

CSIS 66-85

SCRS 66-85

Harjit Singh Atwal (Applicant)

v.

The Queen (Respondent)

INDEXED AS: ATWAL V. CANADA

Heald J.—Ottawa, September 11 and October 1, 1987.

Security intelligence — Wiretap and search warrant — Rescission thereof for inadequacy of supporting affidavit and in view of respondent's express consent — At hearing, request for disclosure of affidavit — Rescission of warrant making disclosure pointless — Request for disclosure different matter from motion to rescind warrant — Motion for disclosure should be directed to Trial Division to be dealt with by judge appointed to Trial Division, not to Appeal Court Judge acting as Trial Division Judge.

Judges and courts — Jurisdiction of Federal Court under Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act) — At hearing where wiretap and search warrant rescinded, motion for disclosure of supporting affidavit presented — Disclosure no longer needed for purpose of motion to rescind warrant — Request for disclosure, different matter from motion to rescind, to be directed to Trial Division and dealt with by judge appointed to Trial Division, not by Appeal Court Judge acting as Trial Division Judge for purposes of CSIS Act — Allowing applications for access to documents under jurisdiction of one Division made to other would wreak havoc with work of both.

The Federal Court of Appeal set aside a judgment whereby Heald J., acting under the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), refused to rescind a wiretap and search warrant issued pursuant to section 21 of that Act. The matter was referred back to His Lordship on the basis that he had erred in law in refusing to order the production of the affidavit submitted in support of the warrant after the appropriate security editing. At the subsequent hearing before Heald J., the respondent advised the Court that extensive and serious errors had been discovered in the supporting affidavit and that, as a consequence, insufficient evidence remained upon which to sustain the warrant.

The main issue, however, arises from the applicant's request, at the hearing, for disclosure of the supporting affidavit.

Held, the warrant should be rescinded and the request for disclosure of the affidavit denied.

Harjit Singh Atwal (requérant)

c.

La Reine (intimée)

RÉPERTORIÉ: ATWAL C. CANADA

b Le juge Heald—Ottawa, 11 septembre et 1^{er} octobre 1987.

Renseignement de sécurité — Mandat d'interception de communications et de perquisition — Annulation du mandat pour insuffisance de l'affidavit justificatif et étant donné le consentement exprès de l'intimée — À l'audition, demande de divulgation de l'affidavit — L'annulation du mandat rend la divulgation superflue — La demande de divulgation de l'affidavit n'est pas la même chose que la requête en annulation du mandat — La demande de divulgation devrait être adressée à la Division de première instance pour être jugée par un juge nommé à cette division, et non à un juge de la Cour d'appel agissant comme juge de la Division de première instance.

Juges et tribunaux — Compétence de la Cour fédérale en vertu de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) — À l'audience au cours de laquelle a été annulé le mandat d'interception de communications et de perquisition, on a présenté une requête tendant à la divulgation de l'affidavit justificatif — La divulgation n'est plus nécessaire aux fins de la requête visant l'annulation du mandat — La demande de divulgation est autre chose que la requête en annulation, et doit être adressée à la Division de première instance et être jugée par un juge nommé à cette division, et non par un juge de la Cour d'appel agissant comme juge de la Division de première instance aux fins de la Loi sur le SCRS — Permettre que des demandes de communication de documents relevant de la compétence d'une division soient faites à l'autre division, constituerait une pratique de nature à semer le désordre dans les travaux des deux divisions.

La Cour d'appel fédérale a annulé le jugement par lequel le juge Heald, qui agissait sous le régime de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS), refusait d'annuler un mandat d'interception de communications et de perquisition décerné en vertu de l'article 21 de cette Loi. L'affaire a été renvoyée devant le juge au motif qu'il avait commis une erreur de droit en refusant d'ordonner la production de l'affidavit déposé à l'appui du mandat après suppression de tout renseignement qu'il y avait lieu de tenir secret. Au cours de l'audition subséquente devant le juge Heald, l'intimée a avisé la Cour que des erreurs sérieuses et considérables avaient été relevées dans l'affidavit justificatif et que, en conséquence, les preuves étaient insuffisantes pour justifier la délivrance d'un mandat.

Le principal point litigieux procède toutefois de la demande de communication de l'affidavit justificatif faite par le requérant à l'audience.

