

T-2557-86

T-2557-86

**International Longshoremen's and Warehousemen's Union—Canada Area Locals 500, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 515 and 519 and Every Person Ordinarily Employed in Longshoring or Related Operations at the Port on the West Coast of Canada and Who is Subject to the Provisions of the Maintenance of Ports Operations Act, 1986 (Plaintiffs)**

v.

**The Queen (Defendant)**

INDEXED AS: I.L.W.U. v. CANADA

Trial Division, McNair J.—Vancouver, April 20; Ottawa, August 31, 1988.

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Main action attacking constitutional validity of Maintenance of Ports Operations Act, 1986 — Defence of justifiable limitation — Plaintiffs requesting information relating to introduction and passage of Act to ascertain Parliament's objectives, and demolish defence in advance — Crown refusing to disclose Cabinet confidences under Canada Evidence Act, s. 36.3 — Motion to strike statement of defence dismissed — Analysis of Parliament's objectives involving consideration of legislation itself, not policy options considered prior to introduction — Motion premature as necessary to prove violation of Charter rights before onus shifting to opponent to prove justifiable limitation — Court unwilling to assume Charter rights violated without trial, nor to try merits of allegation at this stage — Mere allegation of Charter violation not limiting procedures available to defendant.*

*Practice — Privilege — Crown relying on Canada Evidence Act, s. 36.3 in refusing to disclose Cabinet confidences relating to circumstances surrounding introduction and passage of statute — S. 36.3 statutory codification of common law constitutional convention in respect of Cabinet confidences — Statutory privilege encompassed in specific legislation within Parliament's competence — That actions to be tried in accordance with laws of evidence part of fundamental justice — Proper certificate conclusive of privilege asserted — Certificate proper within principle in Smith, Kline & French v. Attorney General of Canada and complies with s. 36.3(1) and (4).*

*Practice — Discovery — Production of documents — Crown election to invoke executive privilege "reasonable excuse" for*

**Syndicat international des débardeurs et magasiniers—sections locales canadiennes 500, 502, 503, 504, 505, 506, 508, 515 et 519—et Toute personne normalement employée au débardage ou à des opérations connexes dans un port de la côte ouest du Canada et assujettie aux dispositions de la Loi de 1986 sur les opérations portuaires (demandeurs)**

c.

**La Reine (défenderesse)**

RÉPERTORIÉ: S.I.D.M. c. CANADA

Division de première instance, juge McNair—Vancouver, 20 avril; Ottawa, 31 août 1988.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Action principale attaquant la constitutionnalité de la Loi de 1986 sur les opérations portuaires — Défense fondée sur une limite dont la justification peut se démontrer — Les demandeurs ont réclamé des renseignements concernant la présentation et l'adoption de la Loi pour prouver les buts poursuivis par le législateur et pour démolir la défense à l'avance — La Couronne a refusé de divulguer des renseignements confidentiels du Cabinet en vertu de l'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada — Rejet d'une requête en radiation de la défense — L'analyse des objectifs poursuivis par le législateur implique l'examen de la loi elle-même et non pas des options politiques sur lesquelles on a délibéré au cours de la présentation de cette loi — La requête est prématurée, car il faut prouver qu'il y a eu violation de droits garantis par la Charte avant que l'opposant devienne obligé de prouver l'existence d'une limite dont la justification puisse se démontrer — La Cour ne veut pas présumer, sans la tenue d'un procès, qu'il y a eu violation de droits garantis par la Charte ni non plus se prononcer sur le bien-fondé d'une telle allégation à cette étape — La simple allégation qu'il y a eu violation de la Charte ne limite pas les procédures auxquelles la défenderesse peut recourir.*

*Pratique — Privilège — La Couronne a invoqué l'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada pour refuser de divulguer des renseignements confidentiels du Cabinet sur les circonstances ayant entouré la présentation et l'adoption d'une loi — L'art. 36.3 constitue la codification dans une loi de la convention constitutionnelle de common law relative aux renseignements confidentiels du Cabinet — Ce privilège figure dans une loi déterminée relevant de la compétence du Parlement — L'obligation que les actions soient jugées en conformité avec les lois de la preuve fait partie des principes de justice fondamentale — Le certificat en bonne et due forme est probant quant au privilège revendiqué — Il s'agissait d'un certificat qui était en bonne et due forme selon le principe énoncé dans l'arrêt Smith, Kline & French c. Procureur général du Canada et qui était conforme à l'art. 36.3(1) et (4).*

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Le fait pour la*

*failure to provide documents as required by R. 460(1) — Canada Evidence Act, s. 36.3 not sustaining privilege against disclosure of Cabinet confidences in absence of certificate — R. 448 discovery of classes of documents set out in letter ordered, without prejudice to defendant's right to claim executive privilege and produce proper certificate.*

*Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Crown refusing to disclose information and invoking executive privilege under Canada Evidence Act, s. 36.3 — Plaintiffs arguing, on motions for interlocutory relief, election under s. 36.3 completely frustrating case and therefore breach of fundamental justice — Constitutional validity of s. 36.3 not to be determined by declaration, on summary motion, when issue not raised in pleadings.*

This was a motion to strike the statement of defence as embarrassing or prejudicial to the fair trial of the action or as an abuse of process, or for failure to produce documents in accordance with the Rules. In the main action the plaintiff disputes the constitutional validity of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986*. When the plaintiffs' solicitors sought information concerning the circumstances surrounding the introduction and passage of that Act the defendant declined to comply, invoking executive privilege under section 36.3 of the *Canada Evidence Act*. Part of the defence was that the impugned legislation was a justifiable limitation under Charter, section 1. The plaintiffs argued that the defendants will have to prove that the impugned legislation is rationally connected to the legislative objective, which in turn demands an explanation of why, and under what circumstances, the law was enacted. Consequently, it was submitted that the Crown's election was a breach of fundamental justice as it concealed the true objectives of the legislation behind the section 36.3 certificate and entirely frustrated the plaintiffs' case. Such concealment was a deprivation of the plaintiffs' right to liberty under Charter, section 7. The plaintiffs also argued that the Crown's election was not a "reasonable excuse" for the failure to produce documents as required by Rule 460. They also sought Rule 448 general discovery of documents, identified in a letter from the plaintiffs' solicitors to the defendant's solicitors, which were additional to the defendant's Rule 447 list. Most of the documents in question appeared to be Cabinet confidences.

*Held*, the motion should be dismissed, except as to the claim for Rule 448 discovery which should be allowed subject to limitations.

Firstly, in a section 1 inquiry, Parliament's objective should be determined from an analysis of the legislation itself, not of

*Couronne d'invoquer le privilège conféré à l'exécutif constitue une «excuse raisonnable» pour refuser de fournir les documents comme l'exige la Règle 460(1) — L'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada ne peut servir de fondement au privilège à l'égard de la non-divulgence de renseignements confidentiels du Cabinet en l'absence d'un certificat — La communication, visée à la Règle 448, des catégories de documents mentionnés dans la lettre a été accordée, sans préjudice au droit de la défenderesse de revendiquer le privilège conféré à l'exécutif et de produire un certificat en bonne et due forme.*

*Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — La Couronne a refusé de divulguer des renseignements et a invoqué le privilège conféré à l'exécutif selon l'art. 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada — Les demandeurs ont, à l'occasion de requêtes en jugement interlocutoire, allégué que le choix fondé sur l'art. 36.3 contrecarrait complètement leur preuve et constituait donc un manquement aux principes de justice fondamentale — On ne doit pas statuer sur la constitutionnalité de l'art. 36.3 au moyen d'un jugement déclaratoire, à l'occasion d'une requête sommaire, lorsque la question n'a pas été soulevée dans les plaidoiries.*

Il s'agissait d'une requête en radiation de la défense pour le motif qu'elle empêchait que l'action soit jugée de façon équitable ou qu'elle constituait un recours abusif au tribunal, ou pour refus de produire des documents en conformité avec les Règles. Dans l'action principale, le demandeur conteste la constitutionnalité de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*. Lorsque les procureurs des demandeurs ont demandé des renseignements sur les circonstances ayant entouré la présentation et l'adoption de cette Loi, la défenderesse a refusé de les fournir en invoquant le privilège conféré à l'exécutif par l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La défense s'appuyait en partie sur le fait que la Loi attaquée constituait une limite dont la justification pouvait se démontrer suivant l'article premier de la Charte. Les demandeurs ont soutenu que la défenderesse devra prouver que la Loi attaquée a un lien rationnel avec le but de la Loi, ce qui à son tour exigera une explication quant aux raisons pour lesquelles et aux circonstances dans lesquelles la Loi a été adoptée. Il a donc été allégué que la Couronne, en faisant ce choix, manquait aux principes de justice fondamentale parce qu'elle camouflait les objectifs véritables de la Loi derrière le certificat visé à l'article 36.3 et contrecarrait totalement la preuve des demandeurs. Une dissimulation de ce genre privait les demandeurs du droit à la liberté que leur garantit l'article 7 de la Charte. Les demandeurs ont également prétendu que le choix de la Couronne ne constituait pas une «excuse raisonnable» pour refuser de produire les documents comme l'exige la Règle 460. Ils ont aussi tenté d'obtenir, en vertu de la Règle 448, la communication générale de documents qui étaient identifiés dans une lettre adressée aux procureurs de la défenderesse par les procureurs des demandeurs et qui s'ajoutaient à la liste visée à la Règle 447 et fournie par la défenderesse. La plupart des documents en question semblaient être des documents confidentiels du Cabinet.

