je doute), serait probablement préjudiciable à la sécurité nationale et aux relations internationales, pour les motifs exposés dans l'attestation et l'affidavit secret de l'intimé, et qu'un tel préjudice l'emporte sur l'importance relative de la divulgation pour la défense des appelants. Je conclus donc également que les renseignements en cause ne doivent pas être examinés et ne doivent pas être divulgués. En conséquence, je rejeterais l'appel. Il n'y a pas lieu d'adjuger les dépens.

LE JUGE RYAN: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE MARCEAU: On saurait difficilement exagérer l'importance particulière de la décision dont est ici appel, une décision prononcée par le juge en chef de cette Cour. Non seulement cette décision porte-t-elle sur l'une des situations les plus délicates qui puissent se présenter à un tribunal, celle résultant d'une opposition et d'un conflit entre un intérêt public spécifique et l'intérêt public dans la bonne administration de la justice, mais elle constitue, ce qui mérite spécialement d'être noté, le tout premier jugement rendu en application du nouvel article 36.2 récemment incorporé à la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifiée [par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4] relativement à la "Divulgation de renseignements administratifs".

On se rappellera qu'en traitant du problème général de l'accès aux renseignements administratifs, le Parlement a apporté, en novembre 1982, d'importants changements aux règles à suivre lorsque, devant un tribunal ayant le pouvoir de contraindre, un ministre de la Couronne s'oppose pour

public interest to the disclosure of some information sought by a litigant. Section 41, subsections (1) and (2), of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], in which were set out the rules until then in force in such situations, was repealed [by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3] and replaced by three new sections inserted [by s. 4] into the *Canada Evidence Act*: sections 36.1, 36.2 and 36.3.<sup>1</sup> According to the new rules, the right to object to disclosure on grounds of public policy is confirmed, and even facilitated and extended: it can be exercised orally and not necessarily by the filing of a sworn certificate; it covers any information and is not restricted to documents; it is given to any interested person and not reserved to ministers of the Crown. But the objection is definitive and unassailable in the sole case where a confidence of the Queen's Privy Council is involved. In all other cases, including those where international relations or national defence or security are said to be compromised, the objection will be subject to verification. A superior court will have the right to examine the information sought and the power to overrule the objection "if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest" [s. 36.1(2)]. As to the court to which is assigned the duty to appreciate the situation, it will be the superior court before which the objection is taken in all instances except those where international relations or national defence

des motifs d'intérêt public à divulguer quelque renseignement demandé par une partie. Les paragraphes (1) et (2) de l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10], qui contenaient les règles applicables jusque-là en de telles situations, ont été abrogés [par S.C. 1980-81-82-83, c. 111, art. 3] et remplacés par trois nouveaux articles (les articles 36.1, 36.2 et 36.3) insérés [par art. 4] dans la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>1</sup>. Aux termes des règles nouvelles, le droit de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des motifs d'intérêt public est confirmé et même facilité et étendu: il peut s'exercer verbalement et non uniquement par le dépôt d'une attestation assermentée; il s'applique à tout renseignement et ne se limite pas aux documents; il est accordé à toute personne intéressée et n'est pas réservé aux ministres de la Couronne. Cependant, l'opposition est définitive et inattaquable dans le seul cas où un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine est impliqué. Dans tous les autres cas, y compris ceux où les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales sont dites être compromises, l'opposition est sujette à vérification. Une cour supérieure a le droit de prendre connaissance des renseignements demandés et le pouvoir de rejeter l'opposition «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» [art. 36.1(2)]. Quant à la cour à qui est

<sup>1</sup> Section 41 of the *Federal Court Act*, which was repealed, read as follows:

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.

<sup>1</sup> Voici le texte de l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* avant son abrogation:

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.

or security could be involved. And here comes into play section 36.2, which reads as follows:

**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 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*.

So, the judgment here under appeal is the first ever rendered in application of this new section 36.2, incorporated into the *Canada Evidence Act* in 1982. The facts that set in motion the procedure have been much in the news. They are set out in the reasons delivered by the Chief Justice; only their main features need to be repeated here.

The appellants are two of eleven active or former members of the Royal Canadian Mounted Police (the R.C.M.P.) similarly charged under the *Criminal Code* with the offences of theft and conspiracy to commit theft. The eleven informa-

confié le soin d'apprécier la situation, c'est dans tous les cas la cour supérieure devant laquelle est portée l'opposition, sauf lorsque les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales pourraient être concernées. Et ici entre en jeu l'article 36.2 dont voici le texte:

**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 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.

Le jugement dont il est interjeté appel ici est donc le premier à avoir été rendu en application de ce nouvel article 36.2 incorporé dans la *Loi sur la preuve au Canada* en 1982. Les faits qui ont suscité le recours à la nouvelle procédure ont été abondamment commentés dans la presse et ils sont exposés dans les motifs du jugement du juge en chef; seuls les principaux d'entre eux ont besoin d'être répétés.

Les deux appelants font partie d'un groupe de onze individus, des membres actifs ou anciens membres de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC), qui ont été accusés, aux termes du *Code criminel*, de vol et de complot en vue de commettre

tions laid in 1981 relate to an incident known as Operation "Ham", which involved the Security Service of the R.C.M.P. and took place in Montreal, during the night of January 9, 1973, when premises were entered surreptitiously and computer tapes recording membership lists of a political party were removed, taken out, copied and, some hours later, returned to the exact place from which they had been taken. The two appellants, after waiving preliminary inquiry, have been committed to trial, by a judge and jury, in the Superior Court (Criminal Division) of the District of Montreal, Quebec. The trial of one of the eleven co-accused has already been completed before a judge alone, giving rise to a verdict of guilty and a suspended sentence; the trial of another before a judge and jury has aborted after several days of hearing, the prosecution itself being ordered stayed; and finally, a permanent stay of proceedings has just been ordered with respect to seven others. In the case of the two appellants, a joint indictment was prepared by the Attorney General for the Province of Quebec and after several postponements, their joint trial was set to begin on January 17, 1983.