Arrêt: le mandat devrait être annulé et la demande de communication de l'affidavit devrait être rejetée.

Since it is well established that the judge who makes an *ex parte* order is competent to rescind it, and in view of the respondent's admissions and express consent, the warrant is rescinded.

The request for disclosure is denied because the affidavit is no longer needed for the purposes of obtaining what was originally sought in these proceedings: the rescission of the warrant. This has been granted. What is now asked for is something completely exterior to and apart from the Rule 330 motion to rescind. It is irrelevant that the affidavit could be useful to the applicant in civil or criminal proceedings.

It is true that a judge appointed to the Court of Appeal, as in this case, is *ex officio* member of the Trial Division, and *vice versa*. It is also true that a Court of Appeal judge who issues a warrant under the CSIS Act is acting as a judge of the Trial Division. This does not mean, however, that a judge of the Court of Appeal can routinely be asked to exercise an inherent control over Court documents under the jurisdiction of the Trial Division when that is not incident or ancillary to the powers exercised under the CSIS Act. Such a request should be directed to a judge appointed to the Trial Division. To allow applications for access to documents under the jurisdiction of one Division to habitually be made to judges of the other Division would wreak havoc with the work of both Divisions of the Court.

Finally the request for disclosure was not properly before the Court. It should have been submitted, and it still may be, by way of a separate notice of motion with supporting material as required by Rule 319.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.2 (as added by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), s. 8.
Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, s. 21.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 5(1)(c) (as am. by S.C. 1985, c. 38, s. 11), 26(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319, 330 (as am. by SOR/79-58, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192.

Puisqu'il est bien établi que le juge qui rend une ordonnance *ex parte* est habilité à l'annuler, et vu les aveux de l'intimée et son consentement exprès, le mandat est annulé.

a La demande de communication est rejetée car l'affidavit n'est plus nécessaire à l'obtention de ce qui faisait initialement l'objet de cette procédure: l'annulation du mandat. Cela a été accordé. Ce que l'on demande actuellement va tout à fait au-delà de la requête en annulation fondée sur la Règle 330. Il importe peu que l'affidavit puisse être utile au requérant dans des procédures civiles ou criminelles.

b Il est vrai qu'un juge nommé à la Cour d'appel, comme c'est le cas en l'espèce, est membre de droit de la Division de première instance, et vice versa. Il est également vrai qu'un juge de la Cour d'appel qui décerne un mandat en vertu de la Loi sur le SCRS agit en qualité de juge de la Division de première instance. Cela ne signifie cependant pas que l'on doive s'attendre à ce qu'un juge de la Cour d'appel puisse être requis d'exercer d'une façon générale un contrôle inhérent sur des documents de la Cour qui relèvent de la Division de première instance, alors qu'un tel acte n'est ni accessoire ni complémentaire aux pouvoirs exercés en vertu de la Loi sur le SCRS. Une telle demande devrait s'adresser à un juge nommé à la Division de première instance. Permettre que des demandes de communication de documents relevant de la compétence d'une division soient faites de façon coutumière aux juges de l'autre division, ce serait semer le désordre dans les travaux des deux divisions de la Cour.

e Pour conclure, la demande de divulgation de l'affidavit n'a pas été régulièrement soumise à la Cour. Elle aurait dû être faite, et elle peut l'être encore, par voie d'avis de requête distinct, accompagné des pièces justificatives nécessaires, conformément à la Règle 319.

f LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 8.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 5(1)(c) (mod. par S.C. 1985, chap. 38, art. 11), 26(1).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.2 (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, chap. 21, art. 21.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 319, 330 (mod. par DORS/79-58, art.1).

i JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192.

DISTINGUISHED:

Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre,
[1982] 1 S.C.R. 175; 65 C.C.C. (2d) 129.

COUNSEL:

Michael Code for applicant.
John H. Sims, Q.C. for respondent.

SOLICITORS:

Ruby & Edwardh, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.

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

HEALD J.: These reasons relate to the continuation on September 11, 1987, of the within application under Rule 330 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/79-58, s. 1)] for an order rescinding a warrant which I issued on July 26, 1985 pursuant to the provisions of section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21. The affidavit filed in support of the warrant application was sworn by Archie M. Barr on July 18, 1985 (the Barr affidavit). Subject application to rescind was originally argued before me on March 26 and 27, 1987. By judgment dated April 30, 1987 [[1987] 2 F.C. 309], I dismissed the within application to rescind.

