

A-611-91

The Canadian Association of Regulated Importers, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd, Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (Appellants)

v.

Attorney General of Canada, Canadian Broiler Hatching Egg Marketing Agency, Canadian Hatchery Federation (Respondents)

INDEXED AS: CANADIAN ASSN. OF REGULATED IMPORTERS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Linden, J.J.A.—Toronto, November 14; Ottawa, December 20, 1991.

Practice — Discovery — Production of documents — Appeal from denial of motion for production of documents — Meaning and extent of privilege from disclosure of confidence of Queen's Privy Council for Canada under Canada Evidence Act, s. 39 — Documents related to ministerial discretion under Export and Import Permits Act — Counsel for respondent undertaking to produce document, then reneging — Certificate issued by Clerk of Privy Council under s. 39 that documents confidences of the Queen's Privy Council — Documents qualifying for s. 39 absolute privilege — Cases cited by appellants distinguished as not involving statutory privilege — Statutory privilege taking priority over undertaking by counsel to produce document — Judicial discretion to relieve solicitor from personal undertaking based on mistake of fact.

Crown — Prerogatives — Motion for production of memorandum and other documents referred to by designated Minister in making quota decision — Documents found by Motions Judge entitled to benefit of absolute privilege from disclosure under Canada Evidence Act, s. 39 — Absolute privilege under s. 39 and qualified privilege under ss. 37 and 38 distinguished — Only information concerning Cabinet in collegial sense

A-611-91

The Canadian Association of Regulated Importers, Parkview Poultry Ltd., Bertmar Poultry Ltd., George Tsisenpoulos, Henry Neufeld, Zigmond Tibay, Henry Kikkert, Eva Szasz Peterffy, Paul Dinga, C & A Poultry Ltd., Zoltan Varga, Jake Drost, George Drost, Joe Drost, Melican Farms Ltd., Joe Speck, Marinus Kikkert, Checkerboard Hatchery, Brampton Chick Hatching Co. Ltd, Zoltan Koesis, Roe Poultry Ltd., Gabe Koesis, Henry Fois (appellants)

c.

Procureur général du Canada, Office canadien de commercialisation des œufs d'incubation de poulet à chair et Fédération canadienne des couvoirs (intimés)

RÉPERTORIÉ: CANADIAN ASSN. OF REGULATED IMPORTERS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Linden, J.C.A.—Toronto, 14 novembre; Ottawa, 20 décembre 1991.

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Production de documents — Appel du rejet d'une requête concernant la production de documents — Sens et portée du privilège de non-divulgaration de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — Documents liés au pouvoir discrétionnaire conféré au ministre en vertu de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation — L'avocat de l'intimé s'est engagé à produire un document et a fait ensuite volte-face — Un certificat émis par le greffier du Conseil privé en vertu de l'art. 39 attestait que les documents étaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine — Les documents bénéficiaient du privilège absolu que prévoit l'art. 39 — Les causes citées par les appellants sont considérées d'espèce différente car elles ne mettent pas en cause un privilège d'origine législative — Un privilège d'origine législative a préséance sur l'engagement que prend un avocat de produire un document — Un juge a le pouvoir de libérer un avocat d'un engagement personnel qui repose sur une erreur de fait.

Couronne — Prerogatives — Requête en vue de la production d'une note de service et d'autres documents auxquels le ministre désigné a fait référence en rendant une décision sur les contingents — Le juge des requêtes a statué que les documents en question étaient l'objet d'un privilège absolu de non-divulgaration en vertu de l'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada — Une distinction est faite entre le privilège absolu

qualifying for absolute privilege — As quota decision involving two ministers and documents sent to both, documents qualified for s. 39 privilege.

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Equality rights — Majority of appellants individuals, not corporations, therefore having standing to invoke Charter, s. 7 — Lamer J.'s theory as to interests protected by s. 7 explained — Rights here in issue outside s. 7 protection — Charter, s. 7 not infringed by Canada Evidence Act, s. 39 — Motions Judge also right in holding Charter, s. 15(1) not infringed by s. 39.*

This was an appeal from an order of Jerome A.C.J. (the Motions Judge) dismissing a motion for the production of documents related to a ministerial discretion exercised pursuant to the *Export and Import Permits Act*. The decision established a scheme to allocate the issuance of import quotas for hatching eggs and chicks on the basis of market share. Documents which respondent refused to produce were a memorandum of the Special Trade Bureau of the Department of External Affairs and other documents referred to by the designated Minister, namely the Secretary of State for External Affairs, in making the quota decision. Respondent's lawyer wrote to that of appellants undertaking to produce a document sent by the Department of External Affairs to the Minister but wrote again the following day reneging. The reason for this *volte-face* was that the quota decision had actually been taken not by the Secretary of State for External Affairs but by the Minister of International Trade under the latter's authority. A certificate was subsequently issued by the Clerk of the Privy Council under the *Canada Evidence Act*, section 39, stating that the documents referred to in Schedule A to the certificate were confidences of the Queen's Privy Council for Canada.