On January 5, 1983, pursuant to a request by counsel for the appellants, a subpoena *duces tecum* was issued by a judge of the Superior Court, District of Montreal, addressed to the respondent, in his capacity as Deputy Solicitor General of Canada, and to 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 enumerated: in the case of the Deputy Solicitor General, in a list of some twenty-eight items of volumes and files; and in the case of the Clerk of the Privy Council, in a list of some thirty other items, some of which were, apparently, again volumes.

On January 12, 1983, the respondent filed with the Superior Court, District of Montreal, a certificate objecting to disclosure of the documents listed in the *duces tecum* and the information contained therein on grounds that disclosure would be injuri-

un vol. Les onze accusations, portées en 1981, ont trait à ce qu'on a appelé l'opération «Ham», un incident impliquant le Service de sécurité de la GRC qui eut lieu à Montréal dans la nuit du 9 janvier 1973 alors que des individus sont entrés clandestinement dans certains locaux où se trouvaient des bandes informatiques sur lesquelles étaient enregistrées les listes des membres d'un parti politique, se sont emparés des bandes, les ont emportées avec eux à l'extérieur pour les copier et, quelques heures plus tard, les ont retournées là où ils les avaient prises. Les deux appelants, après qu'ils se furent désistés de leur droit à enquête préliminaire, furent envoyés à leur procès devant un juge et un jury de la Cour supérieure (juridiction criminelle), dans le district de Montréal (Québec). Le procès d'un des onze coaccusés a déjà été complété devant un juge seul et s'est terminé par un verdict de culpabilité qui donna lieu à une sentence suspendue; le procès d'un autre coaccusé devant un juge et un jury a avorté après plusieurs jours d'enquête et une ordonnance de sursis a été rendue relativement à cette poursuite; et finalement, une suspension permanente des procédures a été ordonnée dans le cas des sept autres coaccusés. Pour ce qui est des deux appelants, le procureur général de la province de Québec déposa un acte d'accusation conjoint et, après plusieurs reports, la date de leur procès fut fixée au 17 janvier 1983.

Le 5 janvier 1983, un juge de la Cour supérieure, district de Montréal, à la demande de l'avocat des appelants, émettait un *subpoena duces tecum*, adressé à l'intimé, en sa qualité de solliciteur général adjoint du Canada, ainsi qu'au greffier du Conseil privé du Canada, ordonnant à l'un et à l'autre de se présenter devant le tribunal et d'y produire un nombre considérable de documents énumérés, dans le cas du solliciteur général adjoint, dans une liste de quelque vingt-huit items, comprenant des volumes et des dossiers, et, dans le cas du greffier du Conseil privé, dans une liste d'une trentaine d'items, dont certains, apparemment, encore des volumes.

Le 12 janvier 1983, l'intimé produisait auprès de la Cour supérieure, district de Montréal, une attestation dans laquelle il déclarait s'opposer à la production des documents énumérés dans le *subpoena duces tecum* au motif que la divulgation des

ous to national security and international relations. (The certificate is quoted verbatim in the judgment under appeal and need not be reproduced again.) An application for determination of the objection in accordance with the new sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act* was then presented to the Chief Justice of the Federal Court, who established a procedure to be followed by both parties, permitted the filing of the affidavit and other evidence to which the parties intended to refer in support of their respective positions, and set the matter down for hearing commencing on March 1, 1983. Judgment was rendered on April 28, 1983, and in support thereof, lengthy reasons were delivered in which the learned Chief Justice explained how, according to what principles and on what basis, he had come to a conclusion without having to proceed to an examination of the documents. That conclusion was summarized in the final paragraph of his reasons [at page 908]:

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.

This is the judgment here under appeal—an appeal brought pursuant to subsection 36.2(3) of the Act, which gave rise to seven full days of argument by counsel and must now be decided.

In my view, this appeal cannot succeed. I see no basis for disagreeing with the approach adopted and the principles applied by the learned Chief Justice in dealing with the matter, and I find no error in his appreciation of the evidence put before him. I do not think there is any need for inspecting the documents sought before confirming his conclusion that the objection to their disclosure ought to be upheld. The reasons he gave to support that conclusion appear to me convincing and, except for a few minor passages (which I will have occasion to discuss later), I readily adopt them. There is not much to add to those reasons in my opinion, but I wish, nevertheless, to emphasize some of the points which appear to me of particular significance in the consideration of the matter.

renseignements contenus dans les documents porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales. (L'attestation est citée textuellement dans le jugement dont il est fait appel et il est inutile de la répéter.) Une requête aux fins qu'il soit adjugé sur l'opposition conformément aux nouveaux articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada* fut alors présentée au juge en chef de la Cour fédérale qui établit la procédure à suivre par les deux parties, autorisa le dépôt d'affidavits et de toute autre preuve que les parties avaient l'intention de faire valoir au soutien de leurs prétentions respectives, et fixa la date du début de l'audition au 1<sup>er</sup> mars 1983. Le jugement fut rendu le 28 avril 1983 appuyé de longs motifs dans lesquels le juge en chef expliquait comment, en vertu de quels principes et sur quelle base il était arrivé à sa conclusion sans avoir à examiner les documents. Cette conclusion, il la résumait dans le dernier paragraphe de ses motifs [à la page 908]:

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-divulgaration 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.

Voilà le jugement dont est ici appel—an appel logé en vertu du paragraphe 36.2(3) de la Loi, qui a donné lieu à sept jours complets d'argumentation de la part des avocats et qu'il faut maintenant trancher.

