

CSIS 66-85

SCRS 66-85

Harjit Singh Atwal (Applicant)

v.

The Queen (Respondent)*

INDEXED AS: ATWAL v. CANADA

Heald J.—Ottawa, March 26, 27 and April 30, 1987.

Security Intelligence — Warrant issued after hearing under CSIS Act, s. 21 — Evidence obtained thereunder to be used in conspiracy to commit murder prosecution — Intercepted telecommunications — Motion to rescind warrant for non-compliance with s. 21, as contravening search and seizure standards of Charter s. 8 and as affidavit in support not justifying issuance — Non-applicability of Criminal Code case law to CSIS warrants since objectives of Code and CSIS Act different — Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30-40 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.13 (as added by S.C. 1973-74, c. 50, s. 2; 1976-77, c. 53, s. 9), 423(1)(a) (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 62), 443(1)(b) (as am. idem, s. 69), 577(3) — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 330 (as am. by SOR/79-58, s. 1).

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search or seizure — Canadian Security Intelligence Service Act s. 21 wiretap and search warrant — No “unreasonable” search or seizure — No requirement Court be satisfied, before issuing warrant, offence committed or evidence thereof to be found at place of search — Provisions of CSIS Act not required to coincide with standards established by Southam case for Criminal Code matters — Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30-40 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 8 — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23.

* Editor's note: This decision has now been reversed on appeal (Mahoney and MacGuigan JJ. with Hugessen J. dissenting in part). The majority held that “in the absence of an objection under section 36.1 of the *Canada Evidence Act*, the learned Judge should have ordered disclosure of the affidavit after deleting therefrom anything from which the identity of any person described in paragraph 18(1)(a) and/or (b) of the Act can be inferred”. The reasons for judgment of the Federal Court of Appeal will be published in the *Canada Federal Court Reports* on a top priority basis.

Harjit Singh Atwal (requérant)

c.

a

La Reine (intimée)*

RÉPERTORIÉ: ATWAL c. CANADA

Le juge Heald—Ottawa, 26 et 27 mars et 30 avril 1987.

Renseignement de sécurité — Mandat décerné après audition tenue conformément à l'art. 21 de la Loi sur le SCRS — Les éléments de preuve y obtenus devant être utilisés dans le cadre d'une poursuite visant un complot pour commettre un meurtre — Interception de télécommunications — Requête en annulation du mandat pour manque de conformité avec l'art. 21, aux motifs qu'il est contraire aux critères de l'art. 8 de la Charte relatifs aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies et que l'affidavit justificatif ne justifie pas le mandat — La jurisprudence en matière de droit criminel ne s'applique pas aux mandats décernés en vertu de la Loi sur le SCRS car les objectifs de cette Loi et ceux du Code criminel sont différents — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21, art. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30 à 40 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.13 (ajouté par S.C. 1973-74, chap. 50, art. 2; 1976-77, chap. 53, art. 9), 423(1)(a) (mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 62), 443(1)(b) (mod., idem, art. 69), 577(3) — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 330 (mod. par DORS/79-58 art. 1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles, perquisitions ou saisies — Mandat d'interception de communications et de perquisition fondé sur l'art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — Aucune perquisition ou saisie «abusives» — Rien n'exige que la Cour soit convaincue, avant de décerner le mandat, qu'une infraction a été commise ou que des preuves de sa perpétration se trouvent au lieu de la perquisition — Les dispositions de la Loi sur le SCRS n'ont pas à être conformes aux normes établies par l'arrêt Southam relativement aux affaires relevant du Code criminel — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21, art. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30 à 40 — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 8 — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23.

* Note de l'arrêtiste: Cette décision a été infirmée en appel (les juges Mahoney et MacGuigan, et le juge Hugessen dissident en partie). Selon l'opinion de la majorité, «en l'absence d'une objection soulevée conformément à l'article 36.1 de la *Loi sur la preuve au Canada*, il incombait au juge d'ordonner la production de l'affidavit après y avoir supprimé tout renseignement qui aurait permis de découvrir l'identité d'une personne visée aux alinéas 18(1)(a) et b) de la Loi». Les motifs du jugement de la Cour d'appel seront publiés sous peu dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

Practice — Privilege — Solicitor-client privilege — Interception of solicitor-client communications under Canadian Security Intelligence Service Act s. 21 warrant — State security versus solicitor-client confidentiality — Validity of warrant not affected where curtailment of privilege sufficiently limited in warrant — Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30-40 — Penitentiary Act, R.S.C. 1970, c. P-6.

Practice — Discovery — Production of documents — National security — Secret affidavit sworn in support of application for warrant under Canadian Security Intelligence Service Act s. 21 — Special circumstances permitting Court to depart from general rule of full disclosure of all Court documents to all parties — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1 (as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4), 36.2 (as added idem) — Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30-40 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.13 (as added by S.C. 1973-74, c. 50, s. 2; 1976-77, c. 53, s. 9), 423(1)(a) (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 62), 443(1)(b) (as am. idem, s. 69), 577(3) — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 330 (as am. by SOR/79-58, s. 1).

On July 26, 1985, a Federal Court judge issued a wiretap and search warrant directed against the applicant pursuant to section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) for the investigation of a threat to the security of Canada. In September 1986, the applicant was charged, along with eight other individuals, with conspiracy to commit murder. The prosecutor proposes to introduce into evidence at trial certain tapes and transcripts of telecommunication intercepted pursuant to the section 21 warrant. Two of the intercepted telephone calls involved a solicitor. They were both dealt with in accordance with the conditions of the warrant: an authorized member of the Service determined that they did not relate to the threat to the security of Canada specified in the warrant and ordered those conversations erased from the tape.

This is an application pursuant to Rule 330 for an order rescinding the warrant. The applicant submits: a) that the warrant is invalid on its face because it fails to comply with section 21 of the CSIS Act; b) that the warrant and its authorizing statute are invalid on their face because they violate the Charter guarantee against unreasonable search and seizure; c) that the warrant may be invalid because the affidavit filed in support thereof did not justify its issuance (which raises the issue of the disclosure of a secret affidavit dealing with national security).

Held, the application should be dismissed.

Pratique — Communications privilégiées — Caractère confidentiel des communications entre un procureur et son client — Interception des communications entre un avocat et son client en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — La sécurité de l'État versus le secret professionnel de l'avocat — La validité du mandat n'est pas touchée lorsque le mandat restreint suffisamment l'atteinte portée au privilège en cause — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21, art. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30 à 40 — Loi sur les pénitenciers, S.R.C. 1970, chap. P-6.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Sécurité nationale — Affidavit secret déposé à l'appui de la demande d'un mandat prévu par l'art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — Des circonstances spéciales justifient la Cour de déroger à la règle générale prévoyant pleine et entière divulgation aux parties des documents déposés à la Cour — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1 (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4), 36.2 (ajouté, idem) — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21, art. 2, 7(1)(b), 21, 26, 27, 30 à 40 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.13 (ajouté par S.C. 1973-74, chap. 50, art. 2; 1976-77, chap. 53, art. 9), 423(1)(a) (mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 62), 443(1)(b) (mod., idem, art. 69), 577(3) — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 330 (mod. par DORS/79-58, art. 1).

Le 26 juillet 1985, un juge de la Cour fédérale a décerné contre l'appelant un mandat autorisant l'interception de communications et les perquisitions, conformément à l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) relativement à une enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada. En septembre 1986, le requérant a été accusé, avec huit autres individus, d'avoir conspiré pour commettre un meurtre. Le procureur de la poursuite entend présenter en preuve, lors du procès, certains enregistrements et certaines transcriptions de télécommunications interceptées en vertu du mandat décerné sous le régime de l'article 21. Un procureur a participé à deux des appels téléphoniques interceptés. Le Service a agi conformément aux conditions du mandat relativement à ces deux appels: un membre autorisé du Service a décidé que les appels ne se rapportaient pas aux menaces envers la sécurité du Canada dont il était question dans le mandat, et il a ordonné que ces conversations soient effacées de la bande.

Il s'agit d'une demande fondée sur la Règle 330, sollicitant une ordonnance annulant le mandat en question. Le requérant allègue ce qui suit: a) l'invalidité du mandat ressort à sa simple lecture parce qu'il n'est pas conforme aux dispositions de l'article 21 de la Loi sur le SCRS; b) l'invalidité du mandat et de sa loi habilitante ressort à la simple lecture de ces documents parce qu'ils ne respectent pas les normes constitutionnelles visant les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives; c) le mandat pourrait être invalide parce que l'affidavit déposé à l'appui de la demande de mandat ne justifiait pas cette demande (ce qui soulève la question de la production d'un affidavit secret portant sur la sécurité nationale).

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

Because of the distinctly different legislative purposes, there is, necessarily, a different focus to be applied when interpreting "information-oriented" and "open-ended" domestic surveillance legislation as opposed to the focus to be given to the application and interpretation of normal "result-oriented" and "closed" law enforcement legislation such as the *Criminal Code* of Canada. There was, therefore, no need for the issuing judge to specify in writing that he was satisfied as to the matters specified in paragraphs 21(2)(a) and (b). Nor was it necessary to specify the alleged threat to which the warrant relates or to limit more precisely the seizures of oral or written communications or things to those which relate to the alleged threat. The very nature of the investigation and the prevention of terrorism necessitate a broad authority to intercept.

Solicitor-client confidentiality is not to be interfered with lightly. Interference should be allowed only to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation. The detection and prevention of political terrorism represents a compelling public interest entitled to great weight when placed on the scale to be weighed against possible curtailment of solicitor-client confidentiality. The conditions of the warrant in this regard represent a reasonable balancing of the competing interests.

The warrant does not violate the guarantee against unreasonable search or seizure in section 8 of the Charter. The decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, setting out the principal requirements for a valid search or seizure, is relied upon by the applicant. That same case, however, adds that "where State security is involved . . . the relevant standard might well be a different one". Thus, the requirements that the presiding judge be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed and that evidence of the offence will be found at the place of the search do not apply herein. Nothing in the CSIS Act requires evidence of the commission of an offence to be before the Court when a section 21 warrant is issued since the Act seeks not to react to events but rather advance warning of security threats. Furthermore, the safeguards and procedures set out in the Act satisfy the criteria of reasonableness required under section 8 of the Charter.

The Crown cannot rely on sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act* to oppose the disclosure of the supporting affidavit based on injury to national security because it has failed to raise the objection in the manner required by that Act. Although, as a general rule, the applicant in a proceeding such as this is entitled to disclosure of all documents in the Court record, that right is not absolute. The judge has a discretion to deny access to any Court document when, as in the present case, it is warranted by special circumstances such as preserving the Security Service's ability to investigate political terrorism and to discharge its mandate in the interests of national security.

Comme la législation sur la surveillance interne « tournée vers l'information » et « moins délimitée » d'une part, et d'autre part, la législation répressive ordinaire, « qui cherche des résultats » et se déroule pratiquement en « vase clos », tel notre *Code criminel*, ont des objets carrément différents, leur interprétation respective se fait nécessairement dans une optique différente. Par conséquent, le juge qui a décerné le mandat attaqué n'avait pas à préciser par écrit qu'il était convaincu que les exigences des alinéas 21(2)a) et b) avaient été respectées. Il n'avait pas non plus à préciser la menace prétendue à laquelle se rapporte le mandat, ni à limiter davantage les saisies de communications orales ou écrites ou de pièces à celles qui ont un rapport avec la menace prétendue. La nature même de l'enquête et de la prévention du terrorisme exige un large pouvoir d'interception.

La violation du secret professionnel de l'avocat ne doit pas être prise à la légère. Elle ne devrait être autorisée que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante. La détection et la prévention du terrorisme politique constituent un intérêt public vital auquel il faut reconnaître une grande importance lorsqu'on le compare à une atteinte possible au caractère confidentiel des relations entre avocat et client. Les conditions du mandat établissent un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés en cause.

Le mandat ne viole pas la garantie contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives prévue à l'article 8 de la Charte. Le requérant se fonde sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*, qui expose les exigences principales que doivent respecter une fouille, une perquisition ou une saisie pour être valides. Le même arrêt ajoute cependant que « lorsque la sécurité de l'État est en cause . . . le critère pertinent pourrait bien être différent ». Donc, l'exigence selon laquelle le juge président du tribunal doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve de l'infraction se trouvent à l'endroit de la perquisition ne s'applique pas en l'espèce. Aucune disposition de la Loi sur le SCRS n'exige que des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction soient présentés au tribunal lors de la délivrance d'un mandat visé à l'article 21, puisque la Loi ne met pas l'accent sur la réaction à des événements mais vise plutôt la détection rapide des menaces envers la sécurité. De plus, les garanties et les méthodes prévues par la Loi satisfont aux critères applicables au caractère raisonnable que l'article 8 de la Charte exige relativement aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies.

La Couronne ne peut se fonder sur les articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour s'opposer à la production de l'affidavit justificatif en invoquant une atteinte à la sécurité nationale parce qu'elle n'a pas soulevé cette objection de la façon requise par cette Loi. Bien que règle générale, dans une affaire comme la présente instance, le requérant ait le droit d'exiger la divulgation de tous les documents versés au dossier de la Cour, ce droit n'est pas absolu. Le juge a le pouvoir discrétionnaire de refuser la communication de tout document versé au dossier de la Cour lorsque, comme c'est le cas en l'instance, des circonstances spéciales le justifient, comme l'importance qu'il y a à préserver la capacité du Service de sécurité d'enquêter sur le terrorisme politique et de remplir son mandat dans l'intérêt de la sécurité nationale.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Eastman Photographic Materials Company Limited v. The Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks, [1898] A.C. 571 (H.L.); *United States v. United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division et al.*, 32 L.Ed. (2d) 752 (U.S.S.C. 1972); *Regina v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.); *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; 50 C.C.C. (2d) 495; *Gold v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 642; 4 C.P.C. (2d) 20 (T.D.), affirmed [1986] 2 F.C. 129; 25 D.L.R. (4th) 285 (C.A.); *Kevork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753; 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.); *R. v. Kevork, Balwin and Gharakhanian* (1986), 27 C.C.C. (3d) 523 (Ont. H.C.J.); *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.); affirmed [1983] 2 F.C. 463; (1984), 10 C.C.C. (3d) 492 (C.A.); *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; 65 C.C.C. (2d) 129; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50 (T.D.); *Rice v. National Parole Board* (1986), 16 Admin. L.R. 157 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Descôteaux et al. v. Mierzwinski, [1982] 1 S.C.R. 860; 70 C.C.C. (2d) 385; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; 14 C.C.C. (3d) 97; *Volckmar v. Krupp*, [1958] O.W.N. 303 (Ont. H.C.J.); *Bunker Ramo Corp. v. TRW Inc.*, [1980] 2 F.C. 488; 47 C.P.R. (2d) 159 (T.D.).

CONSIDERED:

Regina v. Welsh and Ianuzzi (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.); *Lyons et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; 15 C.C.C. (3d) 417.

REFERRED TO:

Grabowski v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 434; 22 C.C.C. (3d) 449; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; 9 C.C.C. (3d) 97.

COUNSEL:

Michael Code and *David Gibbons* for applicant.
John H. Sims, Q.C. and *Douglas R. Wyatt* for respondent.
Alexander Budlovsky for Attorney General of British Columbia.

SOLICITORS:

Ruby & Edwardh, Toronto, for applicant.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

The Eastman Photographic Materials Company Limited v. The Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks, [1898] A.C. 571 (H.L.); *United States v. United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division et al.*, 32 L.Ed. (2d) 752 (C.S. E.-U. 1972); *Regina v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.); *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; 50 C.C.C. (2d) 495; *Gold c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 642; 4 C.P.C. (2d) 20 (1^{re} inst.), confirmé par [1986] 2 C.F. 129; 25 D.L.R. (4th) 285 (C.A.); *Kevork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753; 17 C.C.C. (3d) 426 (1^{re} inst.); *R. v. Kevork, Balwin et Gharakhanian* (1986), 27 C.C.C. (3d) 523 (H.C.J. Ont.); *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1^{re} inst.); confirmé par [1983] 2 C.F. 463; (1984), 10 C.C.C. (3d) 492 (C.A.); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; 65 C.C.C. (2d) 129; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378; (1984), 9 Admin. L.R. 50 (1^{re} inst.); *Rice c. Commission nationale des libérations conditionnelles* (1986), 16 Admin. L.R. 157 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Descôteaux et autre c. Mierzwinski, [1982] 1 R.C.S. 860; 70 C.C.C. (2d) 385; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; 14 C.C.C. (3d) 97; *Volckmar v. Krupp*, [1958] O.W.N. 303 (H.C.J. Ont.); *Bunker Ramo Corp. c. TRW Inc.*, [1980] 2 C.F. 488; 47 C.P.R. (2d) 159 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Regina v. Welsh and Ianuzzi (No. 6) (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.); *Lyons et autre c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; 15 C.C.C. (3d) 417.

DÉCISIONS CITÉES:

Grabowski c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 434; 22 C.C.C. (3d) 449; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; 9 C.C.C. (3d) 97.

h AVOCATS:

Michael Code et *David Gibbons* pour le requérant.
John H. Sims, c.r. et *Douglas R. Wyatt* pour l'intimée.
Alexander Budlovsky pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

PROCUREURS:

Ruby & Edwardh, Toronto, pour le requérant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Attorney General of British Columbia for the Province of British Columbia.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Le procureur général de la Colombie-Britannique pour la province de la Colombie-Britannique.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

HEALD J.: This is an application pursuant to Rule 330 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-58, s. 1)] for an order rescinding a warrant dated July 26, 1985, and issued by me after an *ex parte* hearing in Federal Court File CSIS 66-85 pursuant to the provisions of section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (CSIS Act). Rule 330 provides:

LE JUGE HEALD: Il s'agit d'une demande fondée sur la Règle 330 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/79-58, art. 1)] et sollicitant une ordonnance annulant le mandat en date du 26 juillet 1985 que j'ai décerné à la suite d'une audition tenue *ex parte* (dossier numéro SCRS 66-85 de la Cour fédérale) conformément aux dispositions de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, chap. 21 (Loi sur le SCRS). La Règle 330 porte:

Rule 330. The Court may rescind

Règle 330. La Cour peut annuler

(a) any order that was made *ex parte*, or

a) toute ordonnance rendue *ex parte*, ou

(b) any order that was made in the absence of a party who had failed to appear through accident or mistake or by reason of insufficient notice of the application;

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui a omis de comparaître par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis de requête insuffisant;

but no such rescission will affect the validity or character of anything done or not done before the rescinding order was made except to the extent that the Court, in its discretion, by rescission order expressly provides.

mais une telle annulation n'affecte ni la validité ni la nature d'une action ou omission antérieure à l'ordonnance d'annulation sauf dans la mesure où la Cour, à sa discrétion, le prévoit expressément dans son ordonnance d'annulation.

My jurisdiction to issue the impugned order is derived from section 2 of the CSIS Act wherein "judge" is defined as "a judge of the Federal Court of Canada designated by the Chief Justice thereof for the purposes of this Act;". On the date of the issuance of the impugned order, I was and continue to be, as of this date, a judge so designated by the Chief Justice of this Court.

J'ai prononcé l'ordonnance attaquée dans l'exercice du pouvoir découlant de l'article 2 de la Loi sur le SCRS, selon lequel le terme «juge» désigne un «Juge de la Cour fédérale du Canada choisi pour l'application de la présente loi par le juge en chef de cette Cour.» J'étais à la date de l'ordonnance attaquée, et je suis encore aujourd'hui, un juge choisi à cette fin par le juge en chef de cette Cour.