This appeal concerns the meaning and extent of the privilege from disclosure of such confidences. The Court had to resolve the following issues: 1) whether the Motions Judge erred in not finding that the documents the respondent refused to produce should be the subject of a qualified privilege under sections 37 or 38 of the Act rather than the subject of an absolute privilege under section 39, and that, consequently, the claim of privilege could be subjected to judicial scrutiny; 2) whether section 39 of the Act infringes section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and 3) whether section 39 infringes section 15 of the Charter.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* MacGuigan J.A.: 1) The decision of the Supreme Court of Canada in *Carey v. Ontario*, cited by the appellants, may be considered as the most authoritative statement of the common

que prévoit l'art. 39 et le privilège restreint que prévoient les art. 37 et 38 — Seuls les renseignements intéressant le Cabinet dans le sens collégial du terme peuvent être l'objet d'un privilège absolu — Comme la décision sur les contingents mettait en cause deux ministres et que des documents ont été envoyés aux deux, ces documents bénéficiaient du privilège prévu à l'art. 39.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Droits à l'égalité — La majorité des appelants sont des particuliers, non des sociétés, et sont donc habilités à invoquer l'art. 7 de la Charte — Explication de la théorie du juge Lamer sur les droits protégés par l'art. 7 — Les droits en litige en l'espèce ne sont pas protégés par l'art. 7 — L'art. 39 de la Loi sur la preuve au Canada ne contrevient pas à l'art. 7 de la Charte — Le juge des requêtes a également eu raison de statuer que l'art. 39 ne contrevient pas à l'art. 15(1) de la Charte.*

Le présent appel faisait suite à une ordonnance par laquelle le juge en chef adjoint Jerome (juge des requêtes) a rejeté une requête en vue de la production de documents se rapportant au pouvoir discrétionnaire que peut exercer un ministre en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. La décision établissait un plan de répartition des contingents pour les œufs d'incubation et les poussins en fonction de la part du marché. Les documents que l'intimé refusait de produire étaient une note de service de la Direction générale des relations commerciales spéciales du ministère des Affaires extérieures, ainsi que tout autre document auquel avait fait référence le ministre désigné, le secrétaire d'État aux affaires extérieures, en rendant la décision sur les contingents. Dans une lettre adressée à l'avocat des appelants, l'avocat de l'intimé s'était engagé à produire un document que le ministère des Affaires extérieures avait envoyé au ministre; le lendemain, toutefois, il faisait volte-face. La décision sur les contingents avait en effet été prise non pas par le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, mais par le ministre du Commerce extérieur, avec l'autorisation de ce dernier. Le greffier du Conseil privé avait ensuite émis un certificat en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, indiquant que les documents mentionnés à l'annexe A dudit certificat constituaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

Cet appel concerne le sens et la portée du privilège de non-divulgence de tels renseignements confidentiels. La Cour avait à trancher les trois questions suivantes: 1) le juge des requêtes avait-il fait une erreur en ne concluant pas que les documents que l'intimé refusait de produire devaient être l'objet d'un privilège restreint en vertu des articles 37 ou 38 de la Loi, plutôt que d'un privilège absolu en vertu de l'article 39 et que, par conséquent, la revendication de privilège pouvait être soumise à un examen judiciaire; 2) l'article 39 de la Loi contrevient-il à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*; et 3) l'article 39 contrevient-il à l'article 15 de la Charte?

*Arrêt*: l'appel devrait être rejeté.

Le juge MacGuigan, J.C.A.: 1) La décision *Carey c. Ontario*, de la Cour suprême du Canada, que les appelants ont citée, peut être considérée comme l'exposé de la common law qui

law as to Crown privilege from disclosure but it was not determinative of a matter involving the *Canada Evidence Act*, the purpose of which statute may have been to modify the common law. The wording of section 39 of the Act is clear enough: where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council certifies in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information is to be denied without further examination. It is open to a Court to determine whether a certificate by a minister or the Clerk asserts a privilege in the terms provided for by the statute, but it cannot go behind the certificate and examine the documents. No memorandum to a single minister acting under statutory authority can amount to a Privy Council confidence, since section 39 makes it clear that only information that concerns the Cabinet in a collegial sense can qualify for absolute privilege. The appellants' argument failed not on the law but on the facts, as none of the documents for which the Clerk of the Privy Council claimed privilege was a discussion paper sent to a single minister.