By a judgment of the Federal Court of Appeal dated August 12, 1987 [1988] 1 F.C. 107], my judgment refusing to rescind subject warrant was set aside and the matter was referred back to me for a continuance of the hearing of the application to rescind "on the basis that it was an error in law to refuse to order production of the affidavit of Archie M. Barr referred to in the recitals to the said warrant after deleting therefrom anything from which the identity of any person described in paragraphs 18(1)(a) and/or (b) of the *Canadian Security Intelligence Service Act* can be inferred."

The hearing on September 11, 1987 was scheduled as a continuation of the application to rescind in accordance with the judgment of the Federal Court of Canada (*supra*). Prior to the September

DISTINCTION FAITE AVEC:

Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre, [1982] 1 R.C.S. 175; 65 C.C.C. (2d) 129.

AVOCATS:

a Michael Code pour le requérant.
John H. Sims, c.r. pour l'intimée.

PROCUREURS:

b Ruby & Edwardh, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

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

LE JUGE HEALD: Les présents motifs ont trait à la continuation, le 11 septembre 1987, de la demande présentée en l'espèce conformément à la Règle 330 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/79-58, art. 1)], par laquelle le requérant recherchait une ordonnance annulant le mandat que j'ai décerné le 26 juillet 1985 en application de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, chap. 21. L'affidavit déposé à l'appui de la demande de mandat avait été souscrit par Archie M. Barr le 18 juillet 1985 (l'affidavit Barr). La présente demande d'annulation avait d'abord été plaidée devant moi les 26 et 27 mars 1987; je l'ai rejetée par jugement en date du 30 avril 1987 [[1987] 2 C.F. 309].

g Par jugement en date du 12 août 1987 [1988] 1 C.F. 107], la Cour d'appel fédérale annulait le jugement par lequel j'avais refusé d'annuler le mandat contesté en l'espèce, et elle me renvoyait l'affaire pour que je continue l'audience de la demande d'annulation «en tenant pour acquis que c'était une erreur de droit que de refuser la production de l'affidavit d'Archie M. Barr, mentionné dans les considérants dudit mandat, après y avoir retiré tout ce qui est susceptible de permettre l'identification de toute personne visée aux alinéas 18(1)a) et/ou b) de la *Loi sur le Service canadien de renseignement de sécurité*.»

j L'audience du 11 septembre 1987 a été prévue comme la continuation de la demande d'annulation du mandat contesté conformément au jugement susmentionné de la Cour fédérale du

11 hearing, it was indicated to the Registry by counsel for the respondent that he intended to object to the disclosure of the Barr affidavit pursuant to the provisions of section 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)].

However, when the hearing began on September 11, counsel for the respondent did not pursue this course of action. To the contrary, he advised the Court that extensive and serious errors had been discovered by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) in the Barr affidavit. The consequence of these errors, in his submission, was that insufficient evidence remained upon which the warrant could be sustained. Accordingly, respondent's counsel supported the position of counsel for the applicant that the warrant issued on July 26, 1985 in respect of the applicant should be rescinded.

In support of this submission, the respondent's counsel filed the affidavit of Francis Elmer Saunders sworn on September 11, 1987 (the Saunders affidavit). Mr. Saunders is the Regional Director General of the Toronto Region of CSIS. He was requested on August 27, 1987 by Mr. T. D. Finn (then the Director of CSIS) to conduct an immediate investigation to ascertain, *inter alia*, if any information contained in the Barr affidavit was unreliable or incorrect and, if so, to determine how and why such errors had been made. Mr. Saunders deposes that, as a result of his investigation, he was able to identify four instances wherein the Barr affidavit contained statements of fact which were inaccurate or could not be substantiated on the basis of the information known to CSIS when the affidavit was sworn on July 18, 1985. He deposes further that the internal audit group of CSIS found two other instances of unsubstantiated statements in the Barr affidavit.