À mon avis, cet appel ne peut réussir. Je ne vois aucune raison pour être en désaccord avec l'approche adoptée et les principes appliqués par le juge en chef pour trancher la question et j'estime qu'il n'a pas commis d'erreur dans l'appréciation de la preuve qui lui a été soumise. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'examiner les documents demandés avant de confirmer sa conclusion à l'effet que l'opposition à leur divulgation doit être maintenue. Les motifs de sa décision me semblent convainquants et, sauf pour quelques passages (que j'aurai l'occasion d'examiner plus loin), je les accepte d'emblée. Il y a peu de choses à ajouter selon moi à ces motifs mais j'aimerais néanmoins souligner quelques points qui me semblent revêtir une importance particulière dans la considération du problème mis en cause.



1. The meaning of the new rule applicable to claims for immunity based on international relations or national security.

The most substantial change brought by the new legislation respecting disclosure of government information is undoubtedly that objections to disclosure on grounds that international relations or national security might be injured will no longer be treated as absolute like those based on the necessity to keep secret a confidence of the Queen's Privy Council: objections of that type will be subject to verification and examination like any other public-interest objections. Is it for a moment thinkable that the reason for such a fundamental change could be that international relations and national security have become, in the minds of the Members of Parliament, less critical than before, or less important than any confidence of the Queen's Privy Council? Of course not. That there can be no public interest more fundamental than national security is as true today as it was yesterday.

The essential reason for the change, in my understanding, is that the concepts involved in the formulation of an objection of that nature are so broad and so vague that, in practice, they leave much room for exaggerations and over-statements, not to mention clear abuses, which it was felt desirable to avoid with every respect for the requirements of the due administration of justice. While a confidence of the Queen's Privy Council, with the precisions given in the Act, is readily identifiable, a possible danger to international relations or national security is not so easily capable of being recognized and, as a result, may be feared and evoked somewhat too quickly, albeit in perfect good faith. That is clearly apparent in the field of international relations, but is also true, although to a somewhat lesser degree, in that of national security, and if the possibility of improper use has always been present in the former system, it will, of course, be even more present in the new one where the objection is available not only to ministers but to any person claiming interest.

1. La signification de la nouvelle règle applicable aux demandes de maintien du secret fondées sur les relations internationales ou la sécurité nationale.

<sup>a</sup> Le changement le plus important apporté par les nouvelles dispositions législatives gouvernant la divulgation de renseignements administratifs est sans aucun doute que les oppositions à la divulgation au motif que les relations internationales ou la <sup>b</sup> sécurité nationale seraient atteintes n'auront plus le caractère absolu que conservent les oppositions fondées sur la nécessité de tenir secret un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine: ces oppositions seront désormais sujettes à vérification et à examen comme toute autre opposition <sup>c</sup> fondée sur un intérêt public quelconque. Peut-on un instant penser que la raison d'un tel changement fondamental tient à ce que les relations <sup>d</sup> internationales et la sécurité nationale seraient devenues, dans l'esprit des membres du Parlement, moins cruciales qu'auparavant ou moins importantes qu'un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine? Évidemment, non. Il est aussi <sup>e</sup> vrai aujourd'hui que ce l'était hier qu'il n'y a pas d'intérêt public plus important que la sécurité nationale.

La raison essentielle de ce changement, à mon sens, est que les concepts impliqués dans la formulation d'une opposition de cette nature sont si <sup>f</sup> larges et si vagues que, dans la pratique, ils laissent place à des possibilités d'exagérations, d'amplifications, sans parler d'abus purs et simples, que l'on a cru souhaitable d'éviter par respect pour les exigences d'une bonne administration de la justice. Alors qu'un renseignement confidentiel du Conseil <sup>g</sup> privé de la Reine est, vu les précisions de la Loi, immédiatement identifiable, un éventuel danger <sup>h</sup> pour les relations internationales ou la sécurité nationale n'est pas aussi facile à reconnaître de sorte qu'il peut être redouté et évoqué un peu trop rapidement, même de parfaite bonne foi. Cela est manifeste dans le domaine des relations internationales mais cela est également vrai, quoique à un <sup>i</sup> moindre degré, dans celui de la sécurité nationale; et si la possibilité d'un usage inapproprié de l'opposition a toujours été présente dans l'ancien système, elle le sera encore plus dans le nouveau où <sup>j</sup> l'opposition est accessible non seulement aux ministres mais à toute personne qui prétend avoir un intérêt.

The new rule, as I view it, is aimed at thwarting those possible exaggerations, over-statements or abuses by giving the Court the authority to examine the information and to declare that the public interest invoked as the basis for objecting to disclose, although related to international relations or national security, is, in any given instance, outweighed in importance by the public interest in requiring disclosure for the due administration of justice. But I would think that, on it being established as a fact and not as a mere possibility that international relations or national security is to be genuinely affected by disclosure, the harm that may result to the person seeking the information, if that information is denied, will have to be great indeed for the judge to be able to say that the public interest in the due administration of justice in this particular case nevertheless is predominant and requires that the information be disclosed. I cannot express it better than did the Chief Justice when, after having acknowledged the great importance of the public interest in the due administration of justice, especially criminal justice, he goes on to say (at page 884):

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.