*Jugement*: la requête doit être rejetée, sauf en ce qui concerne la demande de communication de documents qui est fondée sur la Règle 448 et qui doit être accueillie sous réserve des restrictions.

Premièrement, dans une analyse en vertu de l'article premier, l'objectif poursuivi par le législateur devrait être déterminé à

the whole range of policy options considered by Cabinet in the course of introducing such legislation.

Secondly, the relief sought by the plaintiffs requires an assumption that their Charter rights have been infringed. A court should not make such an assumption on a summary motion, nor should it try the merits of the Charter argument prior to trial. The party alleging violation of its Charter rights still has the onus of proving such violations. Only then does the onus shift to the opponent to prove justifiable limitation. In any case, the same procedures are available to the defendant in the defence of the suit, including election under section 36.3 of the *Canada Evidence Act*. The fact that actions must be tried in accordance with prescribed rules of practice and procedure and subject to the proper laws of evidence is but part of the principles of fundamental justice and a safeguard against litigious anarchy.

Thirdly, under the *Federal Court Rules*, declaratory relief cannot be sought by originating motion, but only by an action. The plaintiffs cannot challenge the constitutional validity of section 36.3 on a summary motion without even raising such issue in their pleadings.

It is well established that a court cannot go behind a subsection 36.3(1) certificate and examine the documents. The certificate was a proper one within the context of the principle enunciated in *Smith, Kline & French v. Attorney General of Canada*. It is sufficient to protect the Cabinet confidences referred to in the discovery questions enumerated therein. It also constituted a reasonable excuse for not striking the defence under Rules 460 and 465(20), and operated as a bar to the plaintiffs' motion to strike under Rule 419(1)(d) and (f).

Section 36.3 cannot sustain the privilege against the disclosure of confidences contained in Cabinet documents in the absence of a certificate by the Clerk of the Privy Council identifying those documents and asserting the particular grounds of privilege claimed. Rule 448 discovery should, therefore, be allowed, but limited to production of the classes of documents enumerated in the plaintiffs' solicitor's letter, and without prejudice to the defendant's right to object to the production of any document on the ground of section 36.3 privilege and upon production of a proper certificate.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.3 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III).  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(e).  
*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, 2(d), 7, 24(1).

partir d'un examen de la loi elle-même et non pas de toute la gamme des options politiques sur lesquelles a délibéré le Cabinet au cours de la présentation de cette loi.

Deuxièmement, le redressement sollicité par les demandeurs suppose que les droits que leur garantit la Charte ont été violés. Un tribunal ne devrait pas faire une telle supposition dans le cadre d'une requête sommaire ni non plus se prononcer avant le procès sur le bien-fondé des allégations fondées sur la Charte. C'est encore à la partie qui invoque la violation des droits que lui garantit la Charte qu'il incombe de prouver de telles violations. C'est seulement ensuite que l'opposant devient obligé de prouver l'existence d'une limitation dont la justification peut se démontrer. De toute façon, le défendeur peut recourir aux mêmes procédures dans la défense de son action, y compris au choix visé à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'obligation que les actions soient jugées en conformité avec les règles de pratique et de procédure et compte tenu des lois régulières de la preuve fait partie des principes de justice fondamentale et constitue une garantie contre l'anarchie en matière judiciaire.

Troisièmement, d'après les *Règles de la Cour fédérale*, on ne peut pas tenter d'obtenir un jugement déclaratoire au moyen d'une motion introductive d'instance, mais seulement au moyen d'une action. Les demandeurs ne peuvent pas contester la constitutionnalité de l'article 36.3 au moment de la présentation d'une requête sommaire sans avoir même soulevé une telle question dans leurs plaidoiries.

Il est bien établi qu'un tribunal ne peut pas aller au-delà d'un certificat visé par le paragraphe 36.3(1) et examiner les documents. Il s'agissait d'un document en bonne et due forme dans le contexte du principe énoncé dans l'arrêt *Smith, Kline & French c. Procureur général du Canada*. Il suffit à protéger les renseignements confidentiels du Cabinet mentionnés dans les questions énumérées de l'interrogatoire préalable. Il constituait également une excuse raisonnable pour ne pas radier la défense en vertu des Règles 460 et 465(20) ainsi qu'une fin de non-recevoir pour la requête en radiation des demandeurs en vertu de la Règle 419(1)(d) et (f).

L'article 36.3 ne peut pas servir de fondement au privilège à l'égard de la non-divulgaration de renseignements confidentiels contenus dans des documents du Cabinet si aucun certificat émanant du greffier du Conseil privé n'identifie ces documents ni ne mentionne les motifs précis du privilège revendiqué à leur égard. On devrait donc permettre la communication de documents en vertu de la Règle 448 mais elle devrait se limiter aux catégories de documents mentionnés dans la lettre des procureurs des demandeurs et sans qu'il soit porté préjudice au droit de la défenderesse de s'opposer à la production de tout document en raison du privilège créé par l'article 36.3 et sur dépôt d'un certificat en bonne et due forme.

#### 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. 1, 2d), 7, 24(1).  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2e).  
*Loi de 1986 sur les opérations portuaires*, S.C. 1986,

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 302(b), 419(1)(d),(f), 447, 448, 460 (as am. by SOR/79-57, s. 13), 465(18),(20).  
*Maintenance of Ports Operations Act*, 1986, S.C. 1986, c. 46.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917 (T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; 72 N.R. 81.

## CONSIDERED:

*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

## REFERRED TO:

*Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (C.A.); *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 2)*, [1976] 2 F.C. 512 (C.A.); *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1987] 1 F.C. 406 (C.A.); *Ouvrage de raffinage de métaux Dominion Ltée c. Énergie atomique du Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 2232 (S.C.); *McAlpine of Nfld. Ltd. v. The Queen* (1985), 9 C.L.R. 276 (F.C.T.D.); *New West Construction Co. Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 44 (T.D.).

## AUTHORS CITED

Jackett, W. R. *The Federal Court of Canada: A Manual of Practice*. Ottawa: Information Canada, 1971.

## COUNSEL:

*P. N. M. Glass* for plaintiffs.  
*E. A. Bowie, Q.C.* and *Margaret N. Kinnear* for defendant.

## SOLICITORS:

*Swinton & Company*, Vancouver, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

MCNAIR J.: This is a motion by the plaintiffs for various forms of interlocutory and procedural relief, made pursuant to *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] 302(b), 419(1)(d), 419(1)(f),

chap. 46.

*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.3 (édité par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, ann. III).

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 302(b), 419(1)(d),(f), 447, 448, 460 (mod. par DORS/79-57, art. 13), 465(18),(20).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917 (1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; 72 N.R. 81.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.); *Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Ministre du Revenu national (N° 2)*, [1976] 2 C.F. 512 (C.A.); *Canada (vérificateur général) c. Canada (ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1987] 1 C.F. 406 (C.A.); *Ouvrage de raffinage de métaux Dominion Ltée c. Énergie atomique du Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 2232 (C.S.); *McAlpine of Nfld. Ltd. c. La Reine* (1985), 9 C.L.R. 276 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *New West Construction Co. Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Jackett, W. R. *The Federal Court of Canada: A Manual of Practice*. Ottawa: Information Canada, 1971.

## AVOCATS:

*P. N. M. Glass* pour les demandeurs.  
*E. A. Bowie, c.r.* et *Margaret N. Kinnear* pour la défenderesse.