For a proper understanding of the issues raised by this application, it will be helpful to recite section 21 of the CSIS Act in its entirety. The section reads:

Il sera utile, pour bien comprendre les questions soulevées par la présente demande, de citer l'article 21 de la Loi sur le SCRS dans son intégralité. Cet article est ainsi libellé:

21. (1) Where the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the approval of the Minister, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

21. (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16.

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made in relation to a person identified in the affidavit pursuant to paragraph (d), the date on which such application was made, the name of the judge to whom each such application was made and the decision of the judge thereon.

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing; or

(c) to install, maintain or remove any thing.

(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les point suivants:

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

c) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas 3a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes éventuelles touchant des personnes visés à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas 2a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents ou objets. À cette fin il peut autoriser aussi, de leur part:

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.

(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes:

a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas 3a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;

(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.

(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or

(b) one year in any other case.

It will be equally instructive, in my view, to set out, in full, the contents of the warrant under review. It reads as follows:

IN THE FEDERAL COURT OF CANADA
WARRANT PURSUANT TO SECTION 21 OF THE
CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT

ISSUED AGAINST

Court No. CSIS 66-85

Harjit Singh ATWAL

UPON the *ex parte* application in writing of Archie M. BARR, made pursuant to section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1983-84, c. 21 for a warrant thereunder;

WHEREAS the applicant is Archie M. BARR, an employee of the Canadian Security Intelligence Service, designated for this purpose by the Solicitor General of Canada pursuant to subsection 21(1) of the Act who has consulted with the Deputy Solicitor General and who has obtained the approval of the Solicitor General of Canada for this purpose;

AND WHEREAS I have read the affidavit of the applicant and considered all of the evidence submitted in support of said application;

AND WHEREAS I am satisfied that a warrant under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Act* is required to enable the Canadian Security Intelligence Service to investigate a threat to the security of Canada, namely:

activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state,

which does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to above.

b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale

a) de soixante jours lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la Sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue dans l'article 2; ou

b) d'un an dans tout autre cas.

J'estime qu'il serait également instructif de citer le mandat soumis à notre examen dans sa totalité. Ce mandat est le suivant:

[TRADUCTION] COUR FÉDÉRALE DU CANADA
MANDAT DÉCERNÉ CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 21
DE LA LOI SUR LE SERVICE CANADIEN
DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ

DÉCERNÉ CONTRE

N° du greffe: SCRS-66-85

Harjit Singh ATWAL

VU la demande *ex parte* présentée par écrit par Archie M. BARR conformément à l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1983-84, chap. 21 pour obtenir le mandat qui s'y trouve prévu;

CONSIDÉRANT que le requérant, Archie M. BARR, est un employé du Service canadien du renseignement de sécurité désigné à cette fin par le Solliciteur général du Canada conformément au paragraphe 21(1) de la Loi qui a consulté le Solliciteur général adjoint et qui a obtenu l'approbation du Solliciteur général du Canada à cette fin;

CONSIDÉRANT que j'ai lu l'affidavit du requérant et examiné tous les éléments de preuve soumis à l'appui de ladite requête;

CONSIDÉRANT que je suis convaincu qu'un mandat doit être décerné en conformité avec l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* pour permettre au Service canadien du renseignement de sécurité de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada, à savoir:

des activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger,

activités qui ne comprennent pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités prémentionnées.

NOW THEREFORE I HEREBY AUTHORIZE THE DIRECTOR OF THE CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE AND THE EMPLOYEES ACTING UNDER HIS AUTHORITY OR ON HIS BEHALF:

A. to intercept communications as hereinafter mentioned namely:

the oral communications and telecommunications within Canada addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL, wherever he may be, or any person at 12471 - 79A Avenue, Surrey, British Columbia, or any other person at any other place in Canada which Harjit Singh ATWAL may be using as a temporary or permanent residence, whether stationary or mobile;

AND

for such purpose to enter:

a) the said premises at 12471 - 79A Avenue, Surrey, British Columbia, or any other place in Canada which Harjit Singh ATWAL may be using as a temporary or permanent residence, whether stationary or mobile;

b) any vehicle used by Harjit Singh ATWAL;

c) any other place in Canada where the Service has reasonable grounds to believe Harjit Singh ATWAL will be present, in order to install, maintain or remove any thing necessary to effect the said interceptions,

AND

for such purpose:

d) to install, maintain, or remove any thing necessary to effect, at the places described at A. above, the interception of oral communications and telecommunications.

B. to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner:

recorded communications outside the course of post, within Canada, addressed or destined to, received by or originating from:

a) Harjit Singh ATWAL;

b) 12471 - 79A Avenue, Surrey, British Columbia,

AND

for such purpose to enter:

c) 12471 - 79A Avenue, Surrey, British Columbia, or any other place in Canada which Harjit Singh ATWAL may be using as a temporary or permanent residence, whether stationary or mobile;

d) any vehicle used by Harjit Singh ATWAL:

d) *sic* any other place where the said Harjit Singh ATWAL has been present and where the Service has reasonable grounds to suspect that recorded communications of Harjit Singh ATWAL may be found.

C. This warrant shall be valid for the period commencing on the 26th day of July 1985 A.D. and expiring on the 25th day of July 1986 A.D.

EN CONSÉQUENCE, PAR LES PRÉSENTES, J'AUTORISE LE DIRECTEUR DU SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ AINSI QUE LES EMPLOYÉS AGISSANT SOUS SON AUTORITÉ OU EN SON NOM À PROCÉDER À:

A. l'interception des communications suivantes:

à l'intérieur du Canada, les communications orales et les télécommunications qui ont pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, à quelque endroit qu'il soit, ou toute personne se trouvant au 12471 - 79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique), ou toute autre personne se trouvant à tout autre endroit au Canada pouvant être utilisé par Harjit Singh ATWAL comme résidence temporaire ou permanente, que cette résidence soit stationnaire ou mobile;

ET

c) à cette fin, entrer dans:

a) lesdits locaux situés au 12471 - 79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique), ou dans tout autre lieu au Canada pouvant être utilisé par Harjit Singh ATWAL comme résidence temporaire ou permanente, que cette résidence soit stationnaire ou mobile;

d

b) tout véhicule utilisé par Harjit Singh ATWAL;

c) tout autre lieu au Canada où le Service a des motifs raisonnables de croire que Harjit Singh ATWAL se trouvera, afin d'installer, de maintenir ou d'enlever tout objet nécessaire pour effectuer lesdites interceptions,

e

ET

à cette fin procéder à:

d) l'installation, l'entretien et l'enlèvement de tout objet nécessaire pour effectuer, dans les lieux décrits au paragraphe A. qui précède, l'interception de communications orales et de télécommunications.

f

B. la recherche, l'enlèvement ou la remise en place des communications suivantes, de même qu'à leur examen, au prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi qu'à leur enregistrement et à l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé, soit:

g

les communications enregistrées effectuées autrement que par la poste, au Canada, dont le destinataire ou la source est:

a) Harjit Singh ATWAL;

b) 12471 - 79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique),

ET

h

à cette fin, entrer dans les lieux suivants:

c) le 12471 - 79A Avenue, Surrey (Colombie-Britannique), ou tout autre lieu au Canada pouvant être utilisé par Harjit Singh ATWAL comme résidence temporaire ou permanente, que cette résidence soit stationnaire ou mobile;

i

d) tout véhicule utilisé par Harjit Singh ATWAL;

d) *sic* tout autre lieu dans lequel s'est trouvé ledit Harjit Singh ATWAL et où le Service a des motifs raisonnables de croire qu'il se trouve des communications enregistrées de Harjit Singh ATWAL.

j

C. Le présent mandat vaudra pour la période commençant le 26 juillet 1985 et expirant le 25 juillet 1986.

THE PRESENT WARRANT SHALL BE SUBJECT TO THE FOLLOWING CONDITIONS:

CONDITION 1: Except for the purpose of determining whether the communication is addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL no cognizance will be taken of the contents of any oral communication or telecommunication intercepted at any place described in paragraph A.c) through any thing installed for the purpose of such interception. Where the person charged with monitoring the intercepted communication determines that the communication is not addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL, all recordings or transcriptions of same shall be forthwith erased or destroyed, as the case may be, and the contents of same shall never in any manner be further communicated to any person. If the person charged with monitoring the intercepted communication determines that the intercepted oral communication or telecommunication is addressed or destined to, received by, or originating from Harjit Singh ATWAL, it shall be subject to interception pursuant to the authority conferred by this warrant.

CONDITION 2: It is a condition of this warrant that no private oral communication, telecommunication or recorded communication may be intercepted pursuant hereto at the office or residence of a solicitor or any other place ordinarily used by a solicitor and by other solicitors for the purpose of consultation with clients.

CONDITION 3: It is a further condition of this warrant that an oral communication, telecommunication or recorded communication between Harjit Singh ATWAL and a solicitor or the solicitor's employee may be intercepted initially only to enable the Director or a Regional Director General of the Canadian Security Intelligence Service to determine whether that communication relates to the threat to the security of Canada as hereinbefore specified in this warrant. If the Director or the Regional Director General determines that the communication does not so relate, all records of the communication shall be destroyed and no further disclosure thereof shall be made. If the Director or the Regional Director General determines that the communication does so relate, it shall be subject to interception pursuant to the authority conferred by this warrant. Where necessary to the making of his determination, the Director or the Regional Director General may authorize the translation of the communication that is the subject of this condition. Where that occurs, the translator

LE PRÉSENT MANDAT EST SOUMIS AUX CONDITIONS SUIVANTES:

1^{re} CONDITION: Sauf s'il s'agit de déterminer si une communication a pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, l'on ne prendra pas connaissance du contenu des communications orales ou des télécommunications interceptées dans tout lieu décrit au paragraphe A.c) au moyen d'un objet installé pour les fins d'une telle interception. Si la personne chargée de contrôler la communication interceptée décide que celle-ci n'a pas pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, tous les enregistrements ou les transcriptions de cette communication seront immédiatement effacés ou détruits, selon le cas, et leur contenu ne sera, à aucun moment et d'aucune manière, communiqué à quiconque. Si la personne chargée de contrôler la communication interceptée décide que celle-ci a pour source ou destinataire Harjit Singh ATWAL, elle sera interceptée en vertu du pouvoir conféré par le présent mandat.

2^e CONDITION: Est attachée au présent mandat la condition qu'aucune communication orale de nature privée, télécommunication ou communication enregistrée ne peut être interceptée au bureau ou à la résidence d'un procureur ou à tout autre endroit habituellement utilisé par un procureur donné ou par d'autres procureurs pour discuter avec des clients.

3^e CONDITION: Est également attachée au présent mandat la condition que les communications orales, les télécommunications ou les communications enregistrées qui auront lieu entre Harjit Singh ATWAL et un procureur ou l'employé d'un procureur ne pourront être initialement interceptées que pour permettre au directeur ou à un directeur général du bureau régional du Service canadien du renseignement de sécurité de déterminer si ces communications sont reliées aux menaces envers la sécurité du Canada déjà précisées dans le présent mandat. Les enregistrements des communications dont le directeur ou le directeur général du bureau régional détermine qu'elles ne sont pas reliées à une telle menace seront détruits, et aucune autre divulgation de cette communication n'aura lieu. Toutefois, toute communication dont le directeur ou le directeur général du bureau régional détermine qu'elle se rapporte à une telle menace, sera interceptée en vertu de l'autorité conférée par le présent mandat. Le directeur ou le directeur général du bureau régional pourra permettre la traduction

shall disclose the contents of the communication only to the Director or the Regional Director General.

d'une communication à laquelle s'applique la présente condition lorsque cela s'avère nécessaire à sa détermination. Dans un tel cas, le traducteur ne divulguera le contenu de la communication qu'au seul directeur ou directeur général du bureau régional.

The applicant herein was, on September 10, 1986, charged along with eight other individuals with conspiracy to commit the murder of one Malkait Singh Sidhu, contrary to the provisions of subparagraph 423(1)(a) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 62)]. The time frame of the alleged conspiracy as set out in the preferred Indictment is said to be between May 14 and May 25, 1986. The applicant has been denied bail on this charge and is currently awaiting trial which is expected to take place in May or June of 1987. Since the alleged conspiracy is said to have taken place at various places in the Province of British Columbia, the trial will take place in that province.

Crown counsel for the Attorney General of British Columbia having carriage of the prosecution of the applicant and his eight alleged co-conspirators proposes to introduce into evidence at trial certain tapes and transcripts of telecommunications intercepted pursuant to the warrant issued by me on July 26, 1985. These telecommunications were said to be originally intercepted by the Canadian Intelligence Security Service (the Service) in the period May 17, 1986 to May 26, 1986 inclusive. It is stated, on behalf of Crown counsel, that at the conspiracy trial, the Crown will rely on no other information or intelligence obtained pursuant to subject warrant. Specifically, it is said that the Crown will not tender any physical evidence authorized under paragraph B of the warrant herein impugned (paragraph B of the warrant authorizes the Service to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner certain recorded communications pertaining to the applicant) since the Service did not utilize the powers granted to it pursuant to paragraph B. The Crown advises further that all of the telecommunications proposed to be tendered in evidence at the conspiracy trial were intercepted by the Service on two telephone lines located at the applicant's residence at 12471-79A Avenue in Surrey, British

a

Le requérant en l'espèce, le 10 septembre 1986, a été accusé, avec huit autres individus, d'avoir conspiré pour commettre le meurtre d'un dénommé Malkait Singh Sidhu en contravention des dispositions de l'alinéa 423(1)a) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 62)]. Selon l'acte d'accusation du procureur général, la conspiration alléguée aurait eu lieu entre le 14 et le 25 mai 1986. Le requérant s'est vu refuser le cautionnement relativement à cette accusation et attend présentement de subir son procès, qui devrait avoir lieu en mai ou en juin 1987. Puisqu'il est dit que la conspiration alléguée a eu lieu à divers endroits dans la province de la Colombie-Britannique, le procès sera instruit dans cette province.

c

L'avocat de la Couronne représentant le procureur général de la Colombie-Britannique chargé de la poursuite du requérant ainsi que des huit autres individus accusés d'avoir conspiré avec lui entend présenter en preuve, lors du procès, certains enregistrements et certaines transcriptions de telecommunications interceptées en vertu du mandat que j'ai décerné le 26 juillet 1985. Ces telecommunications sont dites avoir été interceptées initialement par le Service canadien du renseignement de sécurité (le Service) au cours de la période s'étendant du 17 au 26 mai 1986 inclusivement. Il est déclaré, de la part du procureur de la Couronne, que la Couronne, lors du procès instruit relativement à la conspiration, ne s'appuiera sur aucune autre information ou renseignement obtenus en vertu du mandat en question. Précisément, il est dit que la Couronne ne présentera aucune preuve matérielle autorisée en vertu du paragraphe B du mandat attaqué en l'espèce (le paragraphe B de ce mandat autorise le Service à procéder à la recherche, l'enlèvement ou la remise en place des communications enregistrées relatives au requérant, de même qu'à leur examen, au prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi qu'à leur enregistrement et à l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé) puisque le Service n'a pas exercé les pouvoirs qui lui ont été conférés en vertu du para-

e

f

g

h

i

j

Columbia. The wiretaps in question were effected at and on the property of B.C. Telephone Company and did not require entry into the residence of the applicant or into any other residence or place of business or any vehicle. It appears that the Service, during the period May 17, 1986 to May 26, 1986, intercepted only two telephone calls involving a solicitor. The evidence establishes that both of these calls were dealt with in accordance with Condition III of subject warrant. The Regional Director General of the Service for British Columbia personally listened to each of these calls, only once. In each case, he determined that the communication in question did not relate to the threat to the security of Canada specified in the Atwal warrant. Accordingly, he ordered that the portion of the tape containing the communications with a solicitor be erased. This was done. No one other than the Regional Director General listened to the two solicitor conversations in question. Furthermore, the content of those two telephone calls was not disclosed either to the police or to Crown counsel.

On the motion to rescind, counsel attacked the validity of the warrant in issue on a threefold basis:

(a) subject warrant is invalid on its face because it fails to comply with the statutory power that authorized its issuance, namely section 21 of the CSIS Act;

(b) in the alternative, assuming compliance with section 21, the impugned warrant and its authorizing statute are invalid on their face, in the sense that they fail to comply with the minimum constitutional standards for a reasonable search and seizure pursuant to section 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being

graphe B. La Couronne déclare également que toutes les télécommunications qu'elle entend présenter en preuve lors du procès relatif à la conspiration ont été interceptées par le Service sur deux lignes téléphoniques situées à la résidence du requérant, au 12471 - 79A Avenue, à Surrey, en Colombie-Britannique. L'écoute électronique en question a été effectuée sur des lieux appartenant à la B.C. Telephone Company et pour ce faire, il n'a pas été nécessaire d'entrer dans la résidence du requérant ni dans une autre résidence ou place d'affaire ni dans un véhicule. Il ressort que le Service, au cours de la période s'étendant du 17 au 26 mai 1986, n'a intercepté que deux appels téléphoniques auxquels a participé un procureur. La preuve révèle que le Service a agi conformément à la condition numéro III du mandat en question relativement à ces deux appels. Le directeur général du bureau régional du Service pour la Colombie-Britannique a personnellement écouté, une seule fois, chacun de ces appels. Il a décidé, dans les deux cas, que la communication dont il avait pris connaissance ne se rapportait pas aux menaces envers la sécurité du Canada dont il était question dans le mandat décerné relativement à Atwal. En conséquence, il a ordonné que les parties de la bande sur lesquelles étaient enregistrées les communications avec un avocat soient effacées, ce qui a été fait. Seul le directeur général du bureau régional a écouté ces deux conversations échangées avec un procureur. De plus, le contenu de ces deux appels téléphoniques n'a été divulgué ni à la police ni au procureur de la Couronne.

Dans la requête en annulation, l'avocat du requérant s'appuie sur trois arguments pour opposer l'invalidité du mandat en question:

(a) l'invalidité du mandat attaqué ressort à la lecture du mandat lui-même puisque celui-ci n'a pas été décerné conformément à la disposition habilitante, soit l'article 21 de la Loi sur le SCRS;

(b) à défaut par cette Cour d'accepter l'argument qui précède, en supposant que les dispositions de l'article 21 aient été respectées, le mandat attaqué ainsi que la loi habilitante sont invalides à la lecture de ce mandat et de cette Loi, puisqu'ils ne respectent pas les normes constitutionnelles minimales visant les fouilles, perquisitions et saisies non abusives dont parle l'article 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui cons-

Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.); and

(c) in the further alternative, subject warrant may be invalid upon a sub-facial examination in the sense that the sworn affidavit filed in support of the application for the warrant did not justify its issuance. Counsel concedes that this ground of review cannot be argued without production of the CSIS officer's affidavit sworn in support of the warrant and, in this connection, seeks an order producing the said affidavit, subject to the "editing of any privileged contents in the affidavit."

(A) NON-COMPLIANCE WITH THE AUTHORIZING STATUTE

The applicant asserts non-compliance on a four-fold basis:

(i) failure to meet the two statutory preconditions said to be specified in subsection 21(3) of the CSIS Act;

(ii) failure to specify the alleged "threat" to which the warrant relates;

(iii) failure to relate the seizures to those things which relate to the alleged threat; and

(iv) the authorization in the warrant violates the solicitor-client privilege.