I have re-read the original Barr affidavit as filed in support of the warrant application. I have also read it deleting therefrom the impeached information as identified in the Saunders affidavit. Counsel for the respondent stated that Mr. Finn had instructed him to advise the Court that the warrant would never have been applied for on the basis of the remaining facts set out in the affidavit

Canada. Avant l'audience du 11 septembre, l'avocat de l'intimée avait laissé savoir au greffe qu'il entendait s'opposer à la divulgation de l'affidavit Barr en vertu des dispositions de l'article 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10 (ajouté par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4)].

Cependant, lorsque l'audience a débuté le 11 septembre, l'avocat de l'intimée n'a pas donné suite à l'intention qu'il avait exprimée. Il a, au contraire, avisé la Cour que le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) avait découvert dans l'affidavit Barr des erreurs sérieuses et considérables. Étant donné ces erreurs, les éléments de preuve étaient insuffisants, à son avis, pour justifier la délivrance d'un mandat. En conséquence, l'avocat de l'intimée s'est montré d'accord avec l'avocat du requérant pour dire que le mandat décerné le 26 juillet 1985 contre le requérant devrait être annulé.

À l'appui de sa position, l'avocat de l'intimée a déposé l'affidavit de Francis Elmer Saunders, souscrit le 11 septembre 1987 (l'affidavit Saunders). M. Saunders est le directeur général régional du SCRS pour la région de Toronto. Le 27 août 1987, M. T. D. Finn (alors le directeur du SCRS) l'avait chargé de la tenue immédiate d'une enquête visant à établir, notamment, si des renseignements qui figuraient dans l'affidavit Barr étaient peu fiables ou inexacts; si tel était le cas, M. Saunders devait déterminer comment et pourquoi de telles erreurs avaient été commises. Ce dernier a déposé qu'à la suite de son enquête, il a pu constater qu'en quatre circonstances, l'affidavit Barr contenait des déclarations de faits inexacts ou qui ne pouvaient pas être confirmées par les renseignements connus du SCRS lorsqu'a été souscrit l'affidavit Barr, le 18 juillet 1985. M. Saunders a aussi déposé que le groupe du SCRS chargé de la vérification interne a trouvé dans l'affidavit Barr deux autres déclarations non confirmées.

J'ai lu de nouveau l'affidavit Barr tel qu'il a été déposé à l'origine à l'appui de la demande d'obtention d'un mandat. Je l'ai aussi lu en y retirant les renseignements attaqués, désignés dans l'affidavit Saunders. L'avocat de l'intimée a déclaré que M. Finn lui a demandé d'aviser la Cour qu'il n'y aurait jamais eu de demande de mandat sur le fondement des autres faits exposés dans l'affidavit

which have not been found to be inaccurate or unsubstantiated. I agree that the supporting Barr affidavit, stripped of the tainted material, would not likely form a proper basis for the issuance of a warrant pursuant to section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

Accordingly, and in view of the express consent of the respondent, I propose to rescind the within warrant. The jurisprudence makes it clear that I have jurisdiction to do so. In the case of *Wilson v. The Queen*, ([1983] 2 S.C.R. 594), Mr. Justice McIntyre, in writing for the majority of the Court cited with approval the decision of *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192 where Ritchie C.J. said at page 195:

The judge having in the first instance made an *ex parte* order, it was quite competent for him to rescind that order, on its being shown to him that it ought not to have been granted, and when rescinded it was as if it had never been granted . . .

The applicant is also entitled to his costs of the application to rescind under Rule 330 on a party and party basis.

Before the hearing on September 11, 1987 was concluded, counsel for the applicant requested that I order the Registry of this Court to permit him access to the Barr affidavit. I expressed doubts as to the propriety of my doing so in this proceeding. Since respondent's counsel resisted the applicant's request, I reserved judgment on the form the order should take and gave leave to both parties to file written argument in respect of this request by counsel for the applicant.