## PROCUREURS:

*Swinton & Company*, Vancouver, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

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

LE JUGE MCNAIR: Il s'agit d'une requête présentée par les demandeurs en vue d'obtenir différentes formes de redressement interlocutoire et sur le plan de la procédure, en conformité avec les

448, 460, 465(18) and 465(20) and sections 7 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. The claims for relief are said to arise from the Crown's refusal to provide certain documents and information and the further refusal to answer certain questions on examination for discovery, all of which are based on the grounds of executive privilege under section 36.3 of the *Canada Evidence Act* [R.S.C. 1970, c. E-10 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4 (Schedule III))].

The background of the whole matter is the plaintiffs' action for a declaration challenging the constitutional validity of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986*, S.C. 1986, c. 46, which the plaintiffs say violates their right of freedom of association and right to liberty under paragraph 2(d) and section 7 of the Charter. In furtherance of these claims, the plaintiffs' solicitors requested the defendant's solicitors to furnish information and produce documentation relating to the circumstances surrounding the introduction and passage of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986*. The defendant's solicitors have consistently refused to provide any information or documents which would disclose confidences of the Queen's Privy Council for Canada, relying on section 36.3 of the *Canada Evidence Act*. In further advancement of their case, the plaintiffs' solicitors conducted an examination for discovery of the defendant's nominated officer, William Kelly. Mr. Kelly refused to answer the questions enumerated in paragraph 5 of the notice of motion, on the instructions of counsel. The basis of such refusal was the same unwillingness to disclose confidences of the Queen's Privy Council for Canada.

The plaintiffs' strategy in all this, as it seems to me, is twofold, namely: (1) to ascertain the objectives of Parliament in enacting the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* by compelling the disclosure of Cabinet confidences with respect

Règles 302b), 419(1)d), 419(1)f), 448, 460, 465(18) et 465(20) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] et de l'article 7 et du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. Les demandes de redressement découleraient du refus de la Couronne de fournir certains documents et renseignements et de son refus également de répondre à certaines questions à l'interrogatoire préalable, refus qui se fondent sur le privilège conféré au pouvoir exécutif par l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, chap. E-10 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4 (annexe III))].

Toute l'affaire vient de l'action intentée par les demandeurs en vue d'obtenir un jugement déclaratoire contestant la constitutionnalité de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*, S.C. 1986, chap. 46, qui, selon lesdits demandeurs, viole le droit à la liberté d'association et le droit à la liberté que leur garantissent l'alinéa 2d) et l'article 7 de la Charte. Pour aider à l'avancement de ces revendications, les procureurs des demandeurs ont demandé aux procureurs de la défenderesse de fournir des renseignements et de produire des documents concernant les circonstances entourant la présentation et l'adoption de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*. Les procureurs de la défenderesse ont constamment refusé, en invoquant l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, de fournir tout renseignement ou document qui divulguerait des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Pour faire avancer leur cause, les procureurs des demandeurs ont procédé à un interrogatoire préalable du fonctionnaire concerné de la défenderesse, M. William Kelly. Celui-ci a, sur les directives de l'avocat, refusé de répondre aux questions énumérées au paragraphe 5 de l'avis de requête. Ce geste reposait sur le même refus de divulguer des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

La stratégie générale des demandeurs, me semble-t-il, est double: (1) prouver les buts poursuivis par le législateur en adoptant la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* et contraindre à la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet

thereto, whether oral or documentary; and (2) to disprove and effectually demolish in advance the defendant's defence of justifiable limitation under section 1 of the Charter raised by paragraph 7 of the defence, even though conceding the onus of proving any such section 1 limitation rests solely on the defendant. Paragraph 7 pleads as follows:

7. In the alternative, and in further answer to paragraph 13 and to the Statement of Claim as a whole, he says that if the Act or any part of it, in any way limits any of the rights and freedoms of the plaintiff then any such limit is a reasonable one, is prescribed by law, and is demonstrably justified in a free and democratic society, and is thus permissible within the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The whole matter of privilege from disclosure of confidences of the Queen's Privy Council for Canada is governed by section 36.3 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, as amended by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4 (Schedule III), which was proclaimed on November 23, 1982, and reads:

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

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

- (a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;
- (b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;
- (c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;
- (d) a record used for or reflecting communications or discussions between Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;
- (e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and
- (f) draft legislation.

à cet égard, que ceux-ci aient été constatés verbalement ou consignés par écrit; et (2) réfuter et démolir efficacement à l'avance la défense de la défenderesse fondée sur des limites pouvant se démontrer suivant l'article premier de la Charte et soulevée au paragraphe 7 de la défense, tout en reconnaissant que la preuve de l'existence d'une telle limite en vertu de l'article premier incombe uniquement à la défenderesse. Ledit paragraphe 7 est libellé ainsi:

[TRADUCTION] 7. À défaut, et en réponse également au paragraphe 13 et à la déclaration dans son ensemble, il dit que, si la Loi ou tout passage de celle-ci restreint, de quelque façon, l'un des droits et libertés du demandeur, cette limite est ainsi raisonnable, qu'elle est prévue par une règle de droit, que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique et qu'elle est donc permise selon les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Toute la question de l'exemption de divulguer des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada est régie par l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifié par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4 (annexe III), lequel a été proclamé le 23 novembre 1982 et est rédigé ainsi:

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

(2) Pour l'application du paragraphe (1), «un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada» s'entend notamment d'un renseignement contenu dans:

- (a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;
- (b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;
- (c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;
- (d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;
- (e) un document d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);
- (f) un avant-projet de loi.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

A certificate in writing signed by the Clerk of the Privy Council, Paul M. Tellier, and dated April 18, 1988, was filed in pursuance of subsection 36.3(1) of the Act. The certificate reads as follows:

CERTIFICATE

I, PAUL M. TELLIER, public servant, residing in the City of Ottawa, in the Regional Municipality of Ottawa-Carleton, in the Province of Ontario, do certify and say:

1. I am the Clerk of the Privy Council for Canada and the Secretary to the Cabinet.

2. I have personally examined and carefully considered each of the questions asked on the examination for discovery of William P. Kelly conducted on the 18th and 19th days of November 1987 enumerated in paragraph 5 of a Notice of Motion dated the 5th day of April 1988 filed by the Plaintiffs in this action.

3. I certify to this Honourable Court pursuant to subsection 36.3(1) of the Canada Evidence Act R.S.C. 1970, c. E-10, as amended by 1980-81-82 (Can.) c. 111, that, for the reasons set out in the Schedule attached hereto, to answer in full the questions referred to in paragraph 2 above except question 155, 156, 247 and 256 would reveal information constituting confidences of the Queen's Privy Council of Canada, and I object to the disclosure of that information.

4. I further certify that a Record of a Cabinet decision of the kind described in the last question on page 105 of the transcript of the examination referred to in paragraph 2 above would be a confidence of the Queen's Privy Council for Canada as described in Section 36.3(2)(c) of the Canada Evidence Act.

5. I further certify to this Honourable Court that subsection 36.3(4) of the Canada Evidence Act does not apply in respect of any of the information which would be revealed in answer to the questions referred to in paragraph 2 above.

DATED AT OTTAWA, in the Province of Ontario, this 18th day of April, 1988.

[Sgd] Paul M. Tellier  
Paul M. Tellier

Clerk of the Queen's Privy  
Council for Canada and  
Secretary to the Cabinet

(3) Pour l'application du paragraphe (2), «Conseil» s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

Un certificat écrit portant la signature du greffier du Conseil privé, M. Paul M. Tellier, et en date du 18 avril 1988 a été déposé en conformité avec le paragraphe 36.3(1) de la Loi. Ledit certificat est libellé ainsi:

[TRADUCTION] CERTIFICAT

JE, PAUL M. TELLIER, fonctionnaire, résidant en la ville d'Ottawa dans la municipalité régionale d'Ottawa-Carleton, dans la province d'Ontario, déclare:

1. Je suis greffier du Conseil privé pour le Canada et secrétaire du Cabinet.

2. J'ai examiné personnellement et soigneusement chacune des questions posées à l'interrogatoire préalable de William P. Kelly les 18 et 19 novembre 1987 et énumérées au paragraphe 5 de l'avis de requête en date du 5 avril 1988 qui a été présenté par les demandeurs dans la présente action.