I propose now to deal with these submissions *seriatim*:

(A) (i) Subsection 21(3) of the CSIS Act

In the submission of counsel for the applicant, subsection 21(3) of the statute requires the issuing judge to be "satisfied" of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (2)(b) of section 21 before a warrant can issue. In his view, those paragraphs provide the only two statutory preconditions to the issuance of a section 21 warrant. After observing that the two statutory conditions in the impugned warrant resemble, but have important differences from the statutory preconditions for the issuance

titue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.); et

(c) à défaut par cette Cour d'accepter l'un ou l'autre des arguments qui précèdent, le mandat en question pourrait être invalide pour le motif que l'affidavit déposé à l'appui de la demande de mandat ne justifiait pas sa délivrance, motif impliquant un examen plus poussé que celui du seul mandat attaqué. L'avocat du requérant reconnaît que ce motif d'examen ne peut être plaidé sans que ne soit produit l'affidavit de l'officier du SCRS appuyant la demande de mandat et, en conséquence, il sollicite une ordonnance portant production dudit affidavit [TRADUCTION] «sous une forme respectant le caractère privilégié des renseignements protégés».

(A) DÉFAUT D'OBSERVER LA LOI HABILITANTE

Le requérant soumet quatre arguments à l'appui de sa prétention selon laquelle l'intimée ne s'est pas conformée à la loi habilitante:

(i) le mandat ne respecte pas les deux conditions préalables prévues par la Loi qui seraient posées au paragraphe 21(3);

(ii) les prétendues «menaces» visées par le mandat ne se trouvent pas précisées;

(iii) le mandat ne relie pas les saisies qu'il autorise aux éléments se rapportant aux prétendues menaces; et

(iv) l'autorisation accordée dans le mandat porte atteinte au secret professionnel de l'avocat.

J'entends à présent traiter de ces prétentions de façon successive:

(A) (i) Le paragraphe 21(3) de la Loi sur le SCRS

L'avocat du requérant prétend que le paragraphe 21(3) de la Loi exige que le juge sollicité de décerner le mandat ne doit le faire que s'il est «convaincu» que les exigences des alinéas (2)a) et (2)b) de l'article 21 sont respectées. Selon lui, les conditions préalables à la délivrance d'un mandat en vertu de l'article 21 que posent ces paragraphes sont les deux seules conditions préalables que prévoit la Loi. Après avoir souligné que les deux conditions statutaires préalables à la délivrance du

of *Criminal Code* search warrants under paragraph 443(1)(b) [as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 69] and wiretap authorizations under section 178.13 [as added by S.C. 1973-74, c. 50, s. 2; 1976-77, c. 53, s. 9], counsel nevertheless relies on jurisprudence under those sections of the *Criminal Code* to support his proposition that the impugned warrant must show, on its face, that the issuing judge was satisfied as to the matters specified in both paragraphs (2)(a) and (2)(b) of section 21. Put another way, the applicant submits that the warrant does not comply with section 21. It is invalid because the warrant fails to specify, in writing, that the issuing judge did, in fact, have a justified belief that reasonable grounds existed for the granting of the warrant and because the warrant fails to set out in writing that other investigative procedures had been tried and had failed or were unlikely to succeed.

I reject this submission for a number of reasons. First of all, it should be observed that subsection (4) of section 21 *supra*, lists the matters which must be specifically included in the warrant. Nowhere in that subsection is there any requirement for the inclusion in the warrant of a specific declaration by the issuing judge of his satisfaction that the paragraphs 21(2)(a) and (b) preconditions have been met. Secondly, paragraph (4) of the recitals states that I, as issuing judge, was "satisfied that a warrant under section 21 ... is required to enable ... the Service ... to investigate a threat to the security of Canada." Since paragraphs 21(2)(a) and (b) are an integral part of section 21 of the Act, surely it is unnecessary and redundant to require a specific averment with respect to those provisions. A judge issuing a warrant under the CSIS Act is required to be satisfied of many things before the warrant can be issued. For example, subsection (2) of section 21 has eight different paragraphs which detail the different requirements which must be contained in the affidavit filed in support of the warrant application. In my view, the supporting affidavit, in this case, meets each and every one of those requirements. It also meets the other requirements of the

mandat attaqué ressemblent, tout en présentant avec elles des différences importantes, aux conditions statutaires préalables à la délivrance des mandats de perquisition prévus à l'alinéa 443(1)b) du *Code criminel* [mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 69] et aux autorisations d'écoute électronique prévues à l'article 178.13 de ce Code [ajouté par S.C. 1973-74, chap. 50, art. 2; 1976-77, chap. 53, art. 9], l'avocat du requérant s'appuie néanmoins sur de la jurisprudence portant sur ces dispositions pour affirmer qu'il doit ressortir à la lecture même du mandat attaqué que le juge qui l'a décerné était convaincu du respect des conditions prévues aux alinéas (2)a) et (2)b) de l'article 21. En d'autres termes, le requérant soutient que le mandat ne répond pas aux exigences de l'article 21. Ce mandat est invalide parce qu'il ne précise pas par écrit que le juge qui l'a décerné était justifié de croire à l'existence de motifs raisonnables permettant de décerner le mandat, et parce que le mandat n'énonce pas par écrit que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain ou auraient peu de chances de succès.

Je rejette cette prétention pour plusieurs motifs. Tout d'abord, notons que le paragraphe (4) de l'article 21 énumère les indications particulières qui doivent figurer dans le mandat. Nulle part dans ce paragraphe est-il exigé du juge qui décerne le mandat qu'il y déclare expressément être convaincu du respect des conditions préalables visées aux alinéas 21(2)a) et b). En second lieu, au quatrième paragraphe des considérants, je déclare, en ma qualité de juge décernant le mandat, que je suis «convaincu qu'un mandat doit être décerné conformément à l'article 21 ... pour permettre au Service ... de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada». Les alinéas 21(2)a) et b) formant partie intégrante de l'article 21 de la Loi, il serait sûrement inutile et superflu d'exiger une référence expresse à ces dispositions. Un juge doit être convaincu de la réalisation de nombreuses conditions avant de pouvoir décerner un mandat en vertu de la Loi sur le SCRS. Par exemple, le paragraphe (2) de l'article 21 comprend huit alinéas différents énumérant de façon détaillée les différents points sur lesquels doit porter l'affidavit déposé à l'appui de la demande de mandat. J'estime que l'affidavit présenté à l'appui de la demande visée en l'espèce respecte chacune de ces exigences, tout comme il satisfait également aux

statute.¹ For facial validity, the issuing judge should not be required to specify with particularity, his satisfaction with a specific requirement or requirements of the statute. In my view, surely it can be presumed that when the issuing judge declares that he is issuing a warrant under the authorizing section of a statute, he is satisfied that there has been a full compliance with the applicable provisions of that statute. In the case at bar, the supporting affidavit containing more than eleven typewritten pages, set out the basis for the application in considerable detail and satisfied me that the warrant asked for was necessary for the purposes specified therein and that it fully complied with the relevant requirements of the statute. Finally, I do not find counsel's references to and reliance upon decisions relating to provisions in the *Criminal Code* particularly helpful or persuasive. In my view, criminal law jurisprudence is not the appropriate jurisprudence to be applied under the CSIS Act. The authorities establish that a Court is entitled to refer to particular species of extrinsic evidence when interpreting legislation for the sole purpose of determining the mischief or defect which the Act being construed was intended to remedy.² Included in such permitted species are Parliamentary Committee Reports, Royal Commission or Public Inquiry Reports together with the legislative history of a particular statute.³ As pointed out by counsel for the Attorney General of Canada, four Commissions of Inquiry had investigated various aspects of hostile intelligence activities and other threats in Canada prior to the enactment of the CSIS Act: The Taschereau-Kellock Commission, the Wells Commission, the Mackenzie Commission and the McDonald Commission. Furthermore, the *Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service* (the Pitfield Report) examined carefully the provisions of Bill C-157,

autres exigences posées par la Loi¹. Le juge décernant un mandat ne devrait pas être obligé, pour que celui-ci soit valide à sa seule lecture, de déclarer expressément, avec détails à l'appui, qu'il considère comme réalisées une ou des conditions particulières prévues à la Loi. Selon moi, on peut certainement présumer que le juge qui décerne le mandat, lorsqu'il déclare le décerner conformément à l'article de la loi qui l'y autorise, est convaincu que les dispositions applicables de cette loi ont été en tout point observées. En l'espèce, l'affidavit de onze pages dactylographiées présenté au soutien de la demande exposait de façon très détaillée le fondement de cette dernière, et il m'a convaincu que le mandat sollicité était nécessaire aux fins s'y trouvant précisées et qu'il satisfaisait entièrement aux exigences pertinentes de la Loi. Finalement, je ne considère pas que les décisions portant sur les dispositions du *Code criminel* auxquelles l'avocat du requérant a fait référence et sur lesquelles il s'est appuyé soient particulièrement utiles ou convaincantes. À mon avis, la jurisprudence relative au droit criminel n'est pas celle qui doit être appliquée relativement à la Loi sur le SCRS. La jurisprudence établit que les tribunaux sont justifiés de faire référence à certaines catégories particulières de preuve extrinsèque lorsqu'ils interprètent des dispositions législatives aux seules fins de définir le tort ou le vice auxquels la loi soumise à leur interprétation a pour but de remédier². Sont inclus parmi ces catégories de preuve autorisées les rapports des comités parlementaires, ceux des commissions royales ou d'enquêtes publiques et l'histoire législative d'une loi en particulier³. Comme l'a fait remarquer l'avocat du procureur général du Canada, les travaux de quatre commissions d'enquête ont porté sur divers aspects des activités hostiles de renseignement et autres menaçant le Canada avant l'adoption de la Loi sur le SCRS: la Commission Taschereau-Kellock, la

¹ For example, and *inter alia*: the requirement in subsection 21(1) for prior approval by the Solicitor General and the requirement in paragraph 7(1)(b) for consultation with the Deputy Solicitor General in respect of every application for a warrant under section 21.

² *The Eastman Photographic Materials Company Limited v. The Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.), at p. 573, *per* Halsbury L.C.

³ See: Driedger (E.A.), *Construction of Statutes*, (2d) (1983), at pp. 153-154 and 159-161.

¹ Par exemple, entre autres: l'exigence de l'obtention préalable de l'approbation du solliciteur général posée par le paragraphe 21(1) et l'exigence découlant de l'alinéa 7(1)b) selon laquelle le solliciteur général adjoint doit être consulté relativement à toute demande de mandat fondée sur l'article 21.

² *The Eastman Photographic Materials Company Limited v. The Comptroller-General of Patents, Designs, and Trade Marks*, [1898] A.C. 571 (H.L.), à la p. 573, par le lord chancelier Halsbury.

³ Voir Driedger (E.A.), *Construction of Statutes*, (2d) (1983), aux p. 153 et 154 et 159 à 161.

the forerunner to the CSIS Act. That Report is dated November of 1983 and articulates with clarity and precision the fundamental differences between a system established for enforcement of the law, and a system established for the protection of security. At pages 5 and 6, that Report states:

There are similarities between such systems, and a distinct area of overlap in which the interests of a police force in certain crimes against the state, or against particular individuals, are identical to the interests of a security intelligence agency.

14 But the differences are considerable. Law enforcement is essentially reactive. While there is an element of information-gathering and prevention in law enforcement, on the whole it takes place after the commission of a distinct criminal offence. The protection of security relies less on reaction to events; it seeks advance warning of security threats, and is not necessarily concerned with breaches of the law. Considerable publicity accompanies and is an essential part of the enforcement of the law. Security intelligence work requires secrecy. Law enforcement is "result-oriented", emphasizing apprehension and adjudication, and the players in the system—police, prosecutors, defence counsel, and the judiciary—operate with a high degree of autonomy. Security intelligence is, in contrast, "information-oriented". Participants have a much less clearly defined role, and direction and control within a hierarchical structure are vital. Finally, law enforcement is a virtually "closed" system with finite limits—commission, detection, apprehension, adjudication. Security intelligence operations are much more open-ended. The emphasis is on investigation, analysis, and the formulation of intelligence.

Another concise statement of the fundamental difference between police investigations and intelligence gathering is to be found in the *Keith* case, a decision of the U.S. Supreme Court.⁴ Mr. Justice Powell, in delivering the opinion of the Court said:

We recognize that domestic security surveillance may involve different policy and practical considerations from the surveillance of "ordinary crime". The gathering of security intelligence is often long range and involves the interrelation of various sources and types of information. The exact targets of such surveillance may be more difficult to identify than in surveillance operations against many types of crime specified in

⁴ *United States v. United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division et al.*, 32 L.Ed. (2d) 752 (1972), at p. 769.

Commission Wells, la Commission Mackenzie et la Commission McDonald. En outre, le *Rapport du Comité sénatorial spécial du service canadien du renseignement de sécurité* (le rapport Pitfield) étudie soigneusement les dispositions du projet de loi C-157, le prédécesseur de la Loi sur le SCRS. Ce rapport, portant la date de novembre 1983, expose clairement et précisément les différences fondamentales qu'il y a entre un système visant l'application de la loi et un système conçu pour assurer la sûreté de l'État. Aux pages 5 et 6, le rapport dit:

Ces deux entités se ressemblent et, dans certains domaines, se chevauchent, par exemple lorsqu'une force policière s'intéresse, en même temps que le service du renseignement de sécurité, à certains crimes commis contre l'État ou contre des individus.

14 Mais les deux diffèrent considérablement l'une de l'autre. L'application des lois est une activité réactive qui, si elle n'exclut pas la collecte de renseignements et des mesures de prévention, n'intervient, dans l'ensemble, qu'après la perpétration d'un acte criminel précis. La protection de la sécurité ne se contente pas simplement de réagir aux événements, elle vise à détecter à l'avance les menaces à la sécurité et ne s'intéresse pas nécessairement aux infractions à la loi. Une publicité considérable accompagne les activités visant à faire respecter la loi et en fait même essentiellement partie. Le travail du renseignement de sécurité, à l'inverse, exige le secret. Faire respecter la loi est une activité «qui cherche des résultats» notamment l'apprehension et le jugement du coupable, les «intervenants» du système—policiers, procureurs, avocats de la défense et juges—jouissant d'une très grande autonomie d'action. Le renseignement de sécurité est, tout au contraire, «tourné vers l'information». Le rôle des intervenants est beaucoup moins clairement défini et la direction et le contrôle dans un cadre hiérarchique sont absolument nécessaires. Enfin, faire respecter la loi est une activité qui se déroule pratiquement en «vase clos» et dans des limites bien définies—perpétration, enquête, appréhension, jugement. Les opérations du renseignement de sécurité sont beaucoup moins délimitées: l'accent est mis sur l'enquête, l'analyse et l'énoncé de renseignements.

On trouve un autre exposé concis de la différence fondamentale entre l'enquête de police et la collecte de renseignements dans l'affaire *Keith*, un arrêt de la Cour suprême des États-Unis⁴. Monsieur le juge Powell, rendant l'arrêt de la Cour, a dit:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons qu'assurer la sûreté intérieure peut impliquer une politique et des considérations pratiques différentes de celles qui sont propres à la «criminalité ordinaire». Le renseignement de sécurité est souvent une activité d'envergure impliquant la corrélation de sources et de types d'information diverses. Les cibles précises de cette surveillance peuvent être plus difficiles à circonscrire que dans le cas des

⁴ *United States v. United States District Court for the Eastern District of Michigan, Southern Division et al.*, 32 L.Ed. (2d) 752 (1972), à la p. 769.

Title III. Often, too the emphasis of domestic intelligence gathering is on the prevention of unlawful activity or the enhancement of the unlawful activity or the enhancement of the government's preparedness for some possible future crisis or emergency. Thus, the focus of domestic surveillance may be less precise than that directed against the more conventional types of crime.

Because of the distinctly different legislative purposes, there is, necessarily, a different focus to be applied when interpreting domestic surveillance legislation in contradistinction to the focus to be given to the application and interpretation of normal law enforcement legislation such as the *Criminal Code* of Canada. The McDonald Commission which provided much of the impetus for the enactment of the CSIS Act comments extensively on political violence and terrorism.⁵ At pages 435 and 436, it is stated:

26. The democratic process in Canada requires that political objectives be pursued through public discussions, legislative debate and lawful representation of interests. The democratic process is jeopardized when groups or individuals attempt to gain their political objective by threatening to carry out acts of serious violence or actually carrying out such acts ... the protection of the democratic process should be the central purpose of Canada's security arrangements. Thus, we believe that Canada's security intelligence agency should be empowered to provide intelligence about any activities of an individual or group which involve the threat or use of serious violence against persons or property for the purpose of accomplishing political objectives.

27. For more than a decade the most prominent form which this threat to security has taken is terrorism. The political fanaticism and frustration which engender terrorism are not, unfortunately, likely to disappear in the foreseeable future ... the kind of terrorist acts which should be of concern to the security intelligence agency are those which have political objectives ...

28. The security of Canada requires the detection of activities of persons who belong to or support terrorist groups before there is evidence which would support a criminal prosecution. Recent experience with terrorist groups has shown that their success has often depended on their ability to maintain their cover and security while operating in a modern community ...

30. The security agency's mandate should provide for the collection of intelligence about the activities of terrorists in Canada (including activities in preparation for and in support of terrorist acts) whether such activities are directed against Canadians or Canadian governments or against foreigners or

⁵ McDonald Commission [*Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police*], Second Report, August 1981, Vol. 1, at pp. 435 and 436.

opérations de surveillance des nombreux types de crime indiqués au Titre III. Souvent aussi, le renseignement intérieur s'intéresse avant tout à la prévention de l'activité illicite ou à une meilleure connaissance de l'activité illicite ou à rehausser l'état de préparation du gouvernement face à une éventuelle crise ou situation d'urgence. Ainsi l'objet de la surveillance intérieure peut être beaucoup plus flou que celle s'attachant à des genres de criminalité plus conventionnelle.

Comme la législation sur la surveillance interne d'une part, et la législation répressive ordinaire d'autre part, tel notre *Code criminel*, ont des objets carrément différents, leur interprétation respective se fait nécessairement dans une optique différente. La Commission McDonald qui, dans une large mesure, a été à l'origine de l'adoption de la Loi sur le SCRS a longuement traité de la violence et du terrorisme politiques⁵. On lit aux pages 455 et 456:

26. Le régime démocratique du Canada veut que la recherche des objectifs politiques se poursuive dans la légalité par des débats publics, des délibérations parlementaires et la défense des intérêts divers. Le processus démocratique est en danger lorsque des individus ou des groupes, dans la quête de leurs objectifs politiques, menacent de recourir ou recourent effectivement à des actes de violence graves. Comme nous l'avons dit au chapitre 1^{er} de la présente partie de notre rapport, le dispositif de sécurité du Canada devrait tendre en tout premier lieu à protéger notre régime démocratique. Aussi l'organisme de sécurité du Canada devrait-il être investi, à notre avis, du pouvoir de fournir des renseignements sur toute activité d'un individu ou d'un groupe qui comporte le recours ou la menace de recourir à des actes de violence graves contre des personnes ou des biens en vue d'atteindre certains objectifs politiques.

27. Depuis une dizaine d'années, cette menace à la sécurité a pris surtout la forme de terrorisme. Malheureusement, les sentiments de frustration et de fanatisme politiques qui poussent au terrorisme ne sont pas à la veille de disparaître, loin de là ... les actes de terrorisme dont doit se préoccuper l'organisme de sécurité sont ceux qui tendent vers des objectifs politiques ...

28. La sécurité du Canada exige que les activités des personnes qui adhèrent ou accordent leur appui à des groupes terroristes soient décelées avant même qu'on soit justifié d'intenter des poursuites au criminel. On a constaté récemment que le succès des groupes terroristes dépend bien souvent de leur aptitude à protéger leur identité et leur sécurité pendant qu'ils poursuivent leurs activités dans une société moderne ...