From the written argument, filed by counsel, it is clear that, on September 15, 1987, the Supreme Court of British Columbia stayed the proceedings against this applicant and eight other persons accused of conspiring to commit the murder of Malkiat Singh Sidhu. The basis for the stay was said to be the concession on behalf of the Crown that the wiretap evidence of the conspiracy obtained pursuant to the within warrant would be inadmissible at trial. It is also evident that this applicant, who had been imprisoned pending trial, has now been freed.

et qui n'ont pas été déclarés inexacts ou non prouvés. Je suis aussi d'avis que l'affidavit Barr, sans les renseignements litigieux, ne suffirait vraisemblablement pas à justifier la délivrance d'un mandat conformément à l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

En conséquence de ce qui précède, et étant donné le consentement exprès de l'intimée, je me propose d'annuler le mandat en question. La jurisprudence dit clairement que j'ai la compétence nécessaire pour le faire. Dans l'arrêt *Wilson c. La Reine*, ([1983] 2 R.C.S. 594), le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom d'une majorité de la Cour, a cité en l'approuvant l'arrêt *Dickie v. Woodworth* (1883), 8 S.C.R. 192, dans lequel le juge en chef Ritchie disait à la page 195:

[TRADUCTION] Le juge de première instance ayant rendu une ordonnance *ex parte*, il avait pleinement compétence pour l'annuler du moment qu'on lui prouvait qu'elle n'aurait pas dû être accordée et, une fois annulée, c'était comme si elle n'avait jamais été accordée . . .

Le requérant a aussi droit aux frais de sa demande d'annulation présentée conformément à la Règle 330 sur la base des frais entre parties.

Avant la fin de l'audience du 11 septembre 1987, l'avocat du requérant m'a demandé d'ordonner au greffe de cette Cour de lui donner communication de l'affidavit Barr. J'ai exprimé des doutes sur le caractère régulier qu'aurait une telle mesure prise dans le cadre de la présente procédure. Puisque l'avocat de l'intimée s'est opposé à la demande du requérant, j'ai remis à plus tard mon jugement sur la forme que devrait prendre l'ordonnance demandée, et j'ai autorisé les deux parties à déposer des observations écrites à l'égard de cette demande présentée par l'avocat du requérant.

Il ressort clairement des observations écrites déposées par les avocats que, le 15 septembre 1987, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a suspendu les procédures engagées contre le présent requérant et huit autres personnes accusées d'avoir comploté d'assassiner Malkiat Singh Sidhu. On a dit que le fondement de la suspension était la concession faite pour le compte de la Couronne que la preuve relative au complot captée au moyen de l'écoute électronique et obtenue en vertu du mandat contesté en l'espèce serait inadmissible au procès. Il est aussi évident que le requérant, qui avait été emprisonné en attendant le procès, est maintenant en liberté.

It is urged however, that the applicant requires access to the Barr affidavit:

(a) so that he may be advised by counsel concerning a possible civil action; and

(b) in order to further protect himself against the criminal charges still before the Supreme Court of British Columbia (which, according to counsel, are capable of being reinstated within a twelve month period following the issuance of the stay of proceedings).

Counsel relies on the *MacIntyre* case¹ as well as the comments by Mahoney J. in the majority decision of the Federal Court of Appeal in the instant case where he stated at page 38:

The public interest in the administration of justice must, it seems to me, invariably weigh in favour of the openness of all judicial processes.

In the submission of counsel, I should follow the directions of the Federal Court of Appeal and order disclosure of the Barr affidavit in this proceeding.

In order to assess the validity of this submission, I think it necessary to keep in mind the context within which the Federal Court of Appeal issued the instructions quoted *supra*. On the original motion to rescind pursuant to Rule 330, the applicant asserted three broad grounds on which he attacked subject warrant: firstly, facial invalidity because of failure to comply with the authorizing section of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, namely, section 21 thereof; secondly, and, in the alternative, and assuming compliance with section 21, facial invalidity because of failure 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 Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]; and, thirdly, in the further alternative, sub-facial invalidity because the supporting affidavit did not justify its issuance. Essential to this argument and a pre-condition to its

¹ *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 180; 65 C.C.C. (2d) 129, at p. 142, per Dickson J. (as he then was).

On avance toutefois que le requérant doit avoir communication de l'affidavit Barr:

a) pour que son avocat puisse le conseiller relativement à une éventuelle action civile;

b) pour mieux se défendre contre les accusations au criminel portées contre lui et dont est encore saisie la Cour suprême de la Colombie-Britannique (selon son avocat, ces accusations sont susceptibles d'être portées de nouveau dans les douze mois qui suivent la suspension des procédures).