3. J'atteste conformément au paragraphe 36.3(1) de la Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, modifié par 1980-81-82 (Can.) chap. 111, que, pour les motifs exposés dans l'annexe aux présentes, le fait de répondre complètement aux questions mentionnées au paragraphe 2 ci-dessus, à l'exception des questions 155, 156, 247 et 256, révélerait des renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, et je m'oppose à la divulgation de ces renseignements.

4. J'atteste également que le procès-verbal d'une décision du Cabinet du genre de celui qui est décrit dans la dernière question de la page 105 de la transcription de l'interrogatoire mentionné au paragraphe 2 ci-dessus constituerait un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada, qui est prévu à l'alinéa 36.3(2)(c) de la Loi sur la preuve au Canada.

5. J'atteste également que le paragraphe 36.3(4) de la Loi sur la preuve au Canada ne s'applique à aucun des renseignements qui seraient révélés en réponse aux questions mentionnées au paragraphe 2 ci-dessus.

FAIT À OTTAWA, dans la province d'Ontario, le 18 avril 1988.

(Signature) Paul M. Tellier  
Paul M. Tellier

Greffier du Conseil privé de  
la Reine pour le Canada et  
Secrétaire du Cabinet

## SCHEDULE

To answer in full the following questions would reveal information constituting proposals, recommendations or policy options to or for consideration by the Queen's Privy Council for Canada and thus would reveal confidences of the Queen's Privy Council for Canada:

Q. 94, Q. 96, Q. 97, Q. 98, Q. 130  
Q. 133, Q. 135, Q. 138, Q. 170  
Q. 236, Q. 242, Q. 243.

To answer in full the following questions would reveal deliberations or decisions of the Queen's Privy Council for Canada or communications between or decisions of Ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulating of government policy and, therefore, would reveal confidences of the Queen's Privy Council for Canada:

Q. 139, Q. 158, Q. 242, Q. 258, Q. 260  
p. 85 line 11 to p. 86 line 20,  
Q. 264, Q. 275, Q. 277, Q. 278, Q. 281  
Q. 282, Q. 283, Q. 284, last Question  
on p. 103, last Question on p. 104.

The real point of the case sought to be made on the motion, as it seems to me, is whether section 36.3 of the *Canada Evidence Act* is constitutionally valid.

The Charter provisions relevant to this issue are sections 1 and 7 which read as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The plaintiffs insist that the principles of fundamental justice require that all relevant information be forthcoming with respect to the defendant's section 1 plea. Plaintiffs' counsel argues that a section 1 inquiry requires the party relying thereon to prove that the measures enacted by the impugned legislation are "carefully designed and rationally connected to the legislative objective". This in turn demands an explanation of why and under what circumstances the law was enacted. It follows therefore that any inquiry into the objec-

## ANNEXE

<sup>a</sup> Le fait de répondre aux questions suivantes révélerait des renseignements constituant des propositions, des recommandations ou des options politiques destinées au Conseil privé de la Reine pour le Canada ou à l'examen de celui-ci et révélerait donc des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada:

<sup>b</sup> Q. 94, Q. 96, Q. 97, Q. 98, Q. 130,  
Q. 133, Q. 135, Q. 138, Q. 170,  
Q. 236, Q. 242, Q. 243.

<sup>c</sup> Le fait de répondre complètement aux questions suivantes révélerait des délibérations ou des décisions du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou des communications entre des ministres de la Couronne ou des décisions de ces derniers sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique et révélerait par conséquent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada:

<sup>d</sup> Q. 139, Q. 158, Q. 242, Q. 258, Q. 260  
ligne 11 de la p. 85 à ligne 20 de la p. 86,  
Q. 264, Q. 275, Q. 277, Q. 278, Q. 281,  
Q. 282, Q. 283, Q. 284, dernière question  
de la p. 103, dernière question de la p. 104.

<sup>e</sup> La véritable question que l'on tente de faire ressortir dans la requête, me semble-t-il, est de savoir si l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* est valide sur le plan constitutionnel.

<sup>f</sup> Les dispositions de la Charte applicables à ce point-là sont les articles 1 et 7, qui sont rédigés ainsi:

<sup>g</sup> 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

<sup>h</sup> 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

<sup>i</sup> Les demandeurs affirment que, selon les principes de justice fondamentale, tous les renseignements pertinents doivent être communiqués en ce qui concerne le moyen de défense de la défenderesse fondé sur l'article premier. L'avocat des demandeurs soutient qu'une analyse en vertu de l'article premier exige que la partie qui invoque cet article prouve que les mesures adoptées en vertu de la loi attaquée sont [TRADUCTION] «soigneusement conçues et ont un lien rationnel avec l'objectif de la loi». Cela demande, à son tour, une

tives and purposes of the legislation must necessarily include a judicial examination of the whole process in which the legislation was formulated. In short, the "objective purpose" is not merely to be divined from the legislation itself.

Plaintiffs' counsel relies strongly on the authority of *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, wherein the Supreme Court of Canada delineated the justificatory criteria against which the defence of a section 1 limitation must be measured. The case also affirmed that the onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the Charter was reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rested upon the party seeking to uphold the limitation, which was determinable on the standard of "a preponderance of probability".

Dickson C.J. explained these two central criteria in *Oakes*, *supra*, at pages 138-139:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a

explication des raisons pour lesquelles la loi a été adoptée ainsi que des circonstances selon lesquelles elle l'a été. Il s'ensuit donc que toute analyse qui porte sur les buts de la loi doit nécessairement comprendre un examen judiciaire de tout le processus de formulation de la loi. En bref, le [TRA-  
DUCTION] «but visé» ne doit pas être découvert seulement à partir de la loi elle-même.

L'avocat des demandeurs s'appuie grandement sur l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, dans lequel la Cour suprême du Canada a défini les critères sur lesquels il faut se baser pour juger le moyen de défense fondé sur une limite visée à l'article premier. Ce tribunal a ajouté que la charge de prouver qu'une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte était raisonnable et que sa justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société juste et démocratique, incombait à la partie recherchant le maintien de la restriction, qui était déterminable selon la norme d'une prépondérance des probabilités.

Le juge en chef Dickson a expliqué ces deux critères fondamentaux dans l'arrêt *Oakes*, précité, aux pages 138 et 139:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif qui visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de

proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

Consequently, it is urged that the Crown's election to invoke section 36.3 of the *Canada Evidence Act* raises an insurmountable barrier against eliciting any information which might serve to illustrate the legislative intent underlying the enactment of the *Maintenance of Ports Operation Act, 1986*, and thus entirely frustrates the plaintiffs' case. Actually, what the plaintiffs are really asking of the Court is a declaration to the effect that section 36.3 of the *Canada Evidence Act* is unconstitutional and of no force and effect, notwithstanding that the constitutional validity of the impugned section was not put in issue by the plaintiffs' pleadings.

I fail to see how the plaintiffs can reasonably expect that a constitutional issue of this magnitude be determined by way of a declaration on summary motion, where they have not raised the issue of the constitutionality of section 36.3 of the *Canada Evidence Act* in their pleading. Under the *Federal Court Rules*, declaratory relief cannot be sought by originating motion, but only by an action: *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 (C.A.) approving *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 2)*, [1976] 2 F.C. 512 (C.A.). Nevertheless, counsel for the plaintiffs is adamant in his view that there has to be some way of obtaining the disclosure of information pertaining to what went on in the minds of the Cabinet sponsors of the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986* and marking out the documentary paper trail disclosing its true objectives. Counsel for the defendant naturally takes strong exception to this.

Counsel for the plaintiffs further contends that the defendant has to fully comply with Rule 447 with respect to discovery and inspection of documents between the parties. He relies on the double-barrelled effect of Rules 460(1) and 302(b)

nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objet reconnu comme «suffisamment important».

Par conséquent, on fait valoir que le choix de la Couronne d'invoquer l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* soulève un obstacle insurmontable qui empêche d'obtenir tout renseignement qui pourrait servir à illustrer l'intention du législateur sous-tendant l'adoption de la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*, et contrecarre complètement la preuve des demandeurs. En réalité, ce que les demandeurs tentent vraiment d'obtenir du tribunal, c'est un jugement déclaratoire selon lequel l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* est inconstitutionnel et nul et non avenu, bien que la constitutionnalité de l'article attaqué n'ait pas été mise en question dans les plaidoiries des demandeurs.