30. Il sied que le mandat d'un service de sécurité prévoie la collecte de renseignements sur l'activité terroriste au Canada (y compris l'activité de ceux qui fomentent ces actes et qui les appuient), que l'activité en question soit dirigée contre des Canadiens ou des étrangers ou contre des gouvernements cana-

⁵ Commission McDonald [*Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada*], deuxième rapport, août 1981, Vol. 1, aux p. 435 et 436.

foreign governments. In an era which has witnessed a startling expansion of international terrorism, Canada must not become a haven for those planning to use the methods of terrorism to gain their political ends in other countries.

Accordingly, I must respectfully decline the invitation of counsel for the applicant to apply the *Criminal Code* jurisprudence to a warrant issued under the CSIS Act. In my opinion, Parliament, in passing the CSIS Act, was enacting a comprehensive code for dealing with the threats to the security of Canada as therein defined. Accordingly I think that the validity of a section 21 warrant must be determined in the context of the requirements set out in the CSIS Act and not by analogy to any other legislation which has a completely different objective and raison d'être. Since, in my view, the requirements of the CSIS Act have been met, I do not find any merit in this submission.

(A) (ii) Failure to specify the alleged "threat" to which the warrant relates

In order for a proper appreciation of this submission, it is necessary, in my view, to set out the definition of "threats to the security of Canada" as enumerated in section 2 of the CSIS Act. That definition reads:

2. ...

"threats to the security of Canada" means

- (a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,
- (b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,
- (c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state, and
- (d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d).

diens ou étrangers. Devant la montée en flèche du terrorisme international, il ne faut pas que le Canada devienne le havre où se réfugient ceux qui ont recours aux méthodes de terrorisme pour faire mousser leurs idéaux politiques dans d'autres pays.

- a Par conséquent, je dois, avec égard, refuser d'appliquer, comme m'y invite l'avocat du requérant, la jurisprudence du *Code criminel* à un mandat délivré en vertu de la Loi sur le SCRS. À mon avis, le législateur fédéral, en adoptant la Loi
- b sur le SCRS, édictait un code de complet concernant les menaces envers la sécurité du Canada définies dans la Loi. Par conséquent, je pense que la validité d'un mandat visé par l'article 21 doit être établie dans le cadre des exigences énoncées
- c dans la Loi sur le SCRS et non par analogie avec quelqu'autre législation dont les objectifs et la raison d'être sont complètement différents. Comme, à mon avis, les critères de la Loi sur le SCRS ont été respectés, je ne trouve aucun mérite
- d à cet argument.

(A) (ii) Absence d'indication de la «menace» prétendue à laquelle le mandat se rapporterait

- e Pour bien apprécier cet argument, il est nécessaire, à mon avis, de reproduire la définition de l'expression «menaces envers la sécurité du Canada» que l'on trouve à l'article 2 de la Loi sur le SCRS. En voici le libellé:

f 2. ...

«menaces envers la sécurité du Canada»

Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes:

- g a) l'espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage;
- h b) les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;
- i c) les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger;
- d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d).

Counsel for the applicant submits that the impugned warrant fails to specify the alleged threat to which the warrant relates and that this "defect" is fatal to the warrant's validity. Here again, in this submission, the applicant relies on the law of search and seizure under the *Criminal Code* which requires the offence to be specifically set out in the warrant. It is said that a warrant such as this which simply recites one of the section 2 definitions of "threats to the security of Canada," is so broad in its description of the alleged "threat", that, effectively, it confers upon the Service *carte blanche* with no judicial control. In counsel's submission, the Courts have routinely struck down warrants phrased so broadly under the provisions of the *Criminal Code*.

I do not agree with this submission. For the reasons expressed earlier herein under A(i) *supra*, I have the view that the validity of a CSIS warrant should not be determined by criminal law standards. It is more appropriate, in my view, to look to the CSIS statute itself to ascertain whether this ground of attack can be sustained. There is no requirement therein that the "threat to the security of Canada" be described with any more specificity than the subject warrant which identifies paragraph (c) of section 2 as the "threat" being investigated. As noted *supra*, subsection 21(4) specifies the mandatory requirements of a warrant issued under subsection 21(3). Further specificity with respect to the "threat" is not included in that mandatory list. When it is remembered that the Service is geared to detection and prevention as opposed to after the fact apprehension, it becomes apparent that it would be impossible to be any more specific in description. I suppose the Service, at the point in time when it is applying for a warrant under section 21 might be able to describe the activity sought to be monitored as "acts of terrorism" or "acts against Canada" but such descriptions are even less specific than the four definitions contained in section 2 of the CSIS Act. Bearing in mind that security intelligence work is often a long range and continuous activity embracing various kinds and sources of information, it follows, in my view, that the focus of security intelligence activities is necessarily less precise than surveillance under the *Criminal Code*. It is for these reasons, in my opinion, that Parlia-

L'avocat du requérant fait valoir que le mandat en cause n'indique pas à quelle menace prétendue le mandat se rapporte et que ce «vice» entraîne irrémédiablement sa nullité. Ici encore, dans cet argument, le requérant se fonde sur le droit régissant les perquisitions et les saisies prévues au *Code criminel*, selon lequel l'infraction doit être expressément énoncée dans le mandat. On dit qu'un mandat comme celui-ci, qui se borne à reprendre l'une des définitions de l'article 2 sur les «menaces envers la sécurité du Canada», est tellement large dans sa description de la «menace» prétendue qu'en fait il confère au service un blanc-seing échappant à tout contrôle judiciaire. Selon l'avocat, les tribunaux d'habitude cassent les mandats dont le libellé est aussi vague et qui sont délivrés en vertu du *Code criminel*.

Je ne saurais souscrire à cet argument. Pour les raisons données précédemment au paragraphe A(i) ci-dessus, je suis d'avis que la validité d'un mandat décerné au SCRS ne doit pas être établie en fonction des normes du droit criminel. Il est plus approprié, à mon avis, de s'en remettre à la Loi sur le SCRS elle-même pour établir si ce moyen peut être retenu. Elle ne requiert pas une description de la «menace envers la sécurité du Canada» plus précise que ne le fait le mandat en cause, quand il indique que la menace qui fait l'objet de l'enquête est visée à l'alinéa c) de l'article 2. Comme il a été noté ci-dessus, le paragraphe 21(4) précise les éléments obligatoires du mandat décerné en vertu du paragraphe 21(3). Une description plus précise de la «menace» n'est pas prévue dans cette énumération. Lorsqu'on se rappelle que le Service a pour objet la détection et la prévention, par opposition à l'arrestation après le fait, il devient évident qu'une description plus précise serait impossible. Je suppose que le Service, au moment où il demande un mandat en vertu de l'article 21, pourrait sans doute qualifier les activités qu'il entend surveiller «d'actes de terrorisme» ou «d'atteintes à l'État canadien», mais des descriptions de ce genre sont encore moins précises que les quatre définitions apparaissant à l'article 2 de la Loi sur le SCRS. Étant donné que la collecte des renseignements de sécurité est une tâche de longue haleine et une activité permanente, embrassant divers genres et sources d'information, il s'ensuit, à mon avis, que les activités de contre-espionnage doivent nécessairement avoir un contour plus flou que la surveil-

ment has deliberately left the definition of "threats" general and has not provided for more particularity in the mandatory requirements of the warrant.

Counsel for the Attorney General of Canada pointed out that notwithstanding the provisions of paragraph 178.13(2)(a) of the *Criminal Code* requiring the issuing judge to state the offence in respect of which private communications may be intercepted, the practice under that section has been similar to the description set out in the warrant here under review. Counsel referred to the case of *Regina v. Welsh and Ianuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.), at page 366, where the description of the offence reads "(a) engaging in bookmaking, contrary to section 186(1)(e) of the *Criminal Code* of Canada;". Similarly, in another case in the Ontario Court of Appeal *Regina v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, at page 52, the first offence described was "(a) conspiracy to import narcotics contrary to Section 423(1)(d) of the *Criminal Code*;". In both of these cases, other offences were particularized in like manner. Counsel summarizes his submission as follows:

... in stating the offence in respect of which private communications may be intercepted, wiretap authorizations routinely track the language of the Code citing the applicable section of the *Criminal Code*, which is the very practice that the applicant condemns in the case at bar.

For all of these reasons, then, I would reject this submission.

(A) (iii) Failure to relate the seizures to those things which relate to the alleged threat

Counsel for the applicant attacks subject warrant on the basis that it fails to limit the seizures of oral or written communications or things to those which relate to the alleged threat. In his submission, the warrant is so broad that it completely ignores the regime of judicial control envisaged by section 21. More specifically he submits that the language of the warrant does not specify "the type of communication authorized to be intercepted" or "the type of information to be obtained" in any meaningful way. Accordingly, in

lance exercée en vertu du *Code criminel*. C'est pour ces raisons, à mon avis, que le législateur est délibérément resté dans les généralités dans sa définition des «menaces» et qu'il n'a pas prévu un contenu obligatoire plus spécifique pour le mandat.

L'avocat du procureur général du Canada a rappelé qu'en dépit des dispositions de l'alinéa 178.13(2)a) du *Code criminel*, qui obligent le juge qui décerne le mandat à indiquer l'infraction susceptible de donner lieu à l'interception de communications privées, en pratique, la description donnée en application de cette disposition est semblable à celle qui figure dans le mandat contesté en l'espèce. Il a cité l'affaire *Regina v. Welsh and Ianuzzi (No. 6)* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (C.A. Ont.), à la page 366, où la description de l'infraction se lit comme suit: [TRADUCTION] «(a) s'être livré au *bookmaking*, en contravention de l'article 186(1)e) du *Code criminel* du Canada». De même dans un autre arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *Regina v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, à la page 52, la première infraction est décrite comme suit: [TRADUCTION] «(a) complot d'importation de stupéfiants en contravention de l'article 423(1)d) du *Code criminel*». Dans ces deux arrêts, d'autres infractions en cause étaient elles aussi énoncées dans un style semblable. L'avocat résume son argument comme il suit:

[TRADUCTION] ... en énonçant l'infraction susceptible de donner lieu à l'interception de communications privées, les autorisations d'écoute électronique suivent d'habitude la terminologie du Code, citant l'article du *Code criminel* applicable, soit la pratique même que le requérant condamne en l'espèce.

Par tous ces motifs, donc, je rejette ce moyen.

(A) (iii) Absence d'indication d'un rapport entre les saisies et les objets reliés à la menace prétendue

L'avocat du requérant conteste le mandat en cause parce qu'il ne limiterait pas les saisies de communications orales ou écrites ou de pièces à celles qui ont un rapport avec la menace prétendue. D'après lui, le mandat est tellement large qu'il ne tient aucun compte du régime de contrôle judiciaire envisagé par l'article 21. Plus précisément, il soutient que le libellé du mandat ne précise pas suffisamment «les catégories de communication dont l'interception est autorisée» ni «les catégories d'information dont l'acquisition est

his view, subject warrant is so general as to be invalid.

To assess the validity of these submissions, it is necessary, in my opinion, to examine subject warrant in the light of the requirements of subsection 21(4) of the Act. Paragraph (a) of subsection 21(4) requires that the type of communication authorized to be intercepted be specified. Clause A of the warrant specifies that "the oral communications and telecommunications within Canada" of the target, the applicant herein, are authorized to be intercepted. As pointed out by counsel for the Attorney General of Canada, the language in the warrant at bar is almost identical to that used in the wiretap authorizations in the Courts.⁶ Furthermore, Condition I of the warrant at bar provides additional protection to the privacy of uninvolved third parties. In my view, Condition I is not required pursuant to the provisions of the CSIS Act nor is it to be found in the Canadian jurisprudence referred to *supra*. Nevertheless, it was added as additional protection for innocent third parties.

When it is considered that the gathering of security intelligence is usually an activity of lengthy duration involving many different kinds and sources of information and that there is difficulty in identifying surveillance targets, the broad language used in subsection (4) of section 21 is understandable and justifiable, in my view. For example, paragraph 21(4)(b) specifies the identity of the target, "if known". Paragraph 21(4)(d) requires a general description of the place where the warrant may be executed, "if a general description of that place can be given;". The threat with respect to which the subject warrant was issued relates to political violence and terrorism. The McDonald Commission found that for the last decade, the most prominent threat to security in Canada was terrorism. It also concluded that Canada's security required the detection of activities of persons who belong to or support terrorist groups which may be largely active prior to the commission of any criminal offence. On this

⁶ See for example: *Regina v. Finlay and Grellette*, *supra*, at p. 53; *Regina v. Welsh and Ianuzzi (No. 6)*, *supra*, at p. 366; *Lyons et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, at pp. 645-646; 15 C.C.C. (3d) 417, at p. 427, *per Estey J.*

autorisée». Par conséquent, à son avis, le mandat en cause est si général qu'il en devient invalide.

Pour évaluer la validité de ces arguments, il est nécessaire, à mon avis, d'étudier le mandat en cause à la lumière des exigences du paragraphe 21(4) de la Loi. L'alinéa a) du paragraphe 21(4) exige que soient indiquées les catégories de communication dont l'interception doit être autorisée. La clause A du mandat précise qu'est autorisée l'interception des «communications orales et télécommunications du sujet qui ont lieu au Canada», c'est-à-dire celles du requérant en l'espèce. Comme le fait remarquer l'avocat du procureur général du Canada, le libellé du mandat en l'espèce est quasi identique à celui des autorisations d'écoute électronique qu'emploient les tribunaux⁶. En outre, la première condition du mandat en cause confère une garantie supplémentaire pour la vie privée des tiers non impliqués. À mon avis, cette première condition n'est pas requise en vertu des dispositions de la Loi sur le SCRS ni se retrouve-t-elle dans la jurisprudence canadienne citée ci-dessus. Néanmoins elle a été ajoutée comme garantie supplémentaire à l'égard des tiers innocents.

Lorsqu'on se rappelle que la collecte des renseignements de sécurité est habituellement une activité à long terme, mettant en cause de nombreux genres et sources différents d'information, et qu'il est difficile d'identifier les cibles à surveiller, les termes larges utilisés au paragraphe (4) de l'article 21 se comprennent et se justifient à mon avis. Par exemple, l'alinéa 21(4)b) demande d'indiquer l'identité de la cible, «si elle est connue». L'alinéa 21(4)d) réclame une description générale du lieu où le mandat pourra être exécuté, «si possible». La menace au sujet de laquelle le mandat en cause a été délivré est reliée à la violence et au terrorisme politiques. La Commission McDonald a constaté que durant la dernière décennie le terrorisme avait constitué la menace la plus grave qui ait mis en péril la sécurité du Canada. Elle a conclu que la sécurité du Canada exigeait que soient détectées les activités des individus qui appartiennent à des groupes terroristes ou les soutiennent, lesquels peuvent être forts actifs avant que ne soit commise

⁶ Voir par exemple: *Regina v. Finlay and Grellette*, précité, à la p. 53; *Regina v. Welsh and Ianuzzi (No. 6)*, précité, à la p. 366; *Lyons et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, aux p. 645 et 646; 15 C.C.C. (3d) 417, à la p. 427, *par le juge Estey*.

basis, the interception of communications to and from a target must, of necessity, be devoid of much specificity. The very nature of the investigation and prevention of terrorism necessitates a broad authority to intercept. In my view, the language used in clause A complies with all of the provisions of subsection 21(4) on a fair construction of the language used therein. The types of communication are identified as required by paragraph (a). The identity of the target is disclosed as required by paragraph (b) and a general description of the places where the warrant may be executed are given as required by paragraph (d). The warrant also complies with the requirements of paragraphs (c), (e) and (f). Turning to clause B, I have concluded that, for the reasons expressed *supra*, with respect to clause A, it meets the requirements of subsection 21(4).

Counsel for the Attorney General of Canada, in his factum, submits that any attack on the validity of clause B of the warrant is moot and academic because none of the powers authorized under clause B were exercised in this case. I have difficulty with this submission because I doubt that the facial validity of the warrant will depend on the extent to which the powers granted therein are exercised. In any event, since, in my view, for the reasons expressed *supra*, both clauses A and B of subject warrant are valid, it is unnecessary to sever any portion of the warrant although this appears to be permissible pursuant to the recent decision of the Supreme Court of Canada in the *Grabowski* case.⁷

(A) (iv) Solicitor-Client Communications

Counsel for the applicant submits that the impugned warrant violates the solicitor-client privilege by allowing and authorizing the seizure of such privileged oral and written communications. In his view, there is no provision in the CSIS Act which permits an interception of a target's lawful consultation with his solicitor. Accordingly, it is said, the common law prevails and protects such conversations from intrusion. Counsel relies on the decision of the Supreme Court of Canada in

⁷ *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, at p. 453; 22 C.C.C. (3d) 449, at p. 463.

une infraction criminelle. Pour cette raison, l'interception des communications de la cible et de celle qui lui sont destinées ne peut, nécessairement, faire l'objet d'une grande précision. La nature même de l'enquête et de la prévention du terrorisme exige un large pouvoir d'interception. À mon avis, le libellé de la clause A est conforme à toutes les dispositions du paragraphe 21(4) lorsqu'on en fait une interprétation honnête. Les catégories de communication y sont précisées comme le requiert l'alinéa a). L'identité de la cible est donnée comme le requiert l'alinéa b) et une description générale des lieux où le mandat pourra être exécuté est donnée comme le veut l'alinéa d). Le mandat est conforme aussi aux alinéas c), e) et f). Quant à la clause B, je conclus qu'elle est conforme au paragraphe 21(4) pour les raisons données ci-dessus à l'égard de la clause A.

L'avocat du procureur général, dans son mémoire, fait valoir que toute mise en cause de la validité de la clause B du mandat est sans objet et purement théorique, puisqu'aucun des pouvoirs autorisés en vertu de cette clause n'a été exercé en l'espèce. Cet argument me paraît difficilement recevable puisque je doute que la validité formelle du mandat puisse dépendre de la mesure dans laquelle les pouvoirs qu'il confère sont exercés. Quoi qu'il en soit, puisque à mon avis, pour les raisons données ci-dessus, tant les clauses A que B du mandat en cause sont valides, il n'est pas nécessaire de supprimer une partie quelconque du mandat bien que cela semble possible en raison de l'arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Grabowski*⁷.

(A) (iv) Le secret professionnel de l'avocat

L'avocat du requérant soutient que le mandat en cause viole le secret professionnel de l'avocat en permettant et en autorisant la saisie de communications orales et écrites privilégiées. À son avis, il n'y a aucune disposition dans la Loi sur le SCRS qui autorise l'interception d'une consultation licite entre la cible et son avocat. Par conséquent, dit-on, la *common law* prévaut et protège ces conversations de toute intrusion. L'avocat du requérant s'appuie en cela sur l'arrêt de la Cour suprême du

⁷ *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, à la p. 453; 22 C.C.C. (3d) 449, à la p. 463.

the case of *Descôteaux*.⁸ That was a case involving a search warrant under section 443 of the *Criminal Code*. At pages 875 S.C.R.; 400 C.C.C., Mr. Justice Lamer enumerates four rules which deal with the issue of when and to what extent solicitor-client communications should be protected. Those rules read as follows:

1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.
3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.
4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively.

The applicant relies on rule No. 2 as set out by Lamer J. *supra*. However, in my view, rule No. 2 has no application to warrants under the CSIS Act because of the provisions of subsection 21(3) of that Act which commences with the words "Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*". In my opinion, it is clear from these words of paramountcy that Parliament intended that all other laws of Canada, be they statutory or common law, are to be read as being subject to the powers conferred upon a judge under that section to issue a warrant. Because of this paramountcy, therefore, it is doubtful that the provisions of the *Criminal Code* and decisions pursuant thereto would have any application in the

⁸ *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; 70 C.C.C. (2d) 385.