Which brings up the question of the factors that may be taken into account in assessing, weighing and balancing the two public interests involved. It seems to me that these factors cannot be listed or even classified in any useful way, since they must be drawn essentially from the circumstances of each case; but looking at one side of the equation, I think with the learned Chief Justice that in assessing the validity and seriousness of the claim for public-interest immunity, "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" (at page 880). I will even add that, in my view, in matters of national security, that circumstance may even be the most forceful one, because of the expertise required to properly assess the situation—an expertise a judge normally does not

La nouvelle règle, telle que je la comprends, vise à enrayer ces exagérations, ces amplifications ou ces abus en habilitant la Cour à examiner les renseignements et à déclarer que l'intérêt public invoqué pour s'objecter à leur divulgation, bien que se rapportant aux relations internationales ou à la sécurité nationale, est, dans un cas donné, surpassé en importance par l'intérêt public que leur divulgation servirait au niveau de la bonne administration de la justice. Je serais porté à penser cependant qu'une fois établi comme étant une certitude et non une simple possibilité que la divulgation causera préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale, le tort que pourrait subir la personne demandant les renseignements, si ceux-ci lui étaient refusés, devrait alors être très sérieux pour que le juge puisse encore affirmer que l'intérêt public dans la bonne administration de la justice doit néanmoins l'emporter et exiger que les renseignements soient fournis. Je ne peux mieux exprimer cette idée que ne l'a fait le juge en chef lorsque, après avoir reconnu la grande importance de l'intérêt public dans la bonne administration de la justice, spécialement la justice criminelle, il poursuit en disant (à la page 884):

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.

Ce qui soulève la question des facteurs dont il peut être tenu compte pour évaluer, peser et mettre en balance les deux intérêts publics en jeu. Il me semble que ces facteurs ne peuvent être énumérés ni même classés de façon utile étant donné qu'ils doivent être tirés essentiellement des circonstances de chaque cas. Mais pour ce qui est de l'un des termes de l'équation, je suis d'avis, comme le juge en chef, que dans l'évaluation de la justesse et du sérieux de la demande d'exemption fondée sur l'intérêt public «l'auteur de l'opposition, son intérêt au maintien du secret et sa connaissance de la nécessité du secret ont leur importance» (à la page 880). J'ajouterai même qu'à mon avis, en matière de sécurité nationale, ces éléments pourraient être les plus importants en raison de la compétence requise pour évaluer adéquatement la situation, compétence qu'un juge normalement ne

have. And, looking at the other side, I think—here again with the Chief Justice, if I read his reasons correctly—that the weight of the public interest in disclosure can only be assessed *in concreto*, according to the circumstances of the particular case, and more or less regardless of the contention of the applicant, since this assessment is here well within the field of expertise of the judge, relating as it does to the immediate purpose for which the litigant requires the information, the importance of the disclosure to achieve that purpose, the relevancy of such purpose in the whole litigation, and the interest—financial, social or moral—at stake in that litigation.

2. The two-stage approach and the test that is implied in it.

The thrust of the appellants' argument in support of the appeal was that the learned Chief Justice was wrong in reaching his conclusion before examining the files and documents sought. It was said that the reasons set out in the certificate establishing the claim and the TOP SECRET affidavit filed to substantiate it should not have been considered sufficiently clear and detailed to dispense with direct verification, the more so since much of the material had already been disclosed to the McDonald Commission. It was said also that the circumstance that the subpoenas were issued on behalf of accused individuals in a criminal case constituted in itself an exceptional circumstance requiring a thorough examination of the information required. But in fact, the main submissions in that regard were much more substantial and complex than those two opening statements, and I will endeavour to summarize them briefly as they were presented to us.

The argument goes like this. The appellants, who do not contest their participation in Operation "Ham", intend to offer as a defence to the charges of theft and conspiracy to commit theft laid against them: (a) that the operation was not undertaken fraudulently and without colour of right; and (b) that they themselves did not act fraudulently and without colour of right. This defence, in view of the factors that constitute the

possède pas. Et pour ce qui est de l'autre terme de l'équation, je crois—comme le juge en chef encore, si j'ai bien compris ses motifs—que l'importance à accorder à l'intérêt public dans la divulgation doit être appréciée *in concreto*, selon les circonstances de fait du cas particulier en cause, et plus ou moins indépendamment de la prétention du requérant, puisque cette appréciation entre à plein dans le domaine de compétence du juge, rattachée qu'elle est au but immédiat pour lequel la partie demande les renseignements, à l'importance de la divulgation de tels renseignements pour atteindre le but désiré, à la pertinence de ce but dans le litige tel que soulevé et à l'intérêt financier, social ou moral en jeu dans ce litige.

2. L'approche en deux temps et le critère qu'elle implique.

Dans leur argumentation au soutien de leur appel, les appellants ont surtout insisté sur la prétention que le juge en chef avait commise une erreur en tirant une conclusion avant d'avoir examiné les dossiers et les documents demandés. Ils ont affirmé d'abord que les motifs exposés dans l'attestation établissant l'opposition et dans l'affidavit TRÈS SECRET déposé pour l'appuyer n'auraient pas dû être considérés suffisamment clairs et détaillés pour dispenser d'une vérification directe, surtout que plusieurs des pièces demandées avaient déjà été divulguées devant la Commission McDonald. Ils ont soutenu aussi que le fait que les *subpoenas* avaient été émis au nom d'individus contre lesquels pesaient des accusations criminelles constituait en lui-même une circonstance exceptionnelle exigeant un examen approfondi des renseignements demandés. Mais en fait, leurs principaux arguments à cet égard étaient beaucoup plus sérieux et complexes que ces deux déclarations préliminaires et je vais essayer de les résumer brièvement tels qu'ils ont été présentés devant nous.