L'avocat du requérant s'appuie sur l'arrêt *MacIntyre*¹ aussi bien que sur les commentaires du juge Mahoney à la page 41 des motifs qu'il a rendus pour une majorité de la Cour d'appel fédérale dans la présente affaire:

L'intérêt du public dans l'administration de la justice doit, il me semble, invariablement favoriser la transparence de toutes les procédures judiciaires.

Selon l'avocat du requérant, je devrais suivre les directives de la Cour d'appel fédérale et ordonner la divulgation de l'affidavit Barr dans le cadre de la présente procédure.

Pour établir la validité de cet argument, je crois nécessaire de ne pas perdre de vue le contexte dans lequel la Cour d'appel fédérale a donné les directives précitées. Dans sa requête originale concluant à l'annulation du mandat conformément à la Règle 330, le requérant s'appuyait sur trois motifs généraux pour s'opposer au mandat litigieux. Tout d'abord, celui-ci serait invalide à sa lecture même parce qu'il ne satisferait pas aux conditions relatives à la délivrance d'un mandat, exposées à l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Ensuite, et subsidiairement, si l'on tient pour acquis le respect de l'article 21, le mandat serait invalide à sa lecture même parce que les normes minimales visant les fouilles, les perquisitions et les saisies non abusives ne seraient pas respectées, en violation de l'article 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. Enfin, à défaut par la

¹ *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 180; 65 C.C.C. (2d) 129, à la p. 142, motifs du juge Dickson (tel était alors son titre).

being made was the production of the supporting affidavit for inspection by the applicant.

As I perceive the majority reasons of the Federal Court of Appeal, the first and second grounds of appeal were not accepted. However, the Court did conclude that the third ground of appeal was well-founded and that the Barr affidavit should be produced subject to certain exceptions as specified in the order of the Court.

In my view, it is obvious that the reasons given by Mahoney J. for reaching this conclusion must be read in the context of the proceedings before the Court. The Court of Appeal had before it an appeal from my decision pursuant to Rule 330 wherein I refused to rescind subject search warrant. The consequence of the order of the Court of Appeal would be to enable counsel for the applicant to inspect the supporting affidavit in order to advance his argument of sub-facial invalidity. However, since the subject warrant is being rescinded, the applicant no longer needs to see the Barr affidavit in order to make the sub-facial invalidity argument or any other argument for that matter. The notice of motion herein filed on March 20, 1987 by the applicant asked only for an order rescinding the warrant issued by me on July 26, 1985. The applicant is going to receive all of the relief asked for in that notice of motion. What he is now asking for is something completely exterior to and apart from the Rule 330 motion to rescind.

Counsel for the applicant, however, submitted that, since the application was made before me acting as a judge of the Trial Division, I would have inherent power and jurisdiction to make an order requiring the Registry to disclose the Barr affidavit to the applicant and should do so pursuant to the *MacIntyre* case and the instructions given by the Federal Court of Appeal herein.

Cour d'accepter l'un ou l'autre des arguments qui précèdent, un examen plus poussé du mandat révélerait son invalidité parce que l'affidavit déposé à l'appui ne justifierait pas sa délivrance. La production de l'affidavit justificatif à des fins d'examen par le requérant est essentielle à cet argument et elle constitue une condition préalable à sa formulation.

Si je comprends bien les motifs de la majorité de la Cour d'appel fédérale, les premier et second motifs d'appel ont été rejetés. Cependant, la Cour a trouvé bien fondé le troisième motif et elle a conclu que l'affidavit Barr devrait être produit, sous réserve de certaines exceptions précisées dans l'ordonnance de la Cour.

À mon sens, il est évident que les motifs sur lesquels le juge Mahoney a fondé sa décision doivent être interprétés en tenant compte du contexte des procédures devant la Cour. La Cour d'appel était saisie d'un appel interjeté contre la décision par laquelle je refusais d'annuler, conformément à la Règle 330, le mandat de perquisition litigieux. L'ordonnance de la Cour d'appel aurait pour effet de permettre à l'avocat du requérant de prendre connaissance de l'affidavit justificatif de façon à appuyer son argument ayant trait à l'invalidité du mandat révélée par un examen plus poussé de ce document. Cependant, puisque le mandat en question va être annulé, le requérant n'a plus besoin de prendre connaissance de l'affidavit Barr de façon à étayer son argument fondé sur l'invalidité du mandat révélée par un examen plus poussé de ce document, ou de façon à appuyer quelque autre argument que ce soit. L'avis de requête que le requérant a déposé aux présentes le 20 mars 1987 ne demandait qu'une ordonnance annulant le mandat que j'ai décerné le 26 juillet 1985. Le requérant obtiendra intégralement le redressement recherché dans son avis de requête. Ce qu'il veut maintenant obtenir va tout à fait au-delà de la requête en annulation fondée sur la Règle 330.