Canada dans l'affaire *Descôteaux*.⁸ Il s'agissait dans cette affaire d'un mandat de perquisition délivré en vertu de l'article 443 du *Code criminel*. Aux pages 875 R.C.S.; 400 C.C.C., M. le juge Lamer énonce quatre règles sur les circonstances dans lesquelles et sur la mesure dans laquelle les communications intervenant entre l'avocat et son client doivent être protégées. Ces règles sont ainsi conçues:

1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client;
2. A moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité;
3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante;
4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées respectivement.

Le requérant invoque la règle n° 2 énoncée ci-dessus par le juge Lamer. Toutefois, à mon avis, la règle n° 2 ne s'applique pas au mandat délivré en vertu de la Loi sur le SCRS en raison des dispositions du paragraphe 21(3) de cette Loi *in limine*: «Par dérogation à toute autre règle de droit, mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*». À mon avis, la prépondérance à laquelle ces termes font clairement allusion montre bien que le législateur fédéral a voulu que toutes les autres règles de droit du Canada, qu'il s'agisse de droit législatif ou de *common law*, doivent être considérées comme assujetties au pouvoir conféré à un juge, en vertu de cet article, de délivrer un mandat. En raison de cette prépondérance donc, il est douteux que les

⁸ *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; 70 C.C.C. (2d) 385.

case at bar.⁹ However, assuming the applicability of the *Descôteaux* tests, it seems to me that the relevant test for our purposes would be the third test which introduces the concept that where, as here, the Service is authorized to interfere with solicitor-client confidentiality, that interference should be allowed only "to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation."

The issue then is whether the impugned warrant satisfies the test of proportionality. Conditions II and III relate to solicitor-client confidentiality. As noted by counsel for the Attorney General of Canada, Condition II herein has some similarities to the terminology employed by subsection 178.13(1.1) of the Code. However, that subsection, as noted by counsel for the applicant, is more restrictive since the authority to intercept covers only situations where the applicant is satisfied, on reasonable grounds, that a solicitor, his employee, or member of the solicitor's household "has been or is about to become a party to an offence." Accordingly, therefore, Condition II when taken by itself, would represent a lower level of protection for solicitor-client confidentiality than the standard prescribed in the *Criminal Code*. However, Condition II does not stand alone. It is accompanied by Condition III. This Condition does not appear in any of the warrants in the decisions under the *Criminal Code* to which I was referred. Accordingly, I think that the addition of Condition III enhances considerably the protection of solicitor-client confidentiality. In this regard, I consider the decision of the Supreme Court of Canada in the case of *Solosky v. The Queen*¹⁰ to be instructive. That case involved the interception of correspondence between an inmate of a federal penitentiary and his solicitor. The interception and opening of the inmate's mail was authorized under

⁹ When drawing analogies between the provisions of the *Criminal Code* and the CSIS Act relative to the interception of communications, the provisions of section 26 of the CSIS Act should also be kept in mind. That section reads: "Part IV.I of the *Criminal Code* does not apply in relation to any interception of a communication under the authority of a warrant issued under section 21 or in relation to any communication so intercepted."

¹⁰ [1980] 1 S.C.R. 821; 50 C.C.C. (2d) 495.

dispositions du *Code criminel* et la jurisprudence qui en découle aient quelque application en l'espèce⁹. Néanmoins, présument que sont applicables les critères de l'arrêt *Descôteaux*, celui qui nous intéresse me semble être le troisième, c'est-à-dire celui qui introduit la notion selon laquelle le Service, lorsqu'il est autorisé comme en l'espèce à violer le secret professionnel que l'avocat doit à son client, ne doit être autorisé à le faire que «dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante».

La question qui se pose donc est de savoir si le mandat en cause satisfait au critère de proportionnalité. Les conditions II et III du mandat portent sur le secret professionnel de l'avocat. Comme l'a noté l'avocat du procureur général du Canada, la terminologie de la condition II rappelle à certains égards celle utilisée au paragraphe 178.13(1.1) du Code. Néanmoins ce paragraphe, comme l'a noté l'avocat du requérant, est plus limitatif puisque le pouvoir d'interception conféré ne vise que les cas où le requérant est convaincu, pour des motifs raisonnables, qu'un avocat, un de ses employés ou une personne qui habite sa résidence «est partie à l'infraction ou s'apprête à le devenir». Par conséquent, la condition II en elle-même représenterait donc une garantie moindre du secret professionnel de l'avocat que la norme prévue au *Code criminel*. Toutefois, la condition II n'est pas la seule en cause. Elle est accompagnée de la condition III. Cette dernière n'apparaît dans aucun des mandats en cause dans la jurisprudence découlant du *Code criminel* que l'on m'a citée. C'est pourquoi je pense que l'adjonction de la condition III accroît considérablement la protection conférée au secret professionnel de l'avocat. À cet égard, je considère instructif l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Solosky c. La Reine*¹⁰. Dans cet arrêt, il était question de l'interception de la correspondance échangée entre un détenu dans un pénitencier fédéral et son avocat. L'interception et

⁹ Lorsqu'on raisonne par analogie, comparant les dispositions du *Code criminel* et celles de la Loi sur le SCRS relatives à l'interception des communications, les dispositions de l'article 26 de la Loi sur le SCRS doivent aussi être gardées à l'esprit. Cet article est ainsi conçu: «La partie IV.I du *Code criminel* ne s'applique pas à une interception de communication autorisée par un mandat décerné en vertu de l'article 21 ni à la communication elle-même.»

¹⁰ [1980] 1 R.C.S. 821; 50 C.C.C. (2d) 495.

certain Regulations made pursuant to the *Penitentiary Act* [R.S.C. 1970, c. P-6]. The rationale of this action was said to be for "the reformation and rehabilitation of inmates or the security of the institution." Dickson J. (as he then was) in delivering the majority judgment of the Court said (at pages 837-838 S.C.R.; 509 C.C.C.):

The complication in this case flows from the unique position of the inmate. His mail is opened and read, not with a view to its use in a proceeding, but by reason of the exigencies of institutional security. All of this occurs within prison walls and far from a court or quasi-judicial tribunal. It is difficult to see how the privilege can be engaged, unless one wishes totally to transform the privilege into a rule of property, bereft of an evidentiary basis.

And at pages 840 S.C.R.; 511 C.C.C.:

The result, as I see it, is that the Court is placed in the position of having to balance the public interest in maintaining the safety and security of a penal institution, its staff and its inmates, with the interest represented by insulating the solicitor-client relationship. Even giving full recognition to the right of an inmate to correspond freely with his legal adviser, and the need for minimum derogation therefrom, the scale must ultimately come down in favour of the public interest. But the interference must be no greater than is essential to the maintenance of security and the rehabilitation of the inmate.

The learned Justice then directed himself to a consideration of the kind of mechanism which would provide the kind of balance which is necessary in the circumstances. At pages 841-842 S.C.R.; 512 C.C.C., he set out the following suggested procedure:

(i) the contents of an envelope may be inspected for contraband; (ii) in limited circumstances, the communication may be read to ensure that it, in fact, contains a confidential communication between solicitor and client written for the purpose of seeking or giving legal advice; (iii) the letter should only be read if there are reasonable and probable grounds for believing the contrary, and then only to the extent necessary to determine the *bona fides* of the communication; (iv) the authorized penitentiary official who examines the envelope, upon ascertaining that the envelope, contains nothing in breach of security, is under a duty at law to maintain the confidentiality of the communication.

Counsel for the Attorney General of British Columbia notes that Condition III in the warrant at bar is "remarkably similar" to the directions given by Dickson C.J. in *Solosky*, *supra*. This similarity is not coincidental. Condition III was an

l'ouverture du courrier du détenu étaient autorisées par un certain règlement pris en application de la *Loi sur les pénitenciers* [S.R.C. 1970, chap. P-6]. La justification de ces mesures, disait-on, était: «la rééducation et la réadaptation du détenu ou la sécurité de l'institution». Le juge Dickson (tel était alors son titre), rendant l'arrêt de la Cour au nom de la majorité, dit (aux pages 837 et 838 R.C.S.; 509 C.C.C.):

En l'espèce, la complication découle de la situation unique du détenu. Son courrier est ouvert et lu en raison des exigences de la sécurité de l'institution et non en vue d'être utilisé dans des procédures judiciaires. Tout ceci se passe à l'intérieur de la prison et, par conséquent, loin d'un tribunal ou d'un organisme quasi judiciaire. Il est difficile de voir comment cela met en jeu le privilège, à moins que l'on veuille totalement le transformer pour en faire une règle de propriété, dépouillée de tout fondement dans la preuve.

Et, aux pages 840 R.C.S.; 511 C.C.C.:

Il en résulte, selon moi, que la Cour se trouve dans l'obligation de peser l'intérêt public qui veut le maintien de la sécurité et de la sûreté de l'institution carcérale, de son personnel et de ses détenus, et l'intérêt représenté par la protection de la relation avocat-client. Même si l'on reconnaît pleinement le droit d'un détenu de correspondre librement avec son conseiller juridique et la nécessité d'en déroger au minimum, la balance doit, en fin de compte, pencher en faveur de l'intérêt public. Mais l'intervention ne doit pas aller au-delà de ce qui est essentiel au maintien de la sécurité et à la réadaptation du détenu.

Le juge s'est penché ensuite sur la question de savoir quel type de mécanisme permettrait d'établir le genre d'équilibre qui s'impose dans les circonstances. Aux pages 841 et 842 R.C.S.; 512 C.C.C., il propose la démarche suivante:

(i) le contenu d'une enveloppe puisse être inspecté pour déceler la contrebande; (ii) dans des cas limités, la communication puisse être lue pour s'assurer qu'elle renferme effectivement une communication à caractère confidentiel entre l'avocat et son client aux fins de consultation ou d'avis juridiques; (iii) la lettre ne soit lue que s'il existe des motifs raisonnables et probables de croire le contraire et, dans ce cas, uniquement dans la mesure nécessaire pour déterminer la bonne foi de la communication; (iv) le fonctionnaire compétent du pénitencier qui examine l'enveloppe, après s'être assuré que cette dernière ne renferme rien qui enfreigne la sécurité, ait l'obligation légale de garder la communication confidentielle.

L'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique souligne que la condition III du mandat en cause présente une [TRADUCTION] «ressemblance remarquable» avec les directives données par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Solosky*,

attempt to comply with the mechanism suggested by the learned Chief Justice in the *Solosky* case.

In the case at bar, the competing interests are the public interest in, *inter alia*, the detection and prevention of political terrorism in Canada and the collection of intelligence concerning the activities of terrorists in Canada whether such activities are directed against Canadians, Canadian Governments, foreigners or foreign Governments on the one hand and the interest involved in protecting the solicitor-client relationship on the other hand.

The affidavit filed in support of the warrant issued satisfied me, when filed, and continues to satisfy me, that the deponent thereof believed, on reasonable grounds, which were expressed in considerable detail, that a warrant under section 21 was required to enable the Service to investigate the threat to the security of Canada which is particularized in paragraph 2(c) of the CSIS Act. Condition III allows a senior official of CSIS to intercept, *inter alia*, an oral communication, for the sole purpose of determining whether that communication relates to the threat to the security of Canada specified in the warrant. If it is determined that the communication does not so relate, all records of the communication must be destroyed and no further disclosure thereof shall be made. If it is determined that the intercepted communication does relate to the security threat being investigated, then it shall be subject to interception pursuant to the authority conferred by the warrant. As noted *supra*, of all the tapes and transcripts of telecommunications in issue, only two telephone calls involve a solicitor. The conditions specified in Condition III were followed and in each case it was determined that neither communication related to the security threat specified in the warrant in issue. Accordingly, and pursuant to Condition III, the portion of the tape containing the communications with a solicitor were erased. Only the authorized CSIS officer listened to the two solicitor conversations and the contents thereof were not disclosed either to the police or to

précité. Ce n'est pas par hasard. En effet, la condition III représente une tentative de suivre la méthode exposée par le juge en chef du Canada dans cet arrêt-là.

^a En l'espèce, les intérêts opposés sont l'intérêt qu'a le public notamment dans la détection et la prévention du terrorisme politique au Canada et dans la collecte de renseignements concernant les activités de terroristes au Canada, que ces activités visent des Canadiens, des gouvernements canadiens, des étrangers ou des gouvernements étrangers, d'une part et l'intérêt qu'il y a à protéger les relations qui existent entre avocat et client d'autre part.

^b Au vu de l'affidavit produit à l'appui du mandat décerné en l'espèce, j'ai été convaincu, et je le suis encore, que le déposant avait des motifs raisonnables, lesquels ont été exposés d'une façon très détaillée, de croire à la nécessité d'obtenir un mandat en vertu de l'article 21 afin de permettre au Service de faire enquête sur la menace envers la sécurité du Canada visée par l'alinéa 2c) de la Loi sur le SCRS. La condition III autorise un haut fonctionnaire du SCRS à intercepter notamment une communication orale à seule fin de déterminer si cette communication se rapporte à la menace envers la sécurité du Canada mentionnée dans le mandat. Si l'on conclut que ce n'est pas le cas, tout ce qui a trait à cette communication doit être détruit et il sera dès lors défendu d'en divulguer la teneur. Si, par contre, il est décidé que la communication interceptée se rapporte vraiment à la menace envers la sécurité faisant l'objet de l'enquête, alors son interception est autorisée par le mandat. Comme je l'ai fait remarquer plus haut, de tous les enregistrements et transcriptions de télécommunications en litige, seules deux conversations téléphoniques mettent en cause un avocat. Les conditions énoncées à la condition III ont été respectées et, dans chaque cas, on a conclu que ni l'une ni l'autre communication n'avait trait à la menace envers la sécurité visée par le mandat en cause. Par conséquent, conformément à la condition III, la partie du ruban magnétique contenant les communications avec un avocat a été effacée. Seul l'agent du SCRS qui avait reçu l'autorisation à cet effet a écouté les deux conversations échangées avec un avocat et leur teneur n'a été révélée ni à la police ni à l'avocat de la Couronne (voir

Crown counsel (see affidavit of Daniel Patrick Murphy sworn March 24, 1987).

In my view, Conditions II and III represent a reasonable balancing of the competing interests which are present in this case. That Condition III was carried out as intended and resulted in a minimal abrogation of the solicitor-client privilege may be some indication that the compromise arrived at was a reasonable one. It follows closely upon the mechanism suggested by Chief Justice Dickson. The detection and prevention of political terrorism represents a compelling public interest entitled to great weight when placed on the scale to be weighed against possible curtailment of solicitor-client confidentiality.

Counsel for the applicant, in his reply, at the oral hearing before me, noted that both the *Descôteaux* case and the *Solosky* case were pre-Charter cases. However, I agree with counsel for the Attorney General of British Columbia that the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Finlay and Grellette*, *supra*, is persuasive authority for the view that the Charter has not altered the law relating to solicitor-client communications. In that case, Part IV. I of the Code which contains subsection 178.13(1.1) was held to be constitutional. While Condition II in the warrant at bar may afford less protection than subsection 178.13(1.1), Condition III, for the reasons expressed *supra*, affords considerably more protection for the solicitor-client privilege. I thus conclude that the advent of the Charter has not affected the relevance of the jurisprudence relied upon in this case to support the validity of subject warrant from the perspective of solicitor-client confidentiality.

(B) UNREASONABLE SEARCH AND SEIZURE—SECTION 8 OF THE CHARTER

The applicant submits that the warrant at bar violates section 8 of the Charter.¹¹ Section 21 of the CSIS Act is deficient and thus contrary to section 8 of the Charter because it does not require the presiding judge to be satisfied that:

¹¹ Section 8 reads: "Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure."

l'affidavit de Daniel Patrick Murphy en date du 24 mars 1987).

À mon avis, les conditions II et III établissent un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés dont il s'agit en l'espèce. Que la condition III ait été suivie de la manière prévue et que cela n'ait occasionné qu'une atteinte minimale au secret professionnel de l'avocat témoigne peut-être du caractère raisonnable de ce compromis, qui est fort semblable au mécanisme proposé par le juge en chef Dickson. La détection et la prévention du terrorisme politique constituent un intérêt public vital auquel il faut reconnaître une grande importance si on le compare à une atteinte possible au caractère confidentiel des relations entre avocat et client.

L'avocat du requérant, dans sa réplique au cours des débats oraux devant moi, a souligné que les arrêts *Descôteaux* et *Solosky* datent tous les deux d'avant la Charte. Je suis toutefois d'accord avec l'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique pour dire que l'arrêt *R. v. Finlay and Grellette*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario, établit d'une manière convaincante que la Charte n'a rien changé au droit applicable aux communications entre avocat et client. Dans cet arrêt, on a jugé constitutionnelle la Partie IV.I du Code, qui renferme le paragraphe 178.13(1.1). Quoique la condition II du mandat en cause puisse offrir moins de protection que le paragraphe 178.13(1.1), la condition III, pour les raisons déjà exposées, protège beaucoup mieux le secret professionnel de l'avocat. Je conclus en conséquence que l'entrée en vigueur de la Charte n'a eu aucun effet sur la pertinence de la jurisprudence invoquée en l'espèce à l'appui de la validité du mandat en question du point de vue du caractère confidentiel des relations entre avocat et client.

(B) FOUILLES, PERQUISITIONS OU SAISIES ABUSIVES—ARTICLE 8 DE LA CHARTE

Le requérant soutient que le mandat contesté viole l'article 8 de la Charte¹¹. L'article 21 de la Loi sur le SCRS présente un vice et va donc à l'encontre de l'article 8 de la Charte car il n'exige pas que le président du tribunal soit convaincu:

¹¹ L'article 8 est libellé comme suit: «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.»

- (i) there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed; and
- (ii) there are reasonable and probable grounds to believe that evidence of the offence will be found at the place of the search.

This submission is based, principally, on the decision of the Supreme Court of Canada in *Hunter et al. v. Southam Inc.*¹² In the view of applicant's counsel, that case sets out four principal requirements for a valid section 8 search or seizure:

- (a) prior authorization for the search or seizure, where feasible;
- (b) the determination as to whether or not to grant the prior authorization is to be made by a judge, or at the minimum, an individual capable of acting judicially;
- (c) the determination must be based on sworn evidence; and
- (d) "the objective standard on which the determination is to be based must include reasonable and probable grounds to believe that evidence of the offence is to be found at the place of the search."¹³

Counsel for the applicant concedes that section 21 of the CSIS Act clearly complies with requirements (a), (b) and (c) *supra*. His submission relates exclusively to paragraph (d) *supra*.

Counsel for the Attorney General of Canada agrees that electronic surveillance authorized under the CSIS Act constitutes a "search or seizure" within the meaning of section 8 of the Charter. However, it is his submission that section 21 of the CSIS Act is in conformity with section 8.