Je n'arrive pas à comprendre comment les demandeurs peuvent raisonnablement s'attendre à ce qu'une question constitutionnelle de cette importance puisse être tranchée au moyen d'un jugement déclaratoire à la suite d'une requête sommaire, alors qu'ils n'ont pas soulevé la question de la constitutionnalité de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* dans leur plaidoirie. D'après les *Règles de la Cour fédérale*, on ne peut pas tenter d'obtenir un jugement déclaratoire au moyen d'une requête introductive d'instance, mais seulement au moyen d'une action: *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 (C.A.), qui confirme *Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Ministre du Revenu national (N° 2)*, [1976] 2 C.F. 512 (C.A.). Toutefois, l'avocat des demandeurs affirme catégoriquement qu'il doit y avoir moyen d'obtenir la divulgation des renseignements concernant ce que visaient les ministres du Cabinet qui ont parrainé la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires* et de retrouver les documents divulguant ses véritables objectifs. Naturellement, l'avocat de la défenderesse désapprouve cela fortement.

L'avocat des demandeurs soutient de plus que la défenderesse doit se conformer tout à fait à la Règle 447 en ce qui concerne la communication et l'examen des documents entre les parties. Il invoque le double effet des Règles 460(1) et 302(b) à

in support of this argument, pointing out that it is the Crown which has raised the defence of a section 1 inquiry. Thus, the Crown has the onus of establishing the existence of the criteria set out in the *Oakes* case with the result that the Crown's election to invoke executive privilege under section 36.3 of the *Canada Evidence Act* is not a "reasonable excuse" for the failure to provide documents as required by Rule 460. He also invokes Rule 465(20) to support his motion that paragraph 7 of the defence be struck out by reason of the Crown's failure to provide a reasonable excuse. Rule 448 discovery of documents is also claimed in paragraph 3 of the notice of motion. Here, the plaintiffs demand production of a Rule 448 list of documents, verified by affidavit, of the classes or categories requested in a letter of November 10, 1987 from plaintiffs' counsel to defendant's counsel. These documents are additional to those included in the defendant's Rule 447 list and comprise in the main Cabinet memoranda, minutes, briefing books, legislative drafts and other like documents pertaining to the policy-making or legislative processes with respect to the Bill implementing the *Maintenance of Ports Operations Act, 1986*. Needless to say, these are the documents seemingly contemplated by subsection 36.3(2) of the *Canada Evidence Act*.

Plaintiffs' counsel also invokes the authority of Rule 419(1)(d) and 419(1)(f) to support his argument for striking the section 1 plea in defence. The contention here is that the Crown's failure to disclose the requested information and documents would prejudice or embarrass the fair trial of the action or would otherwise constitute an abuse of the Court's process. Finally, plaintiff's counsel relies on subsection 24(1) of the Charter to urge that the Court rise to the occasion in providing an appropriate and just remedy to override the protection of section 36.3 of the *Canada Evidence Act* and compel the production of the requested information and documents.

l'appui de son allégation, en signalant que c'est la Couronne qui a soulevé le moyen de défense fondé sur une analyse en vertu de l'article premier. Ainsi incombe-t-il à la Couronne d'établir l'existence des critères énoncés dans l'arrêt *Oakes* de sorte que le choix de la Couronne d'invoquer le privilège dont jouit le pouvoir exécutif en vertu de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne constitue pas une «excuse raisonnable» pour refuser de fournir des documents ainsi que l'exige la Règle 460. Il invoque également la Règle 465(20) à l'appui de sa requête en vue de la radiation du paragraphe 7 de la défense pour le motif que la Couronne n'a pas fourni une excuse raisonnable. La communication de documents en vertu de la Règle 448 est également demandée au paragraphe 3 de l'avis de requête. En l'espèce, les demandeurs réclament la production d'une liste, visée par la Règle 448 et attestée par un affidavit, de documents des catégories mentionnées dans une lettre du 10 novembre 1987 adressée par l'avocat des demandeurs à celui de la défenderesse. Il s'agit de nouveaux documents qui s'ajoutent aux documents compris dans la liste visée par la Règle 447 et fournie par la défenderesse et qui consistent dans les principaux mémoires au Cabinet, procès-verbaux, dossiers d'instructions, avant-projets de loi et autres documents similaires se rapportant au processus d'élaboration des politiques ou au processus législatif concernant le projet de loi mettant en œuvre la *Loi de 1986 sur les opérations portuaires*. Inutile de dire qu'il s'agit de documents apparemment envisagés par le paragraphe 36.3(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

L'avocat des demandeurs invoque également la Règle 419(1)(d) et 419(1)(f) à l'appui de son allégation en vue de la radiation du moyen de défense fondé sur l'article premier. Ce qui est allégué ici, c'est que le refus de la Couronne de divulguer ou communiquer les renseignements et documents demandés pourrait empêcher que l'action soit jugée de façon équitable ou constituerait autrement un recours abusif au tribunal. Enfin, l'avocat des demandeurs s'appuie sur le paragraphe 24(1) de la Charte pour exhorter le tribunal à profiter de l'occasion pour accorder un redressement juste et approprié qui passe outre à la protection prévue par l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* et contraigne à la production des renseignements et documents demandés.

It seems to me that all these interlocutory claims for relief are inextricably linked to the central theme of the plaintiffs' case, which is that the pleading of a section 1 defence opens wide the door to a multifarious and far-ranging inquiry into the policy considerations underlying the impugned legislation.

Defendant's counsel submits that the common law convention of Cabinet confidentiality has been codified in section 36.3 of the *Canada Evidence Act*, and says that he is unaware of any case where a court addressed itself to what may have been in the mind of Cabinet ministers in discussing proposed legislation. He further contends that the real issue in the case is the collective mind of Parliament as expressed in the legislation itself. Defendant's counsel vigorously presses the point that the mere pleading of a Charter violation does not dispense with the necessity or proof thereof and an adjudication on the merits at trial. Finally, he contends that the plaintiffs have failed to make out a case for a general discovery of documents under Rule 448.

It seems to me that if I were to grant the relief sought by the plaintiffs on their motion, I would have to virtually assume that the plaintiffs' rights under the Charter have been infringed. I am not prepared to make any such assumption on summary motion nor, by the same token, am I prepared to try the essential merits of the plaintiffs' Charter argument, which are better left for adjudication at trial. While cases involving allegations of the violation of a party's rights under the Charter undoubtedly raise constitutional issues of great importance, nevertheless the onus still rests on that party of proving the alleged violations. Proof does not automatically result from the mere fact of pleading. Once a plaintiff has made out a *prima facie* case then, in my view, the onus shifts to his opponent to prove that the rights found to have been violated under the Charter are subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Moreover, when a party brings an action challenging the constitutional validity of legislation on the grounds of Charter violations then such party must face the possibility of the action being

Il me semble que toutes ces demandes de redressement interlocutoire sont inextricablement liées au point principal des arguments des demandeurs, c'est-à-dire que le fait de soulever un moyen de défense fondé sur l'article premier ouvre tout grand la porte à une vaste analyse des politiques qui sous-tendent la loi attaquée.

L'avocat de la défenderesse soutient que la convention de *common law* relative au caractère confidentiel des délibérations du Cabinet a été codifiée à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* et déclare qu'il ne connaît aucun cas où un tribunal s'est intéressé à ce qu'ont pu penser les ministres du Cabinet au cours de l'examen de projets de loi. Il ajoute que la véritable question en l'espèce concerne l'intention collective du législateur qui est exprimée dans la loi elle-même. L'avocat de la défenderesse insiste fortement sur le point suivant: le simple fait de plaider violation de la Charte ne rend pas superflu qu'une telle violation doive exister ou être prouvée ni qu'il faille statuer sur le fond lors du procès. Enfin, il avance que les demandeurs n'ont pas justifié la nécessité d'une communication générale des documents en vertu de la Règle 448.

Il me semble que, si je devais accorder le redressement demandé par les demandeurs dans leur requête, je devrais en fait supposer que les droits des demandeurs qui leurs sont garantis par la Charte ont été violés. Je ne suis pas disposé à faire une telle supposition à partir d'une requête sommaire ni non plus à me prononcer sur le bien-fondé des allégations des demandeurs fondées sur la Charte, ce qui devrait plutôt se faire au procès. Bien que les cas où l'on invoque la violation des droits garantis à une partie par la Charte soulèvent indubitablement des questions constitutionnelles de grande importance, il n'en demeure pas moins que cette partie devra prouver la prétendue violation de ces droits. Le simple fait de plaider la violation de certains droits ne constitue pas automatiquement une preuve de leur violation. Une fois qu'un demandeur en a présenté une preuve *prima facie*, c'est alors à son opposant, à mon avis, de prouver que les droits qui, selon la Charte, auraient été violés sont restreints «par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». En outre,

defended by the party sued, who is entitled to have resort to all available rules of practice and procedure in conducting his defence. In my view, it would be wrong to conclude that simply because a plaintiff in an action raises allegations of Charter violations, this of itself necessarily circumscribes and limits the scope and range of the procedures available to the other party in his defence of the suit. This seems to be the very point under scrutiny in the present motion.