Le raisonnement se présente comme suit. Les appelants, qui ne contestent pas leur participation à l'opération «Ham», ont l'intention de contester les accusations de vol et de complot en vue de commettre un vol portées contre eux en faisant valoir en défense: a) que l'opération n'a pas été entreprise frauduleusement et sans apparence de droit, et b) qu'ils n'ont pas eux-mêmes agi frauduleusement et sans apparence de droit. Compte tenu

crime of theft under the *Criminal Code* and the importance attached to the state of mind of the person doing the act, is a serious one, albeit apparently raised in like circumstances for the first time in a Canadian court. Now, there is absolutely no doubt that the documents sought may help to establish the elements of that defence: the appellants, who are aware, at least generally, of the contents of many of the files, can attest to that fact and, in any event, the affidavit of the respondent confirms it. By requesting the documents, therefore, the appellants are not engaged in a fishing expedition; the information they seek is clearly relevant. That was sufficient to preclude the learned Chief Justice from denying their request without proceeding to an examination of the documents. Indeed, if a two-stage approach appears to be required—the judge having to assess the situation before going into the examination—the second stage should be undertaken as soon as a serious or *prima facie* case for disclosure has been established. Such a test is more in accordance with the spirit of the legislation and the thrust of the common law authorities, as shown in the most recent English case on the subject, *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.), than the one applied by the learned Chief Justice—namely, that it be immediately shown that the public interest in disclosure is at least equal in importance to that in immunity—a test which placed on the appellants a burden too onerous and too great at that stage.

Some of the propositions advanced by counsel in making this argument on which they mostly rely require special comments, but first I would like to consider generally this two-stage approach referred to and the so-called test implied therein.

That, in the case of a request for disclosure of information in respect of which an objection has been raised under sections 36.1 and 36.2 of the Act, the court must proceed by way of a potential two-stage determination of the application is to me quite clear. Authority to inspect the documents is

des éléments constitutifs du vol aux termes du *Code criminel* et de l'importance attachée à l'état d'esprit de la personne qui a posé l'acte, cette défense est sérieuse bien que ce soit la première fois apparemment qu'elle soit soulevée devant un tribunal canadien dans des circonstances analogues. Or, il n'y a absolument aucun doute que les documents demandés peuvent aider à prouver le bien-fondé des éléments de cette défense: les appellants qui sont au courant, du moins de façon générale, du contenu de plusieurs des dossiers, peuvent en attester et, de toute façon, l'affidavit de l'intimé le confirme. En demandant la production des documents, les appelants ne procèdent donc pas à une recherche à l'aveuglette; les renseignements qu'ils demandent sont manifestement pertinents. C'était suffisant pour que le juge en chef ne pût refuser leur demande sans examiner les documents. En effet, si une approche en deux étapes semble nécessaire—le juge devant évaluer la situation avant de procéder à l'examen—la seconde étape devrait être entreprise sitôt établi de façon sérieuse que le cas *prima facie* justifie la divulgation des renseignements. Un tel critère respecte mieux l'esprit de la loi et la pensée dominante de la jurisprudence et de la doctrine de *common law*, comme en atteste l'arrêt anglais le plus récent sur le sujet, *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.), que le critère appliqué par le juge en chef—soit celui voulant qu'il soit immédiatement montré que l'intérêt public dans la divulgation des renseignements est au moins aussi important que celui du maintien du secret—un critère qui imposait aux appelants, à ce stade, un fardeau trop onéreux et trop grand.

Certaines des propositions avancées par les procureurs en développant cette argumentation qu'ils considéraient fondamentale méritent des commentaires spéciaux, mais j'aimerais d'abord parler de façon générale de cette approche en deux temps dont il a été question et du prétendu critère qu'elle implique.

Il me paraît clair que pour adjuger sur une demande de divulgation de renseignements contre laquelle une opposition a été présentée en vertu des articles 36.1 et 36.2 de la Loi, le tribunal se doit de procéder en vertu d'une analyse pouvant comprendre deux étapes. Le tribunal est investi du pouvoir

vested in the court, but no duty is imposed on it to do so; and it seems to me that an authority of that kind would be abused if it were exercised unre-  
servedly, uselessly and for any other reason than because it is required to arrive at a conclusion. This observation, to me, not only confirms the inevitability of the two-stage approach but, at the same time, indicates the nature of the so-called test that is implied in it. The court will proceed to the second stage and examine the documents if, and only if, it is persuaded that it must do so to arrive at a conclusion or, put another way, if, and only if, on the sole basis of the material before it, it cannot say whether or not it will grant or refuse the application. Now, many reasons may be thought of that may lead the court to reach a conclusion on the sole basis of the material before it: an easy possibility is a lack of seriousness in the contention that, in the circumstances, some public interest requires immunity; another is the frivolity of the request for disclosure, because the information sought would likely have no bearing on the litigation in which the applicant is involved; still another is the unreasonableness of the application, it being clearly of the nature of a fishing expedition. But the reason most likely to come to the fore is certainly the acquired certitude in the mind of the judge that even if the information sought is of the nature or to the effect expected by the applicant, there is no possibility that the importance of the public interest in keeping the information secret will be outweighed by the importance of the public interest in disclosing it. To me, all that is common sense, and I do not read the Chief Justice's comments in support of the approach he was adopting as meaning anything beyond that.

Nor do I read the English cases on the subject as holding a different view. The speeches in the *Air Canada* case, on which the appellants so much rely, contain many passages emphasizing that a likelihood that the documents would support the case of the party seeking discovery has to be established before the court can decide to proceed to inspection, and it is true that this requirement is, at times, presented as a test. I have no difficulty with that, however. It is indeed a test; it is even the most basic one, which was immediately put in