Counsel for the Attorney General of British Columbia, while not agreeing that section 8 of the Charter protects the right to privacy in respect of intercepted communications, submits that, nevertheless, Part II of the CSIS Act is still in compliance with section 8. Additionally, he makes the following submission:

Without conceding, even for a moment, that the CSIS Act may, in any way offend any of the rights and freedoms protected by the *Charter*, it is submitted that in any event section 1 of the *Charter* would uphold it. One cannot help but to conclude that in the name of national security, the protection of which is so clearly in the interest of any free and democratic society, the object of the CSIS Act is such as to be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or

- (i) qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise; et
- (ii) qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'un élément de preuve de l'infraction se trouve à l'endroit de la perquisition.

a

Cette allégation se fonde principalement sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hunter et autres c. Southam Inc.*¹². De l'avis de l'avocat du requérant, cet arrêt prévoit quatre

b

exigences principales pour qu'une fouille, une perquisition ou une saisie visée à l'article 8 soit valide:

a

il doit y avoir autorisation préalable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie, lorsque c'est possible;

b

c'est un juge ou au moins une personne en mesure d'agir de façon judiciaire qui doit décider si l'autorisation préalable doit être accordée;

c

la décision doit être fondée sur des éléments de preuve fournis sous serment; et

d

[TRADUCTION] «le critère objectif sur lequel cette décision doit être fondée doit comprendre des motifs raisonnables et probables de croire qu'un élément de preuve de l'infraction se trouve à l'endroit de la perquisition»¹³.

d

L'avocat du requérant admet que l'article 21 de la Loi sur le SCRS satisfait clairement aux exigences exposées aux alinéas a), b) et c) précitées. Son allégation porte exclusivement sur le paragraphe d) précité.

e

L'avocat qui représente le procureur général du Canada convient que l'écoute électronique autorisée sous le régime de la Loi sur le SCRS constitue une «fouille, [une] perquisition ou [une] saisie» au sens de l'article 8 de la Charte. Toutefois, il soutient que l'article 21 de la Loi sur le SCRS est conforme à l'article 8.

g

L'avocat qui représente le procureur général de la Colombie-Britannique, bien qu'il n'estime pas que l'article 8 de la Charte protège le droit à la vie privée relativement à l'interception des communications, fait valoir que, néanmoins, la Partie II de la Loi sur le SCRS respecte l'article 8. De plus, il soutient ce qui suit:

h

[TRADUCTION] Sans admettre, même un instant, que la Loi sur le SCRS peut, de quelque façon, aller à l'encontre de l'un quelconque des droits et libertés garantis par la *Charte*, on allègue que, de toute façon, l'article 1 de la *Charte* la maintiendrait. Force nous est de conclure que, au nom de la sécurité nationale, dont la protection est si nettement dans l'intérêt de toute société libre et démocratique, l'objectif de la Loi sur le SCRS est suffisamment important pour l'emporter sur un droit

i

¹² [1984] 2 S.C.R. 145; 14 C.C.C. (3d) 97.

¹³ See applicant's Factum—p. 20, para. 25(d).

¹² [1984] 2 R.C.S. 145; 14 C.C.C. (3d) 97.

¹³ Voir le mémoire du requérant au par. 25(d), p. 20.

freedom; also, it is submitted, the means chosen—that is via a judicially authorized warrant—are reasonable and demonstrably justified.¹⁴

The seminal decision by the Supreme Court of Canada in respect of section 8 is, of course, the *Southam* case *supra*. In that case the Director of Investigation and Research under the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] was investigating alleged offences by Southam under that Act. He had issued a certificate authorizing entry into premises occupied by Southam pursuant to authority given to him under the Act. The issue before the Court was whether the legislative provisions upon which the certificate was based were invalid because they were contrary to section 8 of the Charter. However, for our purposes, the general principles enunciated by the Court relative to the scope to be given to the section 8 rights are more important than the specific disposition of the case itself. The reasons for judgment of the Court were given by Dickson J. (as he then was). At pages 159-160 S.C.R.; 108 C.C.C., he stated:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement.

And then at pages 168 S.C.R.; 115 C.C.C., he said:

Where the state’s interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved ... the relevant standard might well be a different one.

The case at bar and the statute herein being considered do involve state security. Hence, the above quoted dictum is particularly apposite in the present case.

¹⁴ See: Written Submissions of Counsel for the Attorney General of British Columbia, para. 53, p. 26.

ou une liberté garantis par la Constitution; nous faisons valoir également que les moyens choisis—c’est-à-dire le recours à un mandat autorisé par voie judiciaire—sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer¹⁴.

^a L’arrêt de la Cour suprême du Canada qui fait jurisprudence en ce qui concerne l’article 8 est, naturellement, l’arrêt *Southam*, précité. Dans cette affaire, le directeur des enquêtes et recherches nommé en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, chap. C-23] enquêtait conformément à cette Loi, sur des infractions qui étaient censées avoir été commises par Southam. Il avait, conformément au pouvoir que lui conférait la Loi, délivré un certificat permettant d’entrer dans des bureaux occupés par Southam. La question en litige était de savoir si les dispositions législatives servant de fondement au certificat étaient invalides pour le motif qu’elles violaient l’article 8 de la Charte. Cependant, pour ^b les fins qui nous occupent, les principes généraux énoncés par la Cour relativement à la portée qu’il faut donner aux droits visés par l’article 8 sont plus importants que la solution précise adoptée dans ^c l’affaire elle-même. Les motifs du jugement de la Cour ont été exposés par le juge Dickson (tel était alors son titre). Il a souligné, aux pages 159 et 160 R.C.S.; 108 C.C.C.:

^f La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu’il faut ^g apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi.

^h Et il a ajouté, aux pages 168 R.C.S.; 115 C.C.C.:

Si le droit de l’État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l’État est en cause ... le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

ⁱ La présente affaire et la loi dont il est ici question concernent effectivement la sécurité de l’État. Par conséquent, la remarque incidente susmentionnée est particulièrement pertinente en l’espèce.

¹⁴ Voir: Plaidoiries écrites de l’avocat qui représente le procureur général de la Colombie-Britannique, au par. 53, p. 26.

As noted earlier herein, it is clear from the legislative history of the CSIS Act that Parliament, in enacting that Act, empowered the Service to investigate threats to Canada's security for the purpose of preserving its democratic institutions and processes and with the further objective of maintaining Canada's integrity abroad. As observed by counsel for the Attorney General of Canada, the Service is not charged with enforcing the laws of Canada. Its mandate is to gather information and intelligence relating to threats to the security of Canada and report it to the concerned departments of the Government of Canada. In addition to the requirements for prior authorization by a judge based on sworn evidence, the Service is also subjected, in its actions and activities, to oversight by the Inspector General (sections 30 to 33 inclusive of the CSIS Act). The Inspector General is required to report the activities of the Service annually to the Solicitor General. Additionally, the statute in sections 34-40 inclusive, creates a committee known as the Security Intelligence Review Committee. Pursuant to section 34, this Committee, is appointed by the Governor in Council "from among members of the Queen's Privy Council for Canada who are not members of the Senate or House of Commons, after consultation by the Prime Minister of Canada with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader in the House of Commons of each party, having at least twelve members in that House." Furthermore, the Review Committee has power "to review generally the performance by the Service of its duties" (section 38). In my view, it seems evident that Parliament, in enacting the CSIS Act, designed a detailed, well-considered, and prudent system of checks and balances which, while empowering the Service to fulfill its mandate on the one hand, has developed, simultaneously, adequate safeguards for the protection of individuals' rights and liberties as enshrined in the Charter.

Having regard to the statements by the present Chief Justice of Canada in *Southam, supra*, and keeping in mind the elaborate scheme established by the CSIS Act, I think it possible to argue persuasively that, insofar as the CSIS Act is concerned, a lower standard than that established in

Ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, il ressort de l'évolution de la Loi sur le SCRS que le Parlement, en adoptant cette Loi, a accordé au Service le pouvoir d'enquêter sur les menaces envers la sécurité du Canada dans le but de maintenir son régime et ses institutions démocratiques et également de préserver l'intégrité du Canada à l'étranger. Comme l'a noté l'avocat représentant le procureur général du Canada, le Service n'est pas chargé de l'application des lois du Canada. Il a pour mandat de recueillir des informations et des renseignements de sécurité concernant les menaces envers la sécurité du Canada et d'en rendre compte aux ministères concernés du gouvernement du Canada. En plus des exigences relatives à l'autorisation préalable qui doit être accordée par un juge et fondée sur des éléments de preuve fournis sous serment, le Service est soumis, dans ses activités, à la surveillance de l'inspecteur général (articles 30 à 33 inclusivement de la Loi sur le SCRS). L'inspecteur général est tenu de présenter au solliciteur général un rapport annuel sur les activités du Service. En outre, la loi prévoit, aux articles 34 à 40 inclusivement, la création d'un comité connu sous le nom de comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. Selon l'article 34, les membres de ce comité sont nommés par le gouverneur en conseil «parmi les membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada qui ne font partie ni du Sénat ni de la Chambre des communes. Cette nomination est précédée de consultations entre le premier ministre du Canada, le chef de l'opposition à la Chambre des communes et le chef de chacun des partis qui y disposent d'au moins douze députés». En outre, le comité de surveillance a le pouvoir de «surveiller la façon dont le Service exerce ses fonctions» (article 38). À mon avis, il semble évident que le Parlement, en adoptant la Loi sur le SCRS, a conçu un système détaillé, bien étudié et prudent de freins et de contrepoids qui, tout en permettant au Service de remplir son mandat, a prévu en même temps des garanties adéquates afin de protéger les droits et libertés individuels prévus par la Charte.

Si l'on tient compte des déclarations de l'actuel juge en chef du Canada dans l'arrêt *Southam*, précité, et du système complexe établi par la Loi sur le SCRS, je crois possible de soutenir de façon convaincante que, dans la mesure où la Loi sur le SCRS est concernée, un critère moins strict que

Southam might satisfy the requirements of section 8 of the Charter. However, in my view of the matter, such an exercise need not be undertaken in the case at bar since I am satisfied that the *Southam* tests have been complied with. Neither of the two reasons cited by counsel for the applicant *supra*, convince me that a section 8 violation has occurred in the case at bar or that the *Southam* tests have not been complied with. However, for completeness, I will deal specifically with the two defects alleged by counsel for the applicant:

(i) Section 21 is deficient because it does not require the presiding judge to be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed.

Initially, it should be noted that the relevant provision in the CSIS Act, paragraph 21(2)(a), requires the affiant to set out the facts relied on to justify the belief on reasonable grounds that a warrant is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada. Thus, the requirement in subsection 21(3) that the judge be satisfied of the matters referred to in paragraph (2)(a) of section 21 refers to threats and not to offences. I can find nothing in the scheme of the statute which requires evidence of the commission of an offence to be before the Court when a section 21 warrant is issued. As noted earlier herein, state security does not focus on reaction to events. It seeks, rather, advance warning of security threats and is not necessarily concerned with breaches of the law. The security process is, by its very nature, usually a longer process. This accounts for the provisions in the CSIS Act which enable the Court to issue warrants for a period not exceeding one year except in the case of threats as defined in paragraph 2(d) where the maximum period is sixty days (see subsection 21(5)). While it is certainly possible that offences under the *Criminal Code* will occur while threat activities are taking place, it is equally possible to have threat activities taking place without breaches of the *Criminal Code* and, as discussed *supra*, it would be likely, in some factual situations that the threat activities would precede any *Criminal Code* infractions. Furthermore, the reference to "offence" in test (d) in the *Southam* case, was apt in that case but is not necessarily applicable here where the objectives of the statute are quite different. The tests enunciat-

celui qui a été établi dans l'affaire *Southam* pourrait satisfaire aux exigences de l'article 8 de la Charte. Toutefois, selon ma perception de l'affaire, il n'est pas nécessaire de se livrer à un tel travail en l'espèce car je suis persuadé que les critères énoncés dans l'affaire *Southam* ont été respectés. Aucune des deux raisons invoquées ci-dessus par l'avocat du requérant ne me convainc qu'il y a eu violation de l'article 8 en l'espèce ou que les critères établis dans l'affaire *Southam* n'ont pas été respectés. Cependant, pour ne rien laisser de côté, je traiterai expressément des deux vices allégués par l'avocat du requérant:

(i) L'article 21 présente un vice parce qu'il n'exige pas que le président du tribunal soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise.

Il faut d'abord noter que la disposition pertinente de la Loi sur le SCRS, à savoir l'alinéa 21(2)a), exige que le déposant énonce les faits sur lesquels il s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada. Donc, l'exigence prévue au paragraphe 21(3) selon laquelle le juge doit être convaincu de l'existence des faits mentionnés à l'alinéa (2)a) de l'article 21 vise des menaces et non pas des infractions. Je ne puis rien trouver dans l'économie de la Loi qui exige que des éléments de preuve de la perpétration d'une infraction soient présentés au tribunal lors de la délivrance d'un mandat visé à l'article 21. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la sécurité de l'État ne met pas l'accent sur la réaction à des événements. Elle cherche plutôt à être prévenue à l'avance des menaces envers la sécurité et ne s'intéresse pas nécessairement aux infractions à la loi. Le processus de la sécurité est habituellement, de par sa nature même, un processus plus long. Cela explique les dispositions de la Loi sur le SCRS qui permettent au tribunal de délivrer des mandats pour une période ne dépassant pas un an, sauf dans le cas de menaces prévues à l'alinéa (2)d), la période maximale étant alors de soixante jours (voir le paragraphe 21(5)). S'il est certes possible qu'il y ait infraction au *Code criminel* lorsque se produisent des activités comportant des menaces, il est également possible que de telles activités se produisent sans qu'il y ait violation du *Code criminel* et, comme on l'a dit plus haut, il serait probable que, dans certains cas, des activités comportant

ed in *Southam* do not necessarily apply *mutatis mutandis* when another completely different legislative scheme is under review. Dickson C.J. made this quite clear in the passage quoted *supra* from page 108 of his reasons where he said that the "assessment" must be made "in a particular situation."

Since I was satisfied at the time the warrant at bar was issued and since I continue to be satisfied of the matters referred to in paragraph (2)(a) of section 21, this represents compliance with the provisions of the statute, which are not required to coincide with the standards established by the *Southam* case for *Criminal Code* matters.

(ii) Section 21 is deficient because it does not require the presiding judge to be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that evidence of the offence will be found at the place of the search.

My conclusion in (i) *supra*, that the standard set in the CSIS statute of referring to threats to the security of Canada rather than to offences in the criminal law context, is equally applicable to the submission in (ii) *supra*. I therefore see no merit in this latter submission for the reasons expressed under (i) *supra*. Furthermore, I observe that the requirements in paragraph 21(2)(f) and in paragraph 21(4)(f) relating to place of execution of the warrant were complied with in the supporting affidavit in this case and I consider them to be reasonable requirements in the context of national security. What is unreasonable in the context of law enforcement, is not necessarily unreasonable in the context of legislation relating to security of the state. The reverse is also true. By way of example, I refer to the requirement in subsection 21(3) that the judge, before issuing a warrant, must be satisfied of the matters, *inter alia*, referred to in paragraph (2)(b) of section 21. Paragraph (2)(b) requires the affiant to depose to the fact that:

des menaces précèdent quelque infraction au *Code criminel*. En outre, la mention d'une «infraction» au critère d) établi dans l'arrêt *Southam* était pertinente dans cette décision mais elle ne s'applique pas nécessairement en l'espèce, car la Loi vise des objectifs tout à fait différents. Les critères énoncés dans l'affaire *Southam* ne s'appliquent pas nécessairement avec les adaptations de circonstance lorsque l'examen porte sur un cadre législatif complètement différent. Le juge en chef Dickson l'a bien précisé dans le passage précité à la page 159 de ses motifs lorsqu'il a mentionné que l'appréciation doit se faire «dans une situation donnée».

Comme j'étais convaincu au moment de la délivrance du mandat contesté et je reste convaincu de l'existence des faits mentionnés à l'alinéa (2)a) de l'article 21, il y a donc conformité avec les dispositions de la Loi, qui ne doivent pas nécessairement coïncider avec les critères établis dans l'affaire *Southam* en ce qui concerne les questions relevant du *Code criminel*.

(ii) L'article 21 présente un vice parce qu'il n'exige pas que le président du tribunal soit convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'un élément de preuve de l'infraction se trouve à l'endroit de la perquisition.

La conclusion à laquelle j'en suis venu au paragraphe (i) ci-dessus selon laquelle le critère établi dans la Loi sur le SCRS porte sur les menaces envers la sécurité du Canada plutôt que les infractions relevant du droit pénal, s'applique également à l'allégation soutenue à la rubrique (ii) ci-dessus. Je ne vois donc aucune valeur à cette dernière allégation pour les raisons exprimées au paragraphe (i) ci-dessus. En outre, je note que les exigences prévues aux alinéas 21(2)f) et 21(4)f) relativement au lieu d'exécution du mandat ont été respectées dans l'affidavit justificatif en l'espèce, et je considère qu'il s'agit d'exigences raisonnables dans le contexte de la sécurité nationale. Ce qui est abusif dans le cadre de l'application de la loi ne l'est pas nécessairement dans le contexte de la législation concernant la sécurité de l'État. Le contraire est également vrai. À titre d'exemple, je me reporte à l'exigence prévue au paragraphe 21(3) selon laquelle le juge doit, avant de délivrer un mandat, être convaincu de l'existence des faits mentionnés, entre autres, à l'alinéa (2)b) de l'article 21. L'alinéa (2)b) exige que l'affidavit du demandeur porte sur:

21. (2) ...

(b) ... other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section, it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada ... would not be obtained.

In my view this is a highly desirable and innovative safeguard which has been fashioned by Parliament to meet the special nature of the activities envisioned and authorized by the CSIS Act. This paragraph is a recognition by Parliament that the powers granted by a CSIS warrant are sweeping and highly intrusive. Accordingly, it requires the affiant to justify the intrusive powers being sought in specific terms. The conditions enumerated in paragraph (2)(b) are: that other investigative procedures have been tried and failed or why they are unlikely to succeed; that because the matter is urgent, it would be impractical to employ only more conventional procedures or that unless a warrant is issued, it is likely that important information with respect to the security threat specified in the affidavit would not be obtained. As is the case in respect of paragraph (2)(a) of section 21, I was satisfied at the time the warrant was issued and continue to be satisfied of the matters set out in paragraph (2)(b) of section 21. In my view, when considered from the perspective of section 8 of the Charter, the procedures set out (and followed in the case at bar) in the CSIS Act satisfy the criteria of reasonableness required under section 8 of the Charter.

Accordingly, and for all of the above reasons, I conclude that the provisions of section 8 of the Charter have not been infringed in this case.

(C) SUB-FACIAL VALIDITY OF THE EX PARTE ORDER BASED ON AN EXAMINATION OF THE AFFIDAVIT SWORN IN SUPPORT OF THE APPLICATION FOR THE WARRANT

As pointed out by counsel for the applicant, this argument cannot be made without disclosure to the applicant of the affidavit filed in support of the

21. (2) ...

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ... ne pourraient être acquises;

À mon avis, c'est là une garantie hautement souhaitable et innovatrice conçue par le législateur afin de répondre à la nature particulière des activités envisagées et autorisées par la Loi sur le SCRS. Cet alinéa indique bien que le législateur reconnaît que les pouvoirs accordés par un mandat décerné en application de la Loi sur le SCRS sont très vastes et gênants. Par conséquent, il exige que le déposant justifie dans des termes précis ces pouvoirs qu'il tente d'obtenir. Les conditions énumérées à l'alinéa (2)b) sont les suivantes: le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès; le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de ne recourir qu'à des méthodes plus classiques; ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernent les menaces envers la sécurité mentionnées dans l'affidavit ne pourraient être acquises. Comme c'est le cas en ce qui concerne l'alinéa (2)a) de l'article 21, j'étais convaincu au moment de la délivrance du mandat et je reste convaincu des faits mentionnés à l'alinéa (2)b) de l'article 21. À mon avis, lorsqu'on les considère en corrélation avec l'article 8 de la Charte, les méthodes mentionnées (et suivies en l'espèce) dans la Loi sur le SCRS satisfont aux critères applicables au caractère raisonnable que l'article 8 de la Charte exige relativement aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies.

Par conséquent, et pour toutes les raisons susmentionnées, je conclus que les dispositions de l'article 8 de la Charte n'ont pas été violées en l'espèce.