In my opinion, one avenue of defence available to the Crown in the circumstances of this case is section 36.3 of the *Canada Evidence Act*. I am of the view that the section represents a recent codification by Parliament of the constitutional convention cognizable at common law in respect of Cabinet confidences for documents and information pertaining to the collective decision-making process, which features in all Cabinet deliberations. Incidentally, the right of Parliament to legislate with respect to Crown privilege was not challenged by the plaintiffs, nor was the constitutionality of section 36.3 of the *Canada Evidence Act* challenged *per se*. If I apprehend the plaintiffs' argument correctly, it is simply that the operation of the section in the present case enables the defendant to plead section 1 of the Charter, thereby denying the plaintiffs the opportunity to test the legislation in light of its true objectives and purposes, which are said to be presently hidden behind the section 36.3 certificate. The fact of this concealment amounts to the deprivation of the plaintiffs' right to liberty under section 7 of the Charter, contrary to the principles of fundamental justice. I am unable to accept this submission. In my view, section 36.3 of the *Canada Evidence Act* is essentially a rule of evidence which creates a statutory privilege against the disclosure of information constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada, and that privilege is encompassed by specific legislation within the legislative competence of the Parliament of Canada.

lorsqu'une partie intente une action contestant la constitutionnalité d'une loi en raison de violation de la Charte, cette partie doit alors envisager la possibilité qu'une défense soit présentée par la partie poursuivie, qui a le droit de recourir à toutes les règles existantes de pratique et de procédure pour mener sa défense. Il serait erroné, à mon avis, de conclure que le simple fait pour un demandeur de soulever, dans une action, des allégations de violations de la Charte limite nécessairement en soi la portée des procédures auxquelles l'autre partie peut recourir dans sa défense à l'encontre de la poursuite. Ce semble être le point même qui est examiné dans la présente requête.

Selon moi, le recours à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* constitue l'un des moyens de défense possibles pour la Couronne dans les circonstances de l'espèce. Je suis d'avis que cet article représente une codification récente, par le législateur, de la convention constitutionnelle admise en *common law* en ce qui concerne les renseignements confidentiels du Cabinet contenus dans des documents et des renseignements se rapportant au processus décisionnel collectif, qui intervient dans toutes les délibérations du Cabinet. À propos, le droit du Parlement de légiférer relativement au privilège de la Couronne n'a pas été contesté par les demandeurs ni la constitutionnalité de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'a été contestée en soi. Si je comprends bien l'argument des demandeurs, il signifie simplement que l'application de l'article en l'espèce permet à la défenderesse d'invoquer l'article premier de la Charte, privant ainsi les demandeurs de la possibilité d'examiner la loi à la lumière de ses objectifs véritables, qu'on prétend camouflés actuellement derrière le certificat prévu à l'article 36.3. Cette non-divulgation de renseignements équivaut pour les demandeurs à la perte de la liberté que leur garantit la Charte, contrairement aux principes de justice fondamentale. Je ne puis admettre cette allégation. À mon avis, l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* est essentiellement une règle de preuve qui crée un privilège à l'égard de la divulgation de renseignements constituant des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, et ce privilège est prévu par une loi particulière qui relève de la compétence législative du Parlement canadien.

Plaintiffs' counsel referred at length to the increasing complexity and diversity of evidentiary points having to be considered by the courts in Charter litigation. None of the authorities cited by plaintiffs' counsel advocate the complete abandonment of the law of evidence and the rules of practice. Furthermore, I fail to see how the use of section 36.3 by the defendant prejudices the plaintiffs' rights to a fair hearing and adjudication of their action. As I see it, the fact that actions must be tried in accordance with prescribed rules of practice and procedure and subject to the proper laws of evidence is but part and parcel of the principles of fundamental justice and a safeguard against litigious anarchy.

The case of *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917 (T.D.) held that where there was a proper certificate pursuant to subsection 36.3(1) of the *Canada Evidence Act* before the court, the court cannot go behind the certificate and examine the documents. In other words, a proper certificate is conclusive of the privilege asserted.

Strayer J. explained it this way, at pages 929-930:

It is clear from subsection 36.3(1) that where there is a proper certificate by the Clerk of the Privy Council objecting to the disclosure of information before the Court, the Court cannot go behind the certificate and examine the documents as it may under sections 36.1 and 36.2 of the *Canada Evidence Act*. As noted earlier, this kind of exclusion of the courts in favour of the executive in the determination of whether certain documents or information should be disclosed is not without precedent. The history of Crown privilege also indicates, however, that the dominant common law view which has developed is that the courts should have a role, in appropriate cases, in balancing the respective public interests. While the Parliament of Canada has not permitted an equally wide role for Canadian courts with respect to federal government documents and information, it must be assumed to have been aware of these common law developments in its most recent legislation. This suggests that Parliament in the amendments to the *Canada Evidence Act* intended to narrow substantially the unfettered discretion of the executive to withhold information and documents which would otherwise be relevant to a matter before the courts.

L'avocat des demandeurs s'est reporté fort longuement à la complexité et à la diversité croissantes des points de la preuve dont les tribunaux doivent tenir compte dans les litiges relatifs à la Charte. Aucune des décisions citées par l'avocat des demandeurs ne préconise l'abandon total du droit de la preuve et des règles de pratique. De plus, je ne vois pas comment le recours à l'article 36.3 par la défenderesse porte atteinte au droit des demandeurs d'obtenir un procès équitable. Selon moi, l'obligation que les actions soient jugées en conformité avec les règles prescrites de pratique et de procédure et compte tenu des lois régulières de la preuve fait partie des principes de justice fondamentale et constitue une protection contre l'anarchie en matière judiciaire.

L'affaire *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917 (1<sup>re</sup> inst.) a établi qu'en présence d'un certificat en bonne et due forme visé par le paragraphe 36.3(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le tribunal ne peut pas aller au-delà du certificat et examiner les documents. En d'autres mots, un certificat rédigé dans les règles est concluant en ce qui concerne le privilège qu'on fait valoir.

Le juge Strayer l'a expliqué ainsi, aux pages 929 et 930:

Il ressort du paragraphe 36.3(1) qu'en présence d'un certificat en bonne et due forme provenant du greffier du Conseil privé et s'opposant à la divulgation de renseignements devant le tribunal, ce dernier ne peut aller au-delà du certificat et examiner les documents comme il peut le faire en vertu des articles 36.1 et 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il existe des précédents à ce genre d'exclusion des tribunaux en faveur du pouvoir exécutif dans la décision concernant la divulgation de documents ou de renseignements. L'histoire du privilège de la Couronne indique aussi, toutefois, que l'opinion la plus répandue maintenant en *common law* est que les tribunaux devraient avoir un rôle à jouer, dans les cas pertinents, lorsqu'il s'agit de mettre en balance les intérêts publics respectifs. Bien que le Parlement du Canada n'ait pas permis aux tribunaux canadiens de jouer un rôle aussi important en ce qui concerne les documents et les renseignements de l'administration fédérale, il faut présumer qu'il était au courant de cette évolution de la *common law* lorsqu'il a adopté ses lois les plus récentes. Cela laisse supposer que lorsque le Parlement a modifié la *Loi sur la preuve au Canada*, il avait l'intention de restreindre considérablement le pouvoir discrétionnaire absolu de l'exécutif de refuser de révéler des renseignements ou de produire des documents qui, dans d'autres circonstances, seraient pertinents pour une question soumise aux tribunaux.

I agree with counsel for the defendant that the case of *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; 72 N.R. 81 is distinguishable from the present case on two points, namely: (1) the claim of privilege was made for Cabinet documents with respect to the government's tourist policy, a matter of relatively low level policy; and (2) Ontario had no statutory privilege provision comparable to section 36.3 of the *Canada Evidence Act*. Moreover, it seems to me that the first distinction goes hand in hand with the following passage from the judgment of Mr. Justice La Forest in *Carey, supra*, at pages 671-672:

In the present case, however, we are dealing with a claim based solely on the fact that the documents concerned are of a class whose revelation might interfere with the proper functioning of the public service. It is difficult to see how a claim could be based on the policy or contents of the documents. We are merely dealing with a transaction concerning a tourist lodge in northern Ontario. The development of a tourist policy undoubtedly is of some importance, but it is hardly world-shaking.