Because the quota decision was actually made by the Minister of International Trade in the name of the Secretary of State for External Affairs, any documents in question were sent to both Ministers, and for that reason qualified for the section 39 privilege. It is not for courts to pronounce upon the organization of government departments, or the structure of ministerial decision-making. Once a litigant is unable to show that a certificate is clearly deficient, a Court cannot inquire any further into its *bona fides* and must respect the intent of Parliament to provide for exemption from judicial scrutiny in this special case. The decision in *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen* does not support the appellants' proposition that an undertaking by counsel to produce a document always takes priority over a statutory privilege. The statutory authority vested in ministers of the Crown and the Clerk of the Privy Council could not be overridden by a solicitor of the Crown; moreover, a court has a wide discretion to relieve a solicitor from a personal undertaking based on a mistake of fact. The cases cited by the appellants are distinguishable, in that they do not involve a statutory privilege.

2) It was held in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.* that corporations cannot take advantage of section 7 of the Charter which is limited to human beings. In this case, the majority of the appellants being individuals rather than corporations, they have standing to invoke section 7. The individual appellants argued that the use by the Crown of a certificate invoking absolute privilege under section 39 deprived them of the liberty of having the quota decision reviewed and controlled by the courts. In a recent Supreme Court of Canada case, *Lamer J.* broached the question of what interests are protected by section 7. His Lordship propounded a theory which

fait le plus autorité en ce qui concerne le privilège de non-divulgarion dont jouit la Couronne; on ne peut, cependant, considérer qu'il tranche une question mettant en cause la *Loi sur la preuve au Canada*, qui peut avoir pour objet de modifier la common law. Le libellé de l'article 39 de la Loi est suffisamment clair: lorsqu'un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé atteste par écrit que les informations demandées constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, la divulgation desdites informations doit être refusée sans autre examen. Il est loisible à un tribunal de décider si un certificat d'un ministre ou du greffier confère un privilège selon les conditions que prévoit la loi, mais il ne peut aller au-delà du certificat et examiner les documents en question. Une note de service adressée à un ministre unique agissant en vertu d'une autorisation législative ne peut équivaloir à un renseignement confidentiel du Conseil privé, car l'article 39 indique clairement que seuls les renseignements qui intéressent le Cabinet, dans le sens collégial du terme, peuvent faire l'objet d'un privilège absolu. C'est en raison des faits et non du droit que les appelants sont déboutés, car aucun des documents pour lesquels le greffier du Conseil privé avait invoqué un privilège n'était un document de travail envoyé à un ministre unique.

Comme c'est en fait le ministre du Commerce extérieur qui a pris la décision sur les contingents au nom du secrétaire d'État aux Affaires extérieures, les documents en question ont été envoyés aux deux ministres, et pour ce motif, ils remplissent les conditions voulues pour qu'un privilège soit invoqué en vertu de l'article 39. Il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur l'organisation de ministères ou sur la structure du processus de prise de décisions ministérielles. Quand une partie est incapable de faire la preuve qu'un certificat est manifestement incomplet, un tribunal ne peut aller plus avant pour en examiner le bien-fondé; il doit respecter l'intention qu'avait le législateur de prévoir, dans ce cas spécial, une exemption d'examen judiciaire. La décision rendue dans l'affaire *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine* n'étaye pas la thèse des appelants voulant que l'engagement d'un avocat de produire un document ait priorité en toutes circonstances sur un privilège d'origine législative. Un avocat de la Couronne ne pouvait outrepasser le pouvoir législatif qui était conféré à des ministres de la Couronne et au greffier du Conseil privé; par ailleurs, un tribunal jouit d'une grande latitude pour libérer un avocat d'un engagement personnel qui repose sur une erreur de fait. Les causes que les appelants ont citées sont différentes de la présente espèce en ce sens qu'il n'y est pas question d'un privilège d'origine législative.

2) Il a été décrété dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.* que les sociétés ne peuvent se prévaloir de l'article 7 de la Charte, qui ne s'applique qu'aux êtres humains. Dans la présente affaire, les appelants sont en majorité des particuliers, et non des sociétés, et ils sont donc habilités à invoquer cet article. Les particuliers appelants ont fait valoir que l'emploi, par la Couronne, d'un certificat invoquant un privilège absolu en vertu de l'article 39 les privait de la liberté de pouvoir soumettre la décision sur les contingents à l'examen et au contrôle des tribunaux. Dans une récente décision de la Cour suprême du Canada, le juge Lamer a traité de

attempts to unite the perspectives of the protected triad of rights (life, liberty and the security of the person) with the principles of fundamental justice. According to it, section 7 is implicated when physical liberty is restricted in any circumstances, when control over mental or physical integrity is exercised, or when the threat of punishment is invoked for non-compliance. There is nothing of that kind on the facts of the case at bar. The interest which the individual appellants wanted to assert is a shadowy traditional "right" of judicial review of administrative action in all cases. Section 7 of the Charter is therefore not infringed by section 39 of the Act.