(C) VALIDITÉ DE L'ORDONNANCE EX PARTE FONDÉE SUR UN EXAMEN APPROFONDI DE L'AFFIDAVIT DÉPOSÉ À L'APPUI DE LA DEMANDE D'UN MANDAT

Comme l'a souligné l'avocat du requérant, cet argument ne peut être avancé que si l'on divulge à ce dernier l'affidavit déposé à l'appui du mandat

warrant issued herein. This raises, for the first time, the question of disclosure of the subsection 21(2) affidavit required to be filed by the Director or an employee designated by the Minister for this purpose. Section 27 of the Act requires the section 21 application "to be heard in private in accordance with regulations made under section 28." To this date, no such regulations have been promulgated. Heretofore, insofar as I am aware, the affidavits filed in support of applications for warrants under section 21 have not been disclosed.

In my view, this issue raises two basic questions:

(i) Has the Attorney General of Canada objected in this Court to the disclosure of the supporting affidavit sworn by Archie M. Barr, an employee of the Service designated for this purpose by the Solicitor General of Canada pursuant to subsection 21(1) of the CSIS Act (the Barr affidavit) in this Rule 330 application either through an oral or written certification to the effect that such disclosure would be injurious to national security thereby invoking sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10 (as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s.4)]?

(ii) Is this Court obliged to order disclosure, or does it have the discretion to order that the affidavit not be disclosed?

I will deal with each of these questions in turn.

(i) Has the Attorney General of Canada objected to the disclosure of the Barr affidavit pursuant to sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act*?

Sections 36.1 and 36.2 read:

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

(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

décerné en l'espèce. Cela soulève, pour la première fois, la question de la divulgation de l'affidavit prévu au paragraphe 21(2), que doit produire le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre. L'article 27 de la Loi exige qu'une demande fondée sur l'article 21 «est entendue à huis clos en conformité avec les règlements d'application de l'article 28». À ce jour, aucun règlement de la sorte n'a été promulgué et, autant que je sache, les affidavits produits à l'appui des demandes de mandats fondées sur l'article 21 n'ont pas été divulgués.

À mon avis, cet aspect du litige soulève deux questions fondamentales:

(i) Le procureur général du Canada s'est-il opposé devant cette Cour à la divulgation de l'affidavit produit par Archie M. Barr, un employé du Service désigné à cette fin par le solliciteur général du Canada en vertu du paragraphe 21(1) de la Loi sur le SCRS (l'affidavit Barr) dans le cadre de la présente demande fondée sur la Règle 330, en attestant verbalement ou par écrit qu'une telle divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale et en invoquant ainsi les articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10 (ajoutés par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4)]?

(ii) La Cour est-elle tenue d'ordonner la divulgation ou peut-elle, à sa discrétion, ordonner que l'affidavit ne soit pas divulgué?

J'examinerai chacun de ces questions séparément.

(i) Le procureur général du Canada s'est-il opposé à la divulgation de l'affidavit Barr en vertu des articles 36.1 et 36.2 de la Loi sur la preuve au Canada?

Les articles 36.1 et 36.2 portent:

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

(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

circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

(3) Subject to sections 36.2 and 36.3, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection (2) by

(a) the Federal Court—Trial Division, in the case of a person or body vested with power to compel production by or pursuant to an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(4) An application pursuant to subsection (3) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(5) An appeal lies from a determination under subsection (2) or (3)

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court—Trial Division; or

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a trial division or trial court of a superior court of a province.

(6) An appeal under subsection (5) shall be brought within ten days from the date of the determination appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

(7) Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made pursuant to subsection (5) shall be made within ten days from the date of the judgment appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to grant leave to appeal considers appropriate in the circumstances; and

(b) where leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 66(1) of the *Supreme Court Act* but within such time as the court that grants leave specifies.

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.

l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

(3) Sous réserve des articles 36.2 et 36.3 dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant le tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée conformément au paragraphe (2), sur demande, par:

a) la Division de première instance de la Cour fédérale dans les cas où l'organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements en vertu d'une loi du Parlement ne constituent pas un tribunal régi par le droit d'une province; ou

b) la division ou cour de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais la cour saisie peut modifier ce délai si elle l'estime indiqué dans les circonstances.

(5) L'appel des décisions rendues en vertu des paragraphes (2) ou (3) se fait:

a) devant la Cour d'appel fédérale pour ce qui est de celles de la Division de première instance de la Cour fédérale; ou

b) devant la cour d'appel d'une province, pour ce qui est de celles de la division ou cour de première instance d'une cour supérieure d'une province.

(6) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (5) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais la cour d'appel peut le proroger si elle l'estime indiqué dans les circonstances.

(7) Nonobstant toute autre loi du Parlement:

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, visé au paragraphe (5), mais la cour compétente pour autoriser l'appel peut proroger ce délai si elle l'estime indiqué dans les circonstances; et

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 66(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé la cour qui a autorisé l'appel.

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) 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*.

Subsection 36.1(1) provides for an oral or written certification to the Court. The question to be answered, therefore, is whether, in this case, counsel for the Attorney General of Canada, made such an objection to the Court, either orally or in writing. I can recall no such oral objection being made at the hearing and my rather fulsome notes taken at the hearing confirm that recollection. Insofar as a written certification is concerned, I have the view that, likewise, no written objection was provided to the Court. Counsel's written submissions on this issue are contained in paragraph 67 of his Memorandum of Fact and Law where, in referring to the production of a secret affidavit he stated:

Parliament has decided, however, that where one of the competing values to be weighed is national security, the decision as to production or protection shall only be made in accordance with sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act*. It would constitute an unacceptable circumvention of Parliament's legislative scheme for the protection of national security information to decide the applicant's argument on this branch of his case in the context of the present Rule 330 motion.

In my view, these submissions are simply that, and nothing more. They cannot, by themselves be used to trigger section 36.1. This conclusion is consistent with the practice followed in all of the cases within my knowledge where section 36.1 objections have been raised based on disclosures that would

(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.

b

c

(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.

d

Le paragraphe 36.1(1) prévoit une attestation verbale ou écrite devant la Cour. Il s'agit par conséquent de déterminer si, en l'espèce, l'avocat du procureur général du Canada a formulé une telle objection devant la Cour, verbalement ou par écrit. Je ne peux me rappeler qu'une telle objection ait été faite verbalement au cours de l'audience, ce que confirme les notes assez détaillées que j'ai prises à ce moment-là. Je suis d'avis qu'il n'y a pas eu non plus d'objection formulée par écrit devant la Cour. Les arguments écrits de l'avocat sur cette question figurent au paragraphe 67 de son exposé des faits et du droit où il a déclaré au sujet de la production d'un affidavit secret:

g

[TRADUCTION] Le Parlement a cependant décidé que lorsque la sécurité nationale est l'un des facteurs en cause, les tribunaux ne peuvent statuer sur la production ou la protection de documents que conformément aux articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Se prononcer sur cet argument présenté par le requérant au soutien de sa preuve, dans le cadre de la présente requête fondée sur la Règle 330 constituerait un mépris inacceptable des lois du Parlement qui visent à protéger les renseignements touchant la sécurité nationale.

i

À mon avis, ces arguments ne signifient rien d'autre que cela et ne peuvent en soi permettre l'application de l'article 36.1. Cette conclusion est compatible avec la pratique suivie dans toutes les affaires que je connais où l'on a soulevé des objections fondées sur l'article 36.1 en raison de divulgations qui porteraient atteinte à la sécurité

be injurious to national security.¹⁵ A review of this jurisprudence leads me to conclude that the words used in section 36.1 of the *Canada Evidence Act* require a certain formality when the Crown is raising objections based on injury to national security. The oral or written objection to disclosure must be clear and unequivocal, in my view. The objection, if it is an objection rather than a submission, set out in paragraph 67 *supra*, does not meet this test. Accordingly, I conclude that a section 36.1 objection has not been made in this proceeding. It follows, therefore, that the section 36.1 and section 36.2 process has not been triggered.

(ii) Disclosure of documents—applicant's right or judicial discretion?

This motion under Rule 330 to rescind an *ex parte* order is a civil proceeding. Accordingly, the normal rules of civil procedure could be expected to apply. The applicant herein submits that it is his right to have access to all documents necessary to make his rescission motion meaningful. He asserts his absolute right to such disclosure on a threefold basis:

(a) absent any express statutory prohibition against disclosure of the Barr affidavit on this motion, and given that disclosure is necessary to the proper functioning of the Rule 330 remedy, disclosure ought to be made;

(b) there is a presumption in favour of openness in judicial proceedings and since the Barr affidavit was filed in Court in support of the warrant application, it is, *prima facie*, a public document and should be disclosed; and

(c) there is a necessity of disclosure in order to give effect to the remedy of judicial review of the original *ex parte* order.

¹⁵ See: *Gold v. The Queen*, [1985] 1 F.C. 642; 4 C.P.C. (2d) 20 (T.D.); affirmed [1986] 2 F.C. 129; 25 D.L.R. (4th) 285 (C.A.); See also: *Kevork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753; 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.); See also: *R. v. Kevork, Balwin and Gharakhanian* (1986), 27 C.C.C. (3d) 523 (Ont. H.C.J.); And finally see: *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.); affirmed [1983] 2 F.C. 463; (1984), 10 C.C.C. (3d) 492 (C.A.).

nationale¹⁵. Cette jurisprudence m'incite à conclure que les termes utilisés à l'article 36.1 de la *Loi sur la preuve au Canada* exigent un certain formalisme lorsque la Couronne soulève des objections fondées sur l'atteinte à la sécurité nationale. L'objection orale ou écrite à la divulgation doit, à mon avis, être claire et sans équivoque. L'objection formulée au paragraphe 67 précité ne répond pas à ce critère s'il s'agit d'une objection plutôt que d'un argument. Je conclus par conséquent qu'aucune objection fondée sur l'article 36.1 n'a été formulée en l'espèce et que les articles 36.1 et 36.2 ne peuvent donc pas s'appliquer.

(ii) Divulgence des documents—droit du requérant ou pouvoir discrétionnaire de la Cour?

La présente requête fondée sur la Règle 330 et visant l'annulation d'une ordonnance *ex parte* est une procédure civile. Les règles ordinaires de procédure civile devraient par conséquent s'appliquer. Le requérant en l'espèce soutient qu'il a le droit d'avoir accès à tous les documents nécessaires à sa requête en annulation. Il prétend qu'il a un droit absolu à une telle divulgation pour trois motifs:

(a) à moins que la loi n'interdise expressément de divulguer l'affidavit Barr aux fins de la présente requête et étant donné que la divulgation est nécessaire pour que la Règle 330 puisse être utilisée correctement, il faudrait permettre cette divulgation;

(b) il existe une présomption en faveur de la transparence des procédures judiciaires et puisque l'affidavit Barr a été déposé devant la Cour à l'appui de la demande du mandat, il s'agit *prima facie* d'un document public qui devrait être divulgué; et

(c) la divulgation est nécessaire pour donner effet à l'examen judiciaire de l'ordonnance *ex parte* originale.

¹⁵ Voir: *Gold c. La Reine*, [1985] 1 C.F. 642; 4 C.P.C. (2d) 20 (1^{re} inst.); confirmé par [1986] 2 C.F. 129; 25 D.L.R. (4th) 285 (C.A.); Voir également: *Kevork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753; 17 C.C.C. (3d) 426 (1^{re} inst.); Voir également: *R. v. Kevork, Balwin et Gharakhanian* (1986), 27 C.C.C. (3d) 523 (H.C.J. Ont.); Voir enfin: *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1^{re} inst.); confirmé par [1983] 2 C.F. 463; (1984), 10 C.C.C. (3d) 492 (C.A.).

In support of (b) and (c) *supra*, the applicant cites the case of *Attorney-General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; 65 C.C.C. (2d) 129 and *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; 9 C.C.C. (3d) 97. I would agree that, as a general rule, the applicant in a proceeding such as this is entitled to disclosure of all documents in the Court record but I do not agree that he has an absolute right thereto. This general entitlement forms a cornerstone of the concept of fairness and openness in our judicial system. Dickson J. (as he then was) in *MacIntyre*, *supra*, when dealing with a member of the public's entitlement to access to expired search warrants said at pages 183-184 S.C.R.; 144-145 C.C.C.:

By reason of the relatively few judicial decisions it is difficult, and probably unwise, to attempt any comprehensive definition of the right of access to judicial records or delineation of the factors to be taken into account in determining whether access is to be permitted. The question before us is limited to search warrants and informations. The response to that question, it seems to me, should be guided by several broad policy considerations, namely, respect for the privacy of the individual, protection of the administration of justice, implementation of the will of Parliament that a search warrant be an effective aid in the investigation of crime, and finally, a strong public policy in favour of "openness" in respect of judicial acts. The rationale of this last-mentioned consideration has been eloquently expressed in Bentham in these terms:

'In the darkness of secrecy, sinister interest, and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity there is no justice.' 'Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial.'

The concern for accountability is not diminished by the fact that the search warrants might be issued by a justice *in camera*. On the contrary, this fact increases the policy argument in favour of accessibility. Initial secrecy surrounding the issuance of warrants may lead to abuse, and publicity is a strong deterrent to potential malversation.

In short, what should be sought is maximum accountability and accessibility but not to the extent of harming the innocent or of impairing the efficiency of the search warrant as a weapon in society's never-ending fight against crime.

I agree that where, as here, we have a party to a proceeding seeking disclosure, the party's right to

À l'appui des paragraphes (b) et (c) précités, le requérant cite les arrêts *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; 65 C.C.C. (2d) 129 et *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; 9 C.C.C. (3d) 97. Je conviens que règle générale, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, le requérant a le droit d'exiger la divulgation de tous les documents versés au dossier de la Cour mais je ne suis pas d'accord pour dire que ce droit est absolu. Ce droit général forme la pierre angulaire du concept de l'équité et de la transparence de notre système judiciaire. Dans l'affaire *MacIntyre* précitée, qui concerne le droit d'un membre du public d'avoir communication des mandats de perquisition expirés, le juge Dickson (maintenant juge en chef) a déclaré aux pages 183 et 184 R.C.S.; 144 et 145 C.C.C.:

En raison du petit nombre de décisions judiciaires, il est difficile, et probablement peu sage, de vouloir donner une définition exhaustive du droit de consulter les dossiers judiciaires ou une délimitation précise des facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il faut en permettre la consultation. La question qui nous est soumise est limitée aux mandats de perquisition et aux dénonciations. La solution de cette question me paraît dépendre de plusieurs grands principes généraux, notamment le respect de la vie privée des particuliers, la protection de l'administration de la justice, la réalisation de la volonté du législateur de faire du mandat de perquisition un outil efficace dans la détection du crime et, enfin, d'un principe cardinal d'intérêt public qui consiste à favoriser la «transparence» des procédures judiciaires. Bentham a énoncé de façon éloquente la justification de ce dernier principe dans les termes suivants:

[TRADUCTION] «Dans l'ombre du secret, de sombres visées et des maux de toutes formes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice.» «La publicité est le souffle même de la justice. Elle est l'aiguillon acéré de l'effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même un jugement.»

Le fait que les mandats de perquisition peuvent être délivrés par un juge de paix à huis clos n'entame pas cette préoccupation de responsabilité. Au contraire, il donne du poids à la thèse en faveur de la politique d'accessibilité. Le secret qui préside d'abord à la délivrance de mandats peut occasionner des abus et la publicité a une grande influence préventive contre toute inconduite possible.

En bref, ce qu'il faut viser, c'est le maximum de responsabilité et d'accessibilité, sans aller jusqu'à causer un tort à un innocent ou à réduire l'efficacité du mandat de perquisition comme arme dans la lutte continue de la société contre le crime.

J'admets que lorsqu'une partie à une instance tente d'obtenir la divulgation d'un document

disclosure rests on a firmer basis than that of members of the general public. I also acknowledge that there is jurisprudence to the effect that, in proceedings akin to this Rule 330 application, the applicant should not only be given an opportunity to see the affidavit but to cross-examine the affiant thereon.¹⁶ However, neither of the authorities cited have any factual resemblance to the case at bar. There was no question of a secret affidavit nor was there a national security basis for the issuance of the *ex parte* orders in those cases. The issue for determination on this branch of the within proceeding is whether or not there are special circumstances here which would permit the Court to depart from the general rule of full disclosure of all Court documents to all parties, absent a section 36.1 certificate? I state the issue in this way because of jurisprudence which, in my view, entitles the Court to depart from the general rule, if, in its view, disclosure would be inimical to the best interests of the administration of justice.

Coming now to the relevant jurisprudence on this issue, I would refer, initially, to a clear and unequivocal statement by Dickson J. (as he then was) at pages 189 S.C.R.; 149 C.C.C. of the *MacIntyre* case *supra*:

Undoubtedly every Court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right. [Emphasis added.]

This passage makes it clear that a judge has a discretion to deny access to any Court document "when the ends of justice would be subverted by disclosure." The question of non-disclosure in a prison environment was canvassed by Reed J. in *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378, at pages 397-398; (1984), 9 Admin. L.R. 50 (TD.), at pages 78-79:

¹⁶ See *Volckmar v. Krupp*, [1958] O.W.N. 303 (Ont. H.C.J.) (*ex parte* order for service *ex juris*); *Bunker Ramo Corp. v. TRW Inc.*, [1980] 2 F.C. 488; 47 C.P.R. (2d) 159 (T.D.) (*ex parte* order for service *ex juris*).

comme c'est le cas en l'espèce, le droit de cette partie à la divulgation prime celui des membres du grand public. Je reconnais en outre que, selon certaines décisions, le requérant qui engage une procédure semblable à la présente requête fondée sur la Règle 330 devrait pouvoir non seulement prendre connaissance de l'affidavit mais également contre-interroger l'auteur de l'affidavit au sujet de ce dernier¹⁶. Cependant, les faits relatés dans l'une et l'autre des décisions citées ne ressemblent aucunement à ceux de l'espèce. Il n'était nullement question d'un affidavit secret ni d'une atteinte à la sécurité nationale lorsque les ordonnances *ex parte* ont été rendues dans ces affaires. Il s'agit de déterminer en l'espèce s'il existe ou non des circonstances spéciales qui permettraient à la Cour de déroger à la règle générale selon laquelle tous les documents déposés à la Cour doivent être divulgués à toutes les parties, en l'absence d'une attestation faite en vertu de l'article 36.1. Je formule cette question ainsi en raison de la jurisprudence qui, à mon avis, permet à la Cour de déroger à la règle générale lorsque, selon elle, cette divulgation serait contraire aux meilleurs intérêts de l'administration de la justice.

Pour ce qui est de la jurisprudence pertinente concernant cette question, je citerai tout d'abord une règle claire et sans équivoque énoncée par le juge Dickson (maintenant juge en chef) aux pages 189 R.C.S.; 149 C.C.C. de l'affaire *MacIntyre* précitée:

Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière. Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire. [C'est moi qui souligne.]

Cet extrait montre clairement qu'un juge a le pouvoir discrétionnaire d'interdire l'accès à des documents de la Cour «lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice». La question de la non-divulgation en milieu carcéral a été examinée par le juge Reed dans l'affaire *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378, aux pages 397 et 398; (1984), 9 Admin. L.R. 50 (1^{re} inst.), aux pages 78 et 79:

¹⁶ Voir: *Volckmar v. Krupp*, [1958] O.W.N. 303 (H.C.J. Ont.) (ordonnance *ex parte* portant signification hors du ressort judiciaire); *Bunker Ramo Corp. c. TRW Inc.*, [1980] 2 C.F. 488; 47 C.P.R. (2d) 159 (1^{re} inst.) (ordonnance *ex parte* portant signification hors du ressort judiciaire).