The paramountcy of section 36.3 of the *Canada Evidence Act* with respect to privileged Cabinet confidences was affirmed by the majority decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1987] 1 F.C. 406 (C.A.). Likewise, in *Ouvrage de raffinage de métaux Dominion Ltée c. Énergie atomique du Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 2232 (S.C.), Marquis J.C.S., upheld the inviolability of a proper section 36.3 certificate. In addition, he dismissed the motion claim of the plaintiff that subsection 36.3(1) was incompatible with paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] in that the non-disclosure did not deny the plaintiff's right to a fair hearing.

It would appear therefore that the sole role available to the Court with respect to the certificate issued in this case is to determine whether or not the certificate, on its face, is proper in form and asserts a privilege within the categories of subject-matter in subsection 36.3(2) of the Act.

Je suis d'accord avec l'avocat de la défenderesse que l'affaire *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, 72 N.R. 81, se distingue de l'espèce sur deux points, à savoir: (1) le privilège a été revendiqué relativement à des documents du Cabinet concernant la politique du gouvernement en matière de tourisme, qui est une question d'importance assez modeste; et (2) les lois de l'Ontario ne contiennent pas de disposition créant un privilège du genre de celui prévu à l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*. En outre, il me semble que la première distinction est en harmonie avec le passage suivant du jugement rendu par le juge La Forest dans l'affaire *Carey*, précitée, aux pages 671 et 672:

Dans la présente affaire, cependant, nous sommes en présence d'une revendication ayant pour seul fondement le fait que les documents en cause appartiennent à une catégorie de documents dont la révélation risquerait d'entraver la bonne marche de la fonction publique. En effet, je conçois mal comment on pourrait fonder une revendication sur la politique énoncée dans les documents ou sur leur contenu. Il s'agit simplement d'une opération portant sur une hôtellerie dans le nord de l'Ontario. L'élaboration d'une politique touristique est sans doute importante jusqu'à un certain point, mais son importance n'est certainement pas capitale.

La grande importance de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement au privilège concernant les renseignements confidentiels du Cabinet a été confirmée par la décision rendue par une majorité de juges de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (vérificateur général) c. Canada (ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1987] 1 C.F. 406 (C.A.). De la même façon, dans l'arrêt *Ouvrage de raffinage de métaux Dominion Ltée c. Énergie atomique du Canada Ltée*, [1988] R.J.Q. 2232 (C.S.), le juge Marquis a conclu à la validité de l'inviolabilité d'un certificat en bonne et due forme fondé sur l'article 36.3. De plus, il a rejeté la prétention du demandeur selon laquelle le paragraphe 36.3(1) n'était pas compatible avec l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III] en ce que la non-divulgaration ne niait pas le droit du demandeur d'avoir un procès équitable.

Il semblerait donc que la seule chose que la Cour puisse faire relativement au certificat délivré en l'espèce est de déterminer si ledit certificat, à première vue, est en bonne et due forme et fait valoir un privilège entrant dans les catégories de sujets qui sont visées au paragraphe 36.3(2) de la Loi.

I am satisfied that the present certificate is a proper certificate within the context of the principle enunciated in *Smith, Kline & French v. Attorney General of Canada, supra*. It indicates the questions within the ambit of subsection 36.3(2) and the categories to which they relate. Furthermore, it conforms with the requirements of subsections 36.3(1) and 36.3(4). The certificate exempts the following discovery questions, namely, Q. 155, Q. 156, Q. 247 and Q. 256. Counsel for the defendant quite fairly undertakes to provide answers to the requests for information posed by these questions, to the extent that they do not require the disclosure of Cabinet confidences. In the result, I find that the certificate is sufficient to protect the Cabinet confidences referred to in the discovery questions enumerated therein. Under the circumstances, I also find that the certificate constitutes a reasonable excuse for not striking the defence, or at least paragraph 7 thereof, under Rules 460 and 465(20). By the same token, the certificate operates as a bar to the plaintiffs' motion to strike under Rule 419(1)(d) and 419(1)(f).

In final analysis, it is my opinion that the basic fallacy of the plaintiffs' argument lies in the submission that an inquiry under section 1 of the Charter necessarily requires the defendant to provide confidences of the Queen's Privy Council for Canada with respect to the whole evolutionary process by which a Bill before Parliament becomes the law of the land. With respect, I am bound to disagree. As Chief Justice Dickson pointed out in *Oakes*, the starting point for formulating a response to the question of whether a section 1 limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society is "the nature of Parliament's interest or objective which accounts for the passage" of the impugned legislation. In my opinion, a section 1 inquiry requires an analysis of Parliament's objective and the means chosen by Parliament for achieving the same as manifested by the legislation itself, rather than involving a consideration of the whole range of policy options deliberated upon by Cabinet in the course of introducing such legislation.

Je suis convaincu que le présent certificat est un certificat en bonne et due forme dans le contexte du principe énoncé dans l'arrêt *Smith, Kline & French c. Procureur général du Canada*, précité. Il indique les questions qui se trouvent dans le champ d'application du paragraphe 36.3(2) et les catégories auxquelles elles se rapportent. Il respecte en outre les exigences des paragraphes 36.3(1) et 36.3(4). Le certificat exempte les questions suivantes de l'interrogatoire préalable, à savoir les questions Q. 155, Q. 156, Q. 247 et Q. 256. L'avocat de la défenderesse s'engage très équitablement à répondre aux demandes de renseignements soulevées par ces questions, dans la mesure où elles n'exigent pas la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet. Par conséquent, je conclus que le certificat suffit à protéger les renseignements confidentiels du Cabinet mentionnés dans les questions énumérées de l'interrogatoire préalable. Je conclus également que, dans les circonstances, le certificat constitue une excuse raisonnable pour ne pas radier la défense, ou du moins son paragraphe 7, en vertu des Règles 460 et 465(20). De même, le certificat constitue une fin de non-recevoir pour la requête en radiation des demandeurs en vertu de la Règle 419(1)d) et 419(1)f).

En dernière analyse, je suis d'avis que l'erreur fondamentale de la plaidoirie des demandeurs repose sur l'allégation selon laquelle une analyse en vertu de l'article premier de la Charte exige nécessairement que la défenderesse fournisse des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada en ce qui concerne tout le processus suivant lequel un projet de loi présenté au Parlement devient une loi du pays. En toute déférence, je ne puis pas être d'accord. Ainsi que le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Oakes*, pour répondre à la question de savoir si une restriction en vertu de l'article premier est raisonnable et si sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut commencer par préciser «la nature de l'intérêt ou de l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant» la loi attaquée. À mon avis, l'analyse en vertu de l'article premier nécessite une analyse de l'objectif poursuivi par le législateur ainsi que des moyens que celui-ci a choisis pour atteindre cet objectif exprimé par la loi elle-même, plutôt qu'un examen de toute la gamme des options politiques sur lesquelles a délibéré le Cabinet au cours de la présentation de cette loi.

The only remaining matter for consideration is the relief claimed in paragraph 3 of the plaintiffs' notice of motion, wherein they seek full discovery of documents under Rule 448. Defendant's counsel submits that the plaintiffs have not made out a case for Rule 448 discovery. It is obvious that he relies on section 36.3 of the *Canada Evidence Act* to support the claim for Crown privilege with respect to Cabinet documents constituting confidences of the Queen's Privy Council for Canada. What is at issue here, as it seems to me, is whether section 36.3 of the Act is capable of sustaining the privilege against the disclosure of confidences contained in Cabinet documents in the absence of any certificate on the part of the Clerk of the Privy Council identifying those documents and asserting the particular grounds of privilege claimed in respect thereof. At the other end of the argument spectrum, plaintiffs' counsel seems to be advancing the rather startling proposition that I should not only order a Rule 448 discovery, but take the matter one step further along the road to full disclosure by ordering that the defendant be precluded from asserting any claim of privilege under section 36.3 in respect of any such discovery. Needless to say, I am not prepared to accede to this novel submission. The question remains whether I should compel the defendant to make general discovery of documents under Rule 448 and verify the same by affidavit, in accordance with the prescribed Forms 20 and 21 of the *Federal Court Rules*.