Cependant, l'avocat du requérant a avancé que puisque j'avais été saisi de la demande alors que j'agissais à titre de juge de la Division de première instance, je possédais la compétence et le pouvoir inhérents de rendre une ordonnance enjoignant au greffe de communiquer l'affidavit Barr au requérant, et que je devrais le faire en conformité avec l'arrêt *MacIntyre* et les directives de la Cour fédé-

Insofar as the order of the Court of Appeal is concerned, it is my view, for the reasons expressed *supra*, that the directions given therein were given in the context of the proceeding before them, namely the Rule 330 motion. I did not have before me, at the outset, nor do I have before me now, a motion to the Trial Division for an order that the Registry open the contents of a file rendered secret by the provisions of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. In the normal course of events, such a motion would be directed to the Trial Division and be dealt with by a judge appointed to the Trial Division. Furthermore, in the normal course of events, it would require a supporting affidavit.

Insofar as the *MacIntyre* case *supra*, is concerned, the applicant in that case was a journalist who made an application to the Trial Division of the Supreme Court of Nova Scotia for an order in the nature of *mandamus* and/or a declaratory judgment that he was entitled to inspect search warrants and the informations used to obtain them after he was refused access to such documents by the Court Clerk. As indicated *supra*, it is my view that a similar procedure would have been the proper procedure to follow in this case.

It is true as a judge appointed to the Court of Appeal, I am *ex officio* a member of the Trial Division pursuant to paragraph 5(1)(c) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] (as am. by S.C. 1985, c. 38, s. 11)]. It is also true, pursuant to the same paragraph that judges appointed to the Trial Division are *ex officio* members of the Court of Appeal. This is not to say, however, that in the orderly and efficient conduct of the business of both Divisions of the Court, judges of the two Divisions should be expected to assert jurisdiction in the other Division on a customary and normal basis. Mahoney J. speaking for the majority of the Federal Court of Appeal in the instant case (A-339-87, August 12, 1987) said at page 8:

In my opinion a judge designated by the Chief Justice for the purposes of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, in

rale en l'espèce. Pour ce qui est de l'ordonnance de la Cour d'appel, j'estime, pour les motifs susmentionnés, que les directives qu'elle contient ont été données dans le contexte de la procédure dont la Cour était saisie, c'est-à-dire la requête fondée sur la Règle 330. Je ne suis pas saisi actuellement, pas plus que je ne l'ai été à l'origine, d'une requête adressée à la Division de première instance visant à obtenir une ordonnance qui enjoindrait au greffe de donner communication d'un dossier rendu secret en vertu des dispositions de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Dans le cours normal des choses, une telle requête serait faite à la Division de première instance et elle serait jugée par un juge nommé à la Division de première instance. En outre, dans le cours normal des choses, cette requête devrait être appuyée par un affidavit.

Pour ce qui est de l'affaire *MacIntyre*, précitée, le requérant dans cette espèce était un journaliste qui s'était adressé à la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour obtenir une ordonnance sous forme de *mandamus* ou de jugement déclaratoire portant qu'il avait le droit d'examiner des mandats de perquisition et les renseignements sur la foi desquels ils avaient été décernés, après que le préposé au greffe lui en eut refusé l'accès. Comme je l'ai dit plus haut, j'estime qu'il y aurait eu lieu de suivre la même procédure en l'espèce.