I think it will be rare that an inmate cannot be told at least the gist of the reasons against him. This would especially be so if the alleged conduct took place outside the institution when the inmate was at large. I can, however, more easily envisage some situations when it might be necessary to refuse to disclose even the gist of the case against him when the information relates to conduct occurring within the institution. This might be necessary if the content of the information was such that its disclosure would automatically lead to the identity of the informer becoming known. (It is trite law that the identity of informers is protected from disclosure.) Refer: *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 494 [23 C.P.C. 99; 23 C.R. (3d) 338; 62 C.C.C. (2d) 193; 128 D.L.R. (3d) 193; 38 N.R. 588] and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; 2 D.L.R. (4th) 193. In the context of the prison situation, safety and order within the prison may particularly require the non-disclosure of the identity of informers. Non-disclosure might also be necessary if such disclosure would automatically lead to the revealing of information collection methods and thus substantially undermine the future functioning of the Board. In circumstances such as these, I do not think the Board should be denied the right to rely on and use information which comes to its knowledge even though it does not pass the gist of that information on to the inmate. The public interests in preventing repeat offences while the inmate is at large, in maintaining security and order in the penal institution, and in preserving the Parole Board's ability to function effectively may outweigh the normal rule that a person is entitled to know the gist of the case against him. But, the occasions on which this is justified must be rare. There must be an element of necessity; mere convenience for the functioning of the Board is not enough. [Emphasis added.]

and at pages 401 F.C.; 81 Admin. L.R.:

The House of Lords decision in *Science Research Council v. Nassé*, [1979] 3 All ER 673 is instructive. In that case an employee who felt she had been discriminated against sought access to the annual performance appraisals prepared by the employer on other employees with whom she had been in competition for promotion. Disclosure was resisted on the ground that such reports were confidential. The House of Lords held that under the relevant rules of court disclosure was a matter of discretion, to be exercised if it was in the interest of justice to do so. Factors to be considered in assessing this would be: whether disclosure was necessary for fairly disposing of the proceedings, or for saving costs; whether the documents had been prepared in confidence and the extent to which their disclosure would affect the interests of third parties. The Court held that in coming to a decision as to whether disclosure should be ordered, it was perfectly proper to consider whether justice could be done by special measures, such as covering up confidential but irrelevant parts of the documents or by substituting anonymous references for specific names.

À mon avis, rares sont les cas où le détenu ne peut être informé de l'essentiel au moins des motifs retenus contre lui. Ce serait notamment le cas si les actes reprochés avaient été commis à l'extérieur de l'établissement lorsque le détenu était en liberté. Toutefois, je peux plus facilement concevoir certaines situations dans lesquelles il peut être nécessaire de refuser de divulguer même l'essentiel des arguments qui lui sont opposés lorsque les renseignements se rapportent à la conduite survenue à l'intérieur de l'établissement. Cela pourrait être nécessaire si le contenu des renseignements était tel que leur divulgation permettrait automatiquement d'identifier l'informateur. (C'est un lieu commun que l'identité des informateurs ne doit pas être divulguée). Voir: *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario) et autre*, [1981] 2 R.C.S. 494 [23 C.P.C. 99, 23 C.R. (3d) 338, 62 C.C.C. (2d) 193, 128 D.L.R. (3d) 193, 38 N.R. 588] et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; 2 D.L.R. (4th) 193. En regard de la situation dans les prisons, l'ordre et la sécurité en milieu carcéral peuvent tout particulièrement exiger un refus de divulguer l'identité des informateurs. Un tel refus pourrait également être nécessaire si la divulgation entraînait automatiquement le dévoilement des méthodes utilisées pour obtenir des renseignements et par contrecoup devait ainsi gêner considérablement le fonctionnement futur de la Commission. Dans de telles circonstances, je ne crois pas qu'on devrait interdire à la Commission de se fonder sur des renseignements qui lui sont transmis et de les utiliser même si elle ne communique pas l'essentiel de ces renseignements au détenu. L'intérêt du public en ce qui a trait à la prévention des récidives alors que le détenu est en liberté, au maintien de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement pénal et à la préservation de la capacité de la Commission des libérations conditionnelles de fonctionner d'une manière efficace peut l'emporter sur la règle usuelle selon laquelle une personne a droit de connaître l'essentiel des motifs retenus contre elle. Toutefois, les occasions où une telle situation est justifiée doivent être rares. Il doit y avoir un élément de nécessité; il ne suffit pas que ce soit simplement commode pour la Commission. [C'est moi qui souligne.]

et aux pages 401 C.F.; 81 Admin. L.R.:

La décision de la Chambre des lords dans *Science Research Council v. Nassé*, [1979] 3 All ER 673 est instructive. Dans cette affaire, une employée qui avait l'impression d'avoir fait l'objet de discrimination a cherché à avoir accès aux évaluations de rendement annuelles établies par l'employeur concernant d'autres employés avec qui elle avait été en compétition pour obtenir une promotion. On lui a refusé la communication en disant que ces rapports étaient confidentiels. La Chambre des lords a statué qu'en vertu des règles applicables, la Cour avait le pouvoir discrétionnaire de permettre la communication et devait exercer ce pouvoir dans l'intérêt de la justice. À cette fin, la Cour devrait examiner divers facteurs: elle devrait se demander si la communication est nécessaire pour trancher équitablement le litige ou pour éviter des frais; et si les documents ont été rédigés d'une manière confidentielle et dans quelle mesure la communication peut porter atteinte aux intérêts des tiers. La Cour a conclu que, pour décider s'il y avait lieu d'ordonner la divulgation, il convenait parfaitement d'examiner si justice pouvait être rendue par des mesures spéciales, par exemple en masquant certaines parties confidentielles mais non pertinentes des documents ou en substituant aux noms précis des indications anonymes.

Finally, I would refer to the judgment of Pinard J. in *Rice v. National Parole Board* (1986), 16 Admin. L.R. 157 (F.C.T.D.), at pages 167-168:

In the case at Bar it has been established that three members of the Board re-examined the possibility of providing the confidential information requested by the applicant and that they decided that this was impossible without the source of the said information being revealed; they also concluded that the lives of those who had provided this confidential information would be endangered if the said information was disclosed; they stated, finally, that if the identity of the source was revealed and the information disclosed, the National Parole Board's ability to obtain confidential information would be impaired and the institutional order of the Correctional Service of Canada also endangered. At the hearing of this case Serge Lavallée, a regional executive officer with the National Parole Board, reaffirmed under oath these reasons for the Board's decision not to disclose the confidential information requested by the applicant.

These reasons, supported by the oath of an officer of the Board having authority, in view of all the circumstances of this case, including the other information disclosed to the applicant, justify the non-disclosure of the confidential information requested. This is a serious and exceptional situation where the Court is satisfied that the Board duly considered the consequences of disclosing the privileged information as regards the revelation of its source and the safety of the lives of the persons in question. In this context, the National Parole Board's ability to obtain confidential information and the Correctional Service of Canada's institutional order are relevant considerations. All these grounds of public interest invoked by the Board in the case at Bar take precedence. [Emphasis added.]

Since I have concluded, for the reasons enumerated *supra*, that I have the discretion to depart from the general rule of full disclosure, based on the Court's supervisory and protecting power, are there special circumstances in this case which require such a departure? I have reached the conclusion that such special circumstances are present in this case. The first special circumstance is the fact that the secret Barr affidavit deals with national security, and, more specifically, "activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political objective within Canada or a foreign state." The competing public interest advanced by the applicant is the public interest in the due administration of criminal jus-

Finally, je veux citer la décision du juge Pinard dans l'affaire *Rice c. Commission nationale des libérations conditionnelles* (1986), 16 Admin. L.R. 157 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 167 et 168:

Or, dans la présente cause, il est établi que trois commissaires de la Commission ont réexaminé la possibilité de fournir les informations confidentielles requises par le requérant et qu'ils ont décidé que cela était impossible sans que la source desdites informations ne soit révélée; ils ont en outre conclu que la sécurité de la vie pour les personnes ayant fourni ces informations confidentielles serait mise en danger si lesdites informations étaient divulguées; finalement, ils indiquent que si l'identité de la source est révélée et que les informations sont divulguées, la capacité de la Commission nationale des libérations conditionnelles d'obtenir des informations de nature confidentielle en sera diminuée et que le bon ordre institutionnel du Service correctionnel du Canada sera aussi en danger. Lors de l'audition dans la présente cause, Serge Lavallée, agent exécutif régional de la Commission nationale des libérations conditionnelles a, sous serment, réaffirmé ces motifs au soutien de la décision de la Commission de ne pas divulguer les renseignements confidentiels demandés par le requérant.

Ces raisons, appuyées par le serment d'un officier en autorité de la Commission, compte tenu de toutes les circonstances du présent cas, y inclus les autres informations communiquées au requérant, justifient la non-divulgaration des informations confidentielles requises. Il s'agit ici d'une situation grave et exceptionnelle où la Cour est satisfaite que la Commission a dûment considéré les conséquences de la divulgation des informations privilégiées quant à la révélation de leur source et quant à la sécurité de la vie des personnes en cause. Dans ce contexte, la capacité de la Commission nationale des libérations conditionnelles d'obtenir des informations de nature confidentielle et le bon ordre institutionnel du Service correctionnel du Canada constituent des considérations pertinentes. Toutes ces raisons d'intérêt public réunies et invoquées par la Commission, en l'occurrence, doivent primer. [C'est moi qui souligne.]

Comme j'ai conclu, pour les motifs énumérés plus haut, que j'ai le pouvoir discrétionnaire de déroger à la règle de la divulgation intégrale, étant donné le pouvoir de surveillance et de protection de la Cour, existe-t-il en l'espèce des circonstances particulières qui exigent une telle dérogation? J'en suis arrivé à la conclusion que c'est le cas. La première circonstance particulière tient au fait que l'affidavit secret de M. Barr vise la sécurité nationale, et, plus particulièrement «des activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique au Canada ou dans un État étranger». L'intérêt public opposé que fait valoir le requérant est l'intérêt qu'a le public dans la bonne administration de la justice

tice. However, as pointed out by counsel for the Attorney General of British Columbia, an important distinction needs to be made between the rights of an accused in a criminal trial and the right of this applicant in proceedings under section 21 of the CSIS Act. There is no issue in this Court as to the guilt or innocence of the applicant. The impugned warrant was issued approximately ten months before the alleged occurrence of the offence with which the applicant is charged. Thus it is evident that subject warrant was not issued to investigate that alleged offence. It was issued as an aid to the investigation of political terrorism, which is a matter of national security. The issuance of the impugned warrant does not in any way influence or impair the presumption of innocence enjoyed by the applicant with respect to the criminal charge which he faces. The accused is in no way precluded from making full answer and defence pursuant to subsection 577(3) of the *Criminal Code*. I also agree with counsel for the Attorney General of British Columbia that section 21 warrants are issued under circumstances so different from those issued under Part IV.I of the Code that "it would be dangerous to seek analogy between disclosures." I also agree with him that "Section 26 of the CSIS Act which makes Part IV.I of the Code inapplicable to section 21 warrants clearly militates against such analogies".

In the *Goguen* case *supra*, (which was a case under sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act*), after referring to the competing public interests, (international relations, national defence or national security on the one hand and the due administration of criminal justice on the other hand), Chief Justice Thurlow stated at pages 883-884:

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

criminelle. Cependant, comme l'a souligné l'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique, il faut faire une importante distinction entre les droits dont jouit un accusé dans le cadre d'un procès au criminel et les droits du requérant dans le cadre des procédures intentées en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS. La Cour n'est pas saisie de la question de la culpabilité ou de l'innocence du requérant. Le mandat contesté a été décerné environ dix mois avant le moment où aurait été perpétrée l'infraction dont est accusé le requérant. Il est donc évident que ledit mandat n'a pas été décerné en vue d'enquêter sur l'infraction alléguée. Il a été décerné pour faciliter les enquêtes sur le terrorisme politique, qui intéresse la sécurité nationale. Le mandat contesté ne touche ni ne nuit à la présomption d'innocence dont jouit le requérant relativement à l'accusation criminelle portée contre lui. L'accusé n'est nullement empêché de présenter une pleine réponse et défense conformément au paragraphe 577(3) du *Code criminel*. Je suis aussi d'accord avec l'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique pour dire que les mandats prévus à l'article 21 sont décernés dans des circonstances si différentes de ceux qui sont visés à la partie IV.I du Code [TRADUCTION] «qu'il serait dangereux de tenter d'établir une analogie entre les divulgations concernées». Je reconnais aussi comme l'a dit l'avocat susmentionné que [TRADUCTION] «L'article 26 de la Loi sur le SCRS qui rend la partie IV.I du Code inapplicable aux mandats prévus par l'article 21 milite clairement contre une telle analogie».

Dans l'arrêt *Goguen*, précité, (qui traitait des articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*), après avoir mentionné les intérêts publics opposés, (relations internationales, défense nationale ou sécurité nationale d'une part, et la bonne administration de la justice criminelle d'autre part), le juge en chef Thurlow a dit aux pages 883 et 884:

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

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

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

Because the threat to the security of Canada as quoted *supra*, relates to political terrorism and violence, I do not consider this to be one of the rare occasions mentioned by Chief Justice Thurlow. Furthermore, it is clear that Parliament has manifested its will in this regard with the passage of sections 36.1 and 36.2 *supra*. Those sections provide a definite mechanism and code of procedure for determination of the priority to be given the competing public interests in a particular case. At the oral hearing before me, there was some discussion as to the means available to this applicant to "trigger" the sections 36.1 and 36.2 procedures. I understood counsel for the Attorney General of Canada to express the view that sections 36.1 and 36.2 would be "triggered" in the event the applicant was to serve CSIS with a subpoena for the production of the Barr affidavit. At that juncture, the Service or the Attorney General of Canada or the Solicitor General of Canada would be in a position to respond with a section 36.1 objection. There may well be other mechanisms for triggering the section 36.1 and section 36.2 procedures. In any event, it is unnecessary and perhaps improper for me to speculate on the avenues open to the applicant insofar as the criminal prosecution against him in British Columbia is concerned. This is particularly so since I am not a judge designated by the Chief Justice to hear a subsection 36.2(1) application.

To summarize then, I decline to exercise the discretion vested in me to order disclosure to the applicant of the secret Barr affidavit. I do so for two reasons: firstly, that affidavit relates to politi-

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

^a 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.

^c Parce que la menace qui pèse sur la sécurité du Canada comme il est dit plus haut, vise le terrorisme et la violence politiques, je ne considère pas que nous soyons en présence en l'espèce de l'un des rares cas auxquels fait allusion le juge en chef Thurlow. En outre, il est clair que le Parlement a manifesté sa volonté à cet égard par l'adoption des articles 36.1 et 36.2 susmentionnés. Ces articles fournissent un mécanisme et un code de procédure déterminés pour établir la priorité qu'il y a lieu d'accorder aux intérêts publics opposés dans un cas particulier. À l'audience orale qui s'est déroulée devant moi, on a discuté des moyens dont disposait le requérant pour [TRADUCTION] «rendre applicables» les procédures visées aux articles 36.1 et 36.2. Si j'ai bien compris, l'avocat du procureur général du Canada s'est montré d'avis que les articles 36.1 et 36.2 [TRADUCTION] «seraient applicables» si le requérant signifiait au Service canadien du renseignement de sécurité un *subpoena* tendant à la production de l'affidavit Barr. Dans ces circonstances, le Service, le procureur général du Canada ou le solliciteur général du Canada serait en mesure de s'opposer comme le prévoit l'article 36.1. Il peut fort bien y avoir d'autres moyens de rendre applicables les procédures visées aux articles 36.1 et 36.2. Quoi qu'il en soit, il est inutile et peut-être même peu indiqué que je fasse des conjectures sur les possibilités qui s'offrent au requérant en ce qui concerne les poursuites criminelles intentées contre lui en Colombie-Britannique. C'est d'autant plus le cas que je ne suis pas un juge désigné par le juge en chef pour entendre la demande fondée sur le paragraphe 36.2(1).

^j Pour résumer, donc, je refuse d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont je suis investi pour ordonner la communication au requérant de l'affidavit secret de M. Barr. Ma décision repose sur deux

cal terrorism which was in the course of being investigated in the interests of national security. Disclosure might well result in the revelation of security investigatory methodology which could lead to the significant impairment of the effectiveness of this and future security investigations. The public interest in protecting and preserving the Security Service's ability to discharge the onerous and important mandate given to it under the CSIS Act in the interests of national security cannot be disregarded or ignored. Secondly, and in any event, and for the reasons expressed *supra*, I have the view that insofar as this applicant is concerned and relating to the criminal charge against him in British Columbia, other avenues of redress may well be open to him relating to disclosure of the Barr affidavit.

CONCLUSION

Since, in my view, no grounds of invalidity have been shown, it follows that the within application to rescind the warrant in issue must be dismissed.

Before concluding however, I would like to comment briefly on section 1 of the Charter since it was relied on by counsel for the Attorney General of British Columbia (although not referred to or relied on by counsel for the Attorney General of Canada). In view of my conclusion *supra*, that section 8 of the Charter has not been infringed in this case, it is not necessary to consider the relationship between section 8 and section 1 of the Charter. As stated by Dickson J. (as he then was) in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, pages 169-170 S.C.R.; 116 C.C.C.:

I leave to another day the difficult question of the relationship between those two sections and, more particularly, what further balancing of interests, if any, may be contemplated by s. 1, beyond that envisaged by s. 8.

I find myself in a similar position in the case at bar. Accordingly, I adopt the approach of the learned Chief Justice of Canada and will say no more about section 1 of the Charter in these reasons, since it is unnecessary to do so.

motifs: premièrement, l'affidavit porte sur le terrorisme politique qui faisait l'objet d'une enquête dans l'intérêt de la sécurité nationale. La divulgation de l'affidavit pourrait fort bien provoquer la révélation de méthodes d'enquête en matière de sécurité qui serait susceptible de nuire considérablement à l'efficacité de la présente enquête de sécurité et d'autres enquêtes éventuelles. On ne saurait nier ni méconnaître combien il est important pour le public que le Service de sécurité conserve et voit protégée sa capacité de remplir l'important et difficile mandat que lui a confié la Loi sur le SCRS dans l'intérêt de la sécurité nationale. Deuxièmement, en tout état de cause, et pour les motifs exposés plus haut, j'estime qu'en ce qui concerne l'accusation criminelle portée contre lui en Colombie-Britannique, le requérant peut fort bien disposer d'autres voies de recours relativement à la divulgation de l'affidavit Barr.

CONCLUSION

Puisque, selon moi, il n'a été démontré aucun motif d'invalidité, il s'ensuit que la présente demande d'annulation du mandat en cause doit être rejetée.

Avant de terminer, j'aimerais toutefois parler brièvement de l'article 1 de la Charte puisque l'avocat du procureur général de la Colombie-Britannique l'a invoqué (bien que l'avocat du procureur général du Canada n'en ait pas fait mention ni ne l'ait invoqué). Étant donné la conclusion que j'ai exposée plus haut, c'est-à-dire que l'article 8 de la Charte n'a pas été violé en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'étudier le rapport qui existe entre l'article 8 et l'article 1 de la Charte. Comme l'a dit le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, aux pages 169 et 170 R.C.S.; 116 C.C.C.:

Je reporte à plus tard la question complexe du rapport entre ces deux articles et, plus particulièrement, la question de savoir quelle autre prépondérance des droits, s'il y a lieu, peut être envisagée par l'art. 1 outre celle qu'envisage l'art. 8.

Je me trouve en l'espèce dans une situation semblable. Conséquemment, j'adopte l'attitude du juge en chef du Canada et je ne m'étendrai pas davantage dans ces motifs sur l'article 1 de la Charte, puisque ce n'est pas nécessaire.