Much of this ground has already been ploughed over, the first furrow beginning with a letter of November 10, 1987 from the plaintiffs' solicitors to the defendant's solicitors. The letter identified in numbered paragraphs 1 to 12 inclusive the Cabinet documents for which disclosure and production were sought. *Prima facie*, all or most of these seem to fall within the category of confidences of the Queen's Privy Council for Canada, as enumerated in subsection 36.3(2) of the *Canada Evidence Act*. Further searches were undertaken in response to this request and opinions were formed as to the privileged nature of the documents

La seule autre question à étudier est le redressement demandé au paragraphe 3 de l'avis de requête des demandeurs, dans lequel ils cherchent à obtenir l'entière communication des documents en vertu de la Règle 448. L'avocat de la défenderesse soutient que les demandeurs n'ont pas présenté de preuves justifiant la communication de documents en vertu de la Règle 448. Il est évident qu'il se fonde sur l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour justifier la revendication d'un privilège en faveur de la Couronne en ce qui concerne les documents du Cabinet qui constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. La question en litige ici, à ce qu'il me semble, est de savoir si l'article 36.3 de la Loi peut servir de fondement au privilège à l'égard de la non-divulgence de renseignements contenus dans des documents du Cabinet si aucun certificat émanant du greffier du Conseil privé n'identifie ces documents ni ne mentionne les motifs précis du privilège revendiqué à leur égard. À l'autre extrémité du spectre des arguments, l'avocat des demandeurs semble soutenir la proposition assez surprenante selon laquelle je devrais non seulement ordonner la communication des documents en vertu de la Règle 448 mais aller jusqu'à empêcher la défenderesse de revendiquer un quelconque privilège en vertu de l'article 36.3 en ce qui concerne toute communication de documents de ce genre. Inutile de dire que je ne suis pas disposé à accéder à cette demande inédite. Il reste la question de savoir si je dois contraindre la défenderesse à communiquer l'ensemble des documents en vertu de la Règle 448 et à en attester l'exactitude par affidavit, en conformité avec les formules prescrites 20 et 21 des *Règles de la Cour fédérale*.

Cette question a déjà été traitée en grande partie, le tout ayant commencé avec une lettre en date du 10 novembre 1987 envoyée par les procureurs des demandeurs aux procureurs de la défenderesse. La lettre indiquait aux paragraphes 1 à 12 inclusivement les documents du Cabinet dont on cherchait à obtenir la communication et le dépôt. À première vue, la totalité ou la plupart de ces documents semblent entrer dans la catégorie des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, qui est énumérée au paragraphe 36.3(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. D'autres recherches ont été entreprises à la suite

referred to in the said letter, as by reference to the affidavits of Elizabeth MacPherson and Ward Ellcock will more fully appear. These affidavits were filed respectively on April 14 and April 19, 1988, prior to the hearing of the motion. Defendant's counsel responded to the request of the plaintiffs' solicitors by letter dated January 8, 1988, which reads in part as follows:

We provided to you our List of Documents, and copies of those documents, pursuant to Rule 447 and the Order of Mr. Justice Collier prior to the examination for discovery. In addition, after receiving your letter of November 10 we identified and produced to you at the time of the examination for discovery certain further documents most, if not all, of which were marked as exhibits. I am not aware of any other documents that would fall within the categories that you have requested in your letter of November 10 except documents whose production would be contrary to Section 36.3 of the Canada Evidence Act.

Is this a sufficient answer or should the defendant be compelled to make and file a list of documents and verify the same by affidavit in accordance with the requirements of Rule 448, for which privilege is claimed by virtue of section 36.3 of the *Canada Evidence Act*?

Generally speaking, a party seeking Rule 448 discovery must satisfy the court that there is something in the circumstances of the particular case necessitating this old-style and more expensive type of discovery of documents. For a useful discourse on the topic of discovery and inspection of documents, see W. R. Jackett, *The Federal Court of Canada: A Manual of Practice*, Ottawa: Information Canada, 1971 at pages 68-69. An order for Rule 448 discovery is purely discretionary and will, more often than not, be refused where the party has already made voluminous production under Rule 447: *McAlpine of Nfld. Ltd. v. The Queen* (1985), 9 C.L.R. 276 (F.C.T.D.); and *New West Construction Co. Ltd. v. R.*, [1980] 2 F.C. 44 (T.D.).

I am persuaded that it would be appropriate in the circumstances of the case to grant an order for

de cette demande, et on s'est fait des opinions quant à la nature confidentielle des documents mentionnés dans ladite lettre, ainsi qu'on le verra davantage en se reportant aux affidavits d'Elizabeth MacPherson et de Ward Ellcock. Ces affidavits ont été déposés le 14 avril et le 19 avril 1988 respectivement, avant l'audition de la requête. L'avocat de la défenderesse a répondu à la demande des procureurs des demandeurs par une lettre en date du 8 janvier 1988, dont voici un passage:

[TRADUCTION] Nous vous avons fourni notre liste de documents, ainsi que des copies de ces documents, en conformité avec la Règle 447 et l'ordonnance du juge Collier avant l'interrogatoire préalable. De plus, après réception de votre lettre du 10 novembre, nous avons identifié et nous vous avons présenté au moment de l'interrogatoire préalable certains autres documents dont la plupart, sinon tous, étaient indiqués comme pièces justificatives. Je ne connais pas d'autres documents qui entreraient dans les catégories que vous avez demandées dans votre lettre du 10 novembre, si ce n'est les documents dont la production contreviendrait à l'article 36.3 de la Loi sur la preuve au Canada.

Cette réponse suffit-elle, ou faudrait-il contraindre la défenderesse à rédiger et à déposer une liste de documents—et à en attester l'exactitude au moyen d'un affidavit en conformité avec les conditions requises par la Règle 448—à l'égard desquels on revendique un privilège en vertu de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*?

En général, la partie qui cherche à obtenir la communication de documents en vertu de la Règle 448 doit convaincre le tribunal qu'il y a quelque chose dans les circonstances de l'affaire qui nécessite ce genre vieillot et plus dispendieux de communication de documents. Pour de plus amples renseignements sur la question de la communication et de l'examen des documents, voir l'ouvrage de W. R. Jackett, intitulé *The Federal Court of Canada: A Manual of Practice*, Ottawa: Information Canada, 1971, aux pages 68 et 69. Une ordonnance prescrivant la communication de documents en vertu de la Règle 448 est une mesure purement discrétionnaire et, la plupart du temps, elle sera refusée lorsque la partie a déjà produit un grand nombre de documents en vertu de la Règle 447: *McAlpine of Nfld. Ltd. c. La Reine* (1985), 9 C.L.R. 276 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *New West Construction Co. Ltd. c. R.*, [1980] 2 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.).

Je suis convaincu qu'il conviendrait dans les circonstances de l'espèce d'accorder une ordon-

Rule 448 discovery, but limited in its scope and range of production to the class or classes of documents categorized in paragraphs 1 to 10 inclusive of the aforementioned letter of November 10, 1987 from the plaintiffs' solicitors. Such order will necessarily be without prejudice to the defendant's right to object to the production of any such document or documents on the ground of the privilege created by section 36.3 of the *Canada Evidence Act* and upon production of a proper certificate in pursuance thereof from the Clerk of the Privy Council.

For the foregoing reasons, the plaintiffs' motion is dismissed with respect to the claims for relief set out in paragraphs 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 and 9 of the notice of motion. The claim for Rule 448 discovery set out in paragraph 3 thereof is granted, subject to the limitations aforesaid. My direction or ruling on costs is that they be in the cause. An order will go accordingly.

nance en vue de la communication de documents en vertu de la Règle 448 mais limitée, quant à sa portée, à la ou aux catégories de documents mentionnés aux paragraphes 1 à 10 inclusivement de la lettre susmentionnée des procureurs des demandeurs en date du 10 novembre 1987. Une telle ordonnance ne portera nullement préjudice au droit de la défenderesse de s'opposer à la production de tout document de ce genre en raison du privilège créé par l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* et sur dépôt, conformément à celle-ci, d'un certificat en bonne et due forme du greffier du Conseil privé.

Pour les motifs ci-dessus mentionnés, la requête des demandeurs est rejetée en ce qui concerne les demandes de redressement figurant aux paragraphes 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 et 9 de l'avis de requête. La demande de communication de documents en vertu de la Règle 448, qui figure au paragraphe 3, est accueillie, sous réserve des restrictions susmentionnées. Les dépens seront intégrés à ceux de toute l'affaire. Une ordonnance sera rendue en conséquence.