Il est vrai qu'en ma qualité de juge nommé à la Cour d'appel, je suis membre de droit de la Division de première instance en vertu de l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10 (mod. par S.C. 1985, chap. 38, art. 11)]. Il est également vrai, en vertu du même alinéa, que les juges nommés à la Division de première instance sont membres de droit de la Cour d'appel. Cela ne signifie cependant pas que dans la conduite efficiente et ordonnée des affaires des deux Divisions de la Cour, on doit s'attendre à ce que les juges nommés à une Division exercent leur compétence dans l'autre Division de façon habituelle et normale. Le juge Mahoney, qui s'exprimait en l'espèce au nom d'une majorité de la Cour d'appel fédérale, a dit à la page 9 (A-339-87, le 12 août 1987):

J'estime qu'un juge désigné par le juge en chef pour les fins de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*

exercising functions under that Act, is doing so as a Federal Court judge. [Emphasis added.]

He went on to observe, that pursuant to subsection 26(1) of the *Federal Court Act*, the original jurisdiction conferred by that Act is conferred on the Trial Division.

Accordingly, it is clear that I was acting as a judge of the Trial Division when I was exercising functions under the *Canadian Security Intelligence Service Act*. However, what I am being asked to do here is to exercise an inherent control over Court documents generally and not something incidental or ancillary to the powers exercised by me under the *Canadian Security Intelligence Service Act*. The request for the exercise of such an inherent power should be directed to a judge appointed to the Trial Division. If it were not so, then an application normally directed to the Federal Court of Appeal in respect of access to the documents under its jurisdiction and control could, for example, routinely be made to a judge of the Trial Division since he is, *ex officio* a member of the Federal Court of Appeal. Such a proposition is clearly impractical and calculated to wreak havoc with the work of both Divisions of the Court.

Accordingly, and for the reasons expressed *supra*, I decline to exercise any jurisdiction that I may have as an *ex officio* judge of the Trial Division to grant the applicant's request in respect of the Barr affidavit. Quite apart from any other considerations, the matter is not properly before me by way of a separate notice of motion with supporting material as required by Rule 319. If the applicant is still of the opinion that access to the Barr affidavit is required, I know of no present impediment that would foreclose such an application to the Trial Division.

In conclusion, then, the application pursuant to Rule 330 for an order rescinding the warrant issued herein by me on July 26, 1985, is granted and said warrant is set aside with costs payable by the respondent to the applicant on a party and party basis.

agit en qualité de juge de la Cour fédérale lorsqu'il exerce les fonctions prévues à cette Loi. [C'est moi qui souligne.]

Il a ajouté que conformément au paragraphe 26(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la compétence en première instance conférée par la Loi est accordée à la Division de première instance.

Conséquemment, il est clair que j'agissais en qualité de juge de la Division de première instance lorsque j'exerçais les fonctions prévues à la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Toutefois, ce que l'on me demande ici, c'est d'exercer d'une façon générale un contrôle inhérent sur des documents de la Cour, et non de faire un acte accessoire ou complémentaire aux pouvoirs que j'exerce en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. C'est à un juge nommé à la Division de première instance que devrait s'adresser la demande d'exercice d'un tel pouvoir inhérent. Si ce n'était pas le cas, une demande normalement adressée à la Cour d'appel fédérale à l'égard de la communication de documents relevant de sa compétence et sous son contrôle pourrait, par exemple, être faite de façon coutumière à un juge de la Division de première instance puisqu'il est, de droit, membre de la Cour d'appel fédérale. Une telle proposition n'est évidemment pas pratique et elle est de nature à semer le désordre dans les travaux des deux Divisions de la Cour.

En conséquence, et pour les motifs exposés plus haut, je refuse d'exercer la compétence qui peut être la mienne en ma qualité de juge de droit de la Division de première instance pour accueillir la demande du requérant relativement à l'affidavit Barr. Mises à part toutes autres considérations, l'affaire ne m'a pas été régulièrement soumise par voie d'avis de requête distinct, accompagné des pièces justificatives nécessaires conformément à la Règle 319. Si le requérant estime encore nécessaire la communication de l'affidavit Barr, je ne vois rien qui pourrait l'empêcher d'adresser une demande à la Division de première instance.

Donc, pour conclure, la demande fondée sur la Règle 330 qui vise à obtenir une ordonnance annulant le mandat que j'ai décerné dans la présente affaire le 26 juillet 1985 est accueillie, et ledit mandat est annulé avec frais payables au requérant par l'intimée sur la base des frais entre parties.