d'inspecter les documents, mais il n'a pas l'obligation de le faire, et il me semble qu'il en abuserait s'il exerçait ce pouvoir sans réserve, inutilement et pour tout autre motif que pour les besoins de la décision qu'il doit rendre. Cette observation, pour moi, non seulement confirme la nécessité d'une approche en deux étapes mais elle met en lumière en même temps la nature du prétendu critère qu'une telle approche implique. Le tribunal passera à la deuxième étape et examinera les documents si, et seulement si, il est convaincu qu'il doit le faire pour arriver à une conclusion ou, en d'autres termes, si et seulement si, à partir des pièces qui lui ont été soumises, il ne peut dire s'il doit accepter ou rejeter la demande. Or, on peut songer à bien des raisons susceptibles d'amener le tribunal à rendre sa décision en se fondant uniquement sur les pièces qui lui ont été soumises: une raison simple pourrait être le manque de sérieux de l'allégation selon laquelle un quelconque intérêt public nécessite le maintien du secret; une autre pourrait être le caractère futile de la demande de divulgation parce que les renseignements recherchés ne pourraient vraisemblablement avoir quelque incidence que ce soit sur le litige dans lequel le requérant est impliqué; une autre encore pourrait être le caractère déraisonnable d'une demande faite manifestement en vue d'une recherche à l'aveuglette. Mais la raison la plus susceptible de se présenter est sans doute la certitude devenue acquise dans l'esprit du juge que, même si l'information demandée est de la nature et dans le sens supposés par le demandeur, il n'est pas possible que l'intérêt public favorisant la divulgation de l'information l'emporte sur l'intérêt public exigeant le maintien du secret à son sujet. C'est pour moi le bon sens même et, à mon avis, les commentaires du juge en chef au sujet de la méthode qu'il a adoptée ne signifient rien de plus.

Les arrêts anglais sur le sujet ne contiennent pas, à mon sens, une façon différente de voir les choses. Dans les motifs fournis au soutien de l'arrêt *Air Canada*, que les appelants ont invoqué avec insistance, il est souligné à maintes reprises qu'une preuve à l'effet que les documents pourraient vraisemblablement servir la cause de la partie qui en demande la divulgation doit être faite avant que le tribunal ne puisse décider de procéder à leur examen, et il est vrai que cette exigence est souvent présentée comme un critère. Je ne vois aucun

question in the minds of their Lordships in the circumstance of that case, since discovery and even inspection was there refused simply because it had not been shown that the documents sought, whatever their content, would really help the applicant. But I do not understand the decision as implying that this most basic test had to be seen as the only one, or the final and decisive one.

I come now to some specific points made by the appellants in the course of their argument.

(a) The question of where lay the burden of proof was again raised and discussed in appeal, as it had been at first instance. The learned Chief Justice did not consider it necessary to deal at length with it, since "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" (at page 891). I do not think that I have to dwell on it either, but I will permit myself some brief comments. It is trite to say that normally the party whose case depends on the past or actual existence of a fact which is neither of common knowledge nor presumed by law, has the burden of convincing the judge that such "existence" is at least probable. If the question of where lies the onus here relates to the very conclusion the judge must reach to order disclosure—namely, that the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest—the answer is, necessarily, on the applicant; if it relates to intermediate facts, it will obviously vary from one side to the other according to which side will be prejudiced by the particular facts involved remaining doubtful. So, I do not see why the question of onus would have a particular meaning or bearing in an application of the kind here in question and how it could be settled in advance, whether at the first or second stage of the so-called two-stage approach.

problème là, cependant. Il s'agit effectivement d'un critère, et même d'un critère fondamental, que les circonstances de l'espèce mettaient là en jeu, puisque les lords juges refusaient la divulgation et même l'examen des documents pour le seul motif qu'il n'avait pas été démontré que les documents demandés, quel que soit leur contenu, pouvaient réellement aider le demandeur. Cependant, tel que je comprends la décision, elle n'implique nullement que ce critère fondamental doit être considéré comme le critère unique ou comme le critère final et décisif.

J'en viens maintenant à quelques propositions particulières avancées par les appelants au cours de leur argumentation.

a) La question de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve a été de nouveau soulevée et débattue en appel comme elle l'avait été en première instance. Le juge en chef n'a pas pensé nécessaire de l'examiner en profondeur puisque «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» (à la page 891). Je ne crois pas devoir insister sur ce point non plus, mais je vais toutefois me permettre de faire quelques observations. Il va sans dire que, normalement, la partie dont la cause dépend de l'existence présente ou passée d'un fait qui n'est ni notoire ni présumé par la loi, a la charge de convaincre le juge que cette «existence» est au moins probable. Si la question de savoir où repose la charge de la preuve dans le cas présent se rapporte à la conclusion même à laquelle le juge doit arriver pour ordonner la production—c'est-à-dire que l'intérêt public servi par la divulgation l'emporte sur l'intérêt public spécifique invoqué—la réponse est nécessairement que cette charge appartient au requérant; si la question se rapporte à des faits intermédiaires, la réponse variera indiquant l'une ou l'autre partie, cette charge reposant sur la partie qui subira le préjudice si les faits particuliers en cause restent douteux. Je ne vois donc pas pourquoi la question de la charge de la preuve aurait une signification ou une importance particulière dans une demande comme celle dont il s'agit ici, ni non plus comment elle pourrait être déterminée à l'avance, que ce soit à la première ou à la deuxième étape de l'approche dite en deux temps.

(b) As indicated above, the appellants contended that the certificate filed by the respondent and the TOP SECRET affidavit sworn in supplement thereof were lacking in clarity and details, and they found support for their contention in the following passage of the judgment (at page 904):

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.

I confess to having some difficulty with this passage. The appellants claim that, despite the reserve at the outset, the learned Judge's comments cannot be understood otherwise than as a general and clear criticism. If it is the case, I will, with respect, disassociate myself from such criticism. I do not see how, in a case where national security is involved and the documents sought are described as files, a certificate, which is to be public, and the affidavit in support thereof, which, although meant to remain secret, is to be analysed by all the lawyers involved, can go into more specifications and details without jeopardizing the very purpose for which immunity is claimed. It is true that the court is thereby left without being able to assess the gravity of the risk to national security that might be involved, at least with respect to each document, before proceeding to a full inspection; but then, if such an assessment of the gravity of the risk is required to reach a conclusion, inspection will have to be done—that is all there is to it. It is to be expected, however, that in many cases, such as this one, an assessment of the gravity of the risk will not be considered necessary.

(c) A last point. The appellants have found refuge repeatedly in the fact that they were not on a "fishing operation", it being all but acknowledged that some of the documents sought would be relevant to their case. I agree that this is not a "fishing operation" in the sense usually given to the expression when applied to discovery proceed-

b) Comme je l'ai dit plus haut, les appelants ont prétendu que l'attestation déposée par l'intimé et l'affidavit TRÈS SECRET qui l'accompagnait n'étaient pas suffisamment clairs et détaillés. Ils ont trouvé appui pour leur prétention dans le passage suivant tiré du jugement (à la page 904):

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.

J'avoue que ce passage me cause quelques difficultés. Les appelants affirment que, malgré la réserve faite du début, les commentaires du juge ne peuvent s'interpréter autrement qu'en une critique claire et générale. Si tel est le cas, je dois avec respect me dissocier d'une telle critique. Je ne vois vraiment pas comment, dans un cas où la sécurité nationale est en jeu et où les documents réclamés sont décrits comme étant des dossiers, l'attestation, qui doit être publique, et l'affidavit qui l'accompagne et qui, bien que destiné à rester confidentiel, doit être analysé par tous les avocats en cause, pourraient donner plus de précisions et de détails sans mettre en danger le but même pour lequel le maintien du secret est demandé. Il est vrai qu'il est alors impossible pour le tribunal d'évaluer la gravité du danger qui pourrait exister pour la sécurité nationale, du moins en ce qui concerne chaque document, avant de procéder à un examen complet. Mais alors, si l'évaluation de la gravité du danger est requise pour arriver à une décision, un examen devra être effectué: c'est tout ce qui en est. Il faut s'attendre toutefois que, dans bien des cas, comme en l'espèce, l'évaluation de la gravité du danger ne sera pas jugée nécessaire.

c) Un dernier point. Les appelants se sont fréquemment abrités derrière l'argument qu'ils n'effectuaient pas une «recherche à l'aveuglette», puisqu'il était pratiquement admis que certains des documents demandés seraient pertinents pour leur preuve. J'admets qu'il ne s'agit pas d'une «recherche à l'aveuglette» au sens habituel donné à cette

ings: the appellants are not going completely blind. But it seems to me that requiring 7,500 pages of documents in order to locate a few that may be helpful can easily be seen as not so completely different from a fishing expedition.

### 3. The learned Chief Justice's appreciation of the evidence before him.

It is well known that on an ordinary appeal from a judgment of first instance, the appellate court's role is not to retry the case on the facts, and while it must ascertain that the trial judge has not made some error in his appreciation of the evidence as a whole, "it is not . . . a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial" (Ritchie J. delivering the judgment of the Court in *Stein, et al. v. The Ship "Kathy K", et al.*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 808). Is the present appeal governed by the same basic principle?

I think not. Appeals under subsections 36.1(5) or 36.2(3) of the Act, as I understand the new legislation, cannot be treated as ordinary appeals, where the preoccupation is strictly to verify whether or not there is error in the judgment appealed from (not whether it was the only or even the best judgment that could have been rendered). They are appeals against the "determination" made, the word being given, as I understand it, a substantial rather than a formal meaning, one that points to the conclusion itself reached by the judge, to his very appreciation of the situation, an appreciation which, to a large extent, remains a moral appreciation based on personal feelings and convictions. In any event, considering that the appeal court is in as good a position as the first judge in so far as the correct perception of the context is concerned, since the whole of the evidence is necessarily written evidence, and considering also that the appreciation to be verified is not susceptible of degrees, it being the result of a straight "balancing", the court must necessarily intervene if its appreciation turns out to be different from that of the trial judge. In other words, because of the particular matters involved and the scheme of the legislation, the appeal requires the court to pro-

expression lorsqu'elle s'applique à des procédures de communication préalable: les appelants ne procèdent pas complètement au hasard. Il me semble cependant que requérir 7 500 pages de documents en vue d'en retracer quelques-uns qui pourraient être utiles, n'est pas complètement différent d'une recherche à l'aveuglette.

### 3. Appréciation par le juge en chef de la preuve qui lui a été soumise.

On sait bien que dans un appel ordinaire d'un jugement de première instance, la cour d'appel n'a pas pour rôle de réentendre l'affaire sur les faits et, bien qu'elle doive s'assurer que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans l'appréciation de l'ensemble de la preuve, «il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès» (le juge Ritchie prononçant le jugement de la Cour dans *Stein, et autres c. Les navires «Kathy K», et autres*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 808). Le même principe fondamental doit-il régir le présent appel?

Je ne crois pas. Tel que je comprends la législation nouvelle, les appels formés en vertu des paragraphes 36.1(5) et 36.2(3) de la Loi ne peuvent être traités comme de simples appels dans lesquels il s'agit essentiellement de vérifier si une erreur a été commise dans le jugement dont est appel (et non pas de vérifier si le jugement rendu était le seul ou même le meilleur possible). Il s'agit d'appels contre la «détermination» faite, le terme étant pris, selon moi, dans un sens qui s'attache au contenu plutôt qu'à la forme, un sens qui vise la conclusion même du juge, son appréciation de la situation qui, dans une large mesure, demeure une appréciation morale fondée sur des convictions et des sentiments personnels. De toute façon, comme la cour d'appel est aussi bien placée que le juge de première instance pour se faire une idée juste du contexte, puisque la preuve est nécessairement soumise par écrit, et comme, en outre, l'appréciation à vérifier n'est pas susceptible de degrés puisqu'elle doit résulter d'un strict balancement, la cour doit obligatoirement intervenir s'il arrive que son appréciation s'avère différente de celle du juge de première instance. En d'autres termes, en raison des questions particulières en cause et de l'esprit des dispositions législatives, l'appel exige de la



ceed to an appreciation of its own without having to give special weight to that of the first judge.

I thought I had to take a position on this preliminary question, but, in fact, it could not have much bearing on my attitude in this case, since my own appreciation of the situation is, in all respects, parallel to that of the learned Chief Justice—so much so, indeed, that I wish simply to refer to his analysis of the material put before him and his reactions as to the relative importance of the two conflicting public interests involved.

It would serve no purpose to go through the evidence again, but maybe I could very briefly summarize the situation as I see it. The case in favour of immunity is very rapidly, but at once very forcefully, put: national security and international relations will be injured. To what extent? It is not established, but, to a certain extent, undoubtedly, even if disclosure is ordered with respect to single documents only, since these documents, taken from files, will have to be placed into context if they are to be used for their real meaning. The claim is, indeed, a class claim, one based on the character of the document, as well as a content claim. The case in favour of disclosing is much more complex to assess. The appellants are charged with important criminal offences, it is true, although they certainly do not face the prospect of severe punishment nor can they expect great social reprobation; they need the documents for their defence, and they have a fundamental right to resort to any defence that can help them prove their innocence, it is also true, although the particular defence they have in mind, if serious, is nevertheless still problematic as to its legal value. But beyond that and more immediately, what is the real interest that the appellants have in disclosure? It is, as I see it, to buttress their testimonies and to avoid the risk that the jury, at the end of the trial, will come to the unanimous conclusion that the appellants' contentions and those of all the members of the Security Service of the R.C.M.P. at the time of the events, including the Director, contentions confirmed by a series of documents put in evidence and accepted by the McDonald Commission, are unbelievable, unacceptable, made-up excuses and lies; more precisely, that Operation "Ham" was not a "Puma" operation,

pour qu'elle procède à sa propre appréciation sans être tenue d'accorder une importance particulière à celle du juge de première instance.

J'ai cru devoir prendre parti sur cette question préliminaire mais, en fait, elle ne pouvait avoir beaucoup d'influence sur mon attitude dans ce cas-ci car mon appréciation de la situation est, à tous égards, parallèle à celle du juge en chef, si bien que je me référerai simplement à son analyse des pièces qui lui ont été soumises et à ses réactions quant à l'importance relative des deux intérêts publics qui s'opposent en l'espèce.

Il ne servirait à rien de réviser de nouveau toute la preuve mais peut-être pourrais-je résumer très brièvement la situation telle que je la vois. La cause en faveur du maintien du secret est présentée de façon fort brève mais aussi fort convaincante: la sécurité nationale et les relations internationales subiront un préjudice. Dans quelle mesure? Cela n'est pas établi mais dans une certaine mesure indubitablement, et ce même si la divulgation n'est ordonnée que pour des documents isolés, car ces documents, extraits de dossiers, devront être replacés dans leur contexte si on veut les utiliser dans leur sens exact. L'opposition, en effet, en est une de ce genre, c'est-à-dire qui s'appuie sur la nature même des documents, en même temps qu'une de contenu. La cause en faveur de la divulgation des renseignements est beaucoup plus difficile à évaluer. Les appelants sont accusés d'actes criminels graves, c'est vrai, encore qu'ils n'ont sans doute pas à envisager la perspective d'une peine rigoureuse ni le spectre d'une réprobation sévère de la société; ils ont besoin des documents pour leur défense et ils ont un droit fondamental de recourir à tout moyen de défense capable de les aider à prouver leur innocence, c'est également vrai, encore que le moyen de défense envisagé, même s'il est sérieux, demeure problématique du point de vue de sa valeur juridique. Mais au-delà de cela et plus immédiatement, quel est l'intérêt réel des appelants à ce que les renseignements soient divulgués? Il s'agit pour eux, comme je vois les choses, d'étayer leurs témoignages afin d'éviter le danger que le jury en arrive à la fin du procès à la conclusion unanime que leurs allégations et celles de tous les membres du Service de sécurité de la GRC au moment des événements, y compris son

one of those operations involving surreptitious entries for intelligence-gathering purposes officially established within the R.C.M.P. Security Service; that this particular operation was not conceived, authorized and undertaken as a means to provide information in the course of an investigation relating to some very specific matters pertaining to the duties of the Service. To accept that national security and international relations be injured, even to only the slightest extent, in order that such a remote risk of extreme incredulity on the part of twelve members of a jury be avoided, would appear to me, I say it with respect, totally unreasonable.

I would dismiss the appeal.

directeur, allégations confirmées par une série de documents déposés en preuve devant la Commission McDonald et acceptés par elle, sont invraisemblables et inadmissibles, et qu'elles constituent de fausses excuses et des mensonges; afin d'éviter plus particulièrement le danger que le jury en arrive à la conclusion que l'opération «Ham» n'était pas une opération «Puma», l'une de ces opérations impliquant l'entrée clandestine dans des locaux afin d'y recueillir des renseignements qui étaient devenues un mode d'opération officiel du Service de sécurité de la GRC; et que l'opération «Ham» n'avait pas été conçue, autorisée ni entreprise pour obtenir des renseignements dans le cadre d'une enquête relative à des questions précises relevant des obligations du Service. Accepter que la sécurité nationale et les relations internationales soient compromises, même seulement dans une mesure très restreinte, pour éliminer le risque d'une incrédulité aussi extrême de la part des douze membres du jury, m'apparaîtrait, je le dis avec respect, totalement irraisonnable.

Je rejetterais l'appel.