3) The individual appellants submitted that section 39 gives the Crown, as party litigant, a right to suppress evidence, which right is not available to any other party litigant. The Federal Court of Appeal has stated in *Central Cartage* that section 15 of the Charter was not contravened by the provisions of section 39. Equality "before and under the law" and "without discrimination" are the two sides of the same coin, the former connoting the positive note, the existence of equality, the latter the negative, the absence of discrimination. The Trial Judge was correct in holding that section 39 does not infringe subsection 15(1) of the Charter.

*Per Hugessen J.A. (concurring in the result):* The invocation of section 39 of the *Canada Evidence Act* in the circumstances in question was debatable. The first category of protected information dealt with in section 37 covers the general "public interest" privilege against disclosure, while section 38 deals with situations in which Parliament has clearly decided that there is a higher public interest against disclosure. In both cases, there is a recognition of competing interests which are subjected to judicial weighing and balancing. The final determination is also subject to appeal. But in section 39, Parliament has decreed an absolute privilege with respect to confidences of the Queen's Privy Council for Canada, denying, by implication, that there can be any competing interest. Disclosure might clearly have been objected to under section 37, for there is an arguable public interest in maintaining confidentiality of communications between high functionaries and their ministers, or under section 38, since international trade is arguably a significant aspect of Canada's international relations. The only possible justification for the invocation of section 39 appears to be that the quota decision was in fact taken by the Minister of International Trade but with the concurrence of the Secretary of State for External Affairs. There was here a gross abuse of executive power, but one which Parliament has clearly intended to be beyond the reach of judicial scrutiny.

Although section 7 of the Charter was not engaged in this case since the appellants had no liberty interest at stake, had a question of life, liberty or security of the person been raised herein, the government would have been hard put to establish

la question des droits que protège l'article 7. Le juge a avancé une théorie qui tente d'unir les perspectives de la triade protégée de droits (la vie, la liberté et la sécurité de la personne) et les principes de justice fondamentale. Selon cette théorie, l'article 7 entre en jeu lorsque l'on restreint la liberté physique dans quelque circonstance que ce soit, lorsque l'on exerce un contrôle sur l'intégrité physique ou mentale ou lorsque l'on invoque la menace de sanctions dans les cas de violation. Les faits de la présente espèce n'indiquent rien de la sorte. Le droit que les particuliers appellants veulent faire valoir est un vague «droit» traditionnel d'examen judiciaire d'une mesure administrative dans tous les cas. L'article 39 de la Loi ne contrevient donc pas à l'article 7 de la Charte.

3) Les particuliers appellants ont fait valoir que l'article 39 confère à la Couronne, en tant que partie au litige, le droit de supprimer des éléments de preuve, droit dont aucune autre partie ne jouit. La Cour d'appel fédérale a déclaré dans l'affaire *Central Cartage* que les dispositions de l'article 39 n'enfreignent pas l'article 15 de la Charte. L'égalité «devant la loi» et «indépendamment de toute discrimination» sont en réalité les deux côtés d'une même médaille, le premier élément ayant une connotation positive, l'existence d'une égalité, le second élément une connotation négative, l'absence de discrimination. Le juge de première instance a eu raison de statuer que l'article 39 ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de la Charte.

Le juge Hugessen, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Dans les circonstances de l'espèce, l'invocation de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est discutable. La première catégorie de renseignements protégés sur laquelle porte l'article 37 couvre le privilège de non-divulgaration pour des raisons d'«intérêt public» en général, tandis que l'article 38 traite des situations où le législateur a jugé clairement que des raisons d'intérêt public supérieures s'opposent à la divulgation des renseignements. Dans les deux cas, on reconnaît l'existence d'intérêts opposés qui sont l'objet d'une appréciation et d'une pondération judiciaires. La décision finale est, elle aussi, susceptible d'appel. Cependant, à l'article 39, le législateur a décrété un privilège absolu pour les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, niant implicitement qu'il puisse exister un intérêt opposé quelconque. On aurait pu invoquer l'article 37 pour s'opposer à la divulgation des documents, car il existe au moins des raisons d'intérêt public défendables de préserver la confidentialité des communications entre les hauts fonctionnaires et les ministres, ou encore l'article 38, car il est possible de soutenir que le commerce extérieur est un aspect important des relations internationales du Canada. La seule justification possible de l'invocation de l'article 39 semble résider dans le fait que c'est le ministre du Commerce extérieur qui a effectivement pris la décision, mais avec l'assentiment du secrétaire d'État aux Affaires extérieures. Nous avons affaire ici à un abus flagrant du pouvoir exécutif, abus que le législateur a clairement envisagé de mettre hors de portée d'un examen judiciaire.

Bien que l'article 7 de la Charte ne soit pas en cause dans cette affaire, car le droit à la liberté des appellants n'est pas en jeu, si l'on avait soulevé en l'espèce une question quelconque concernant la vie, la liberté ou la sécurité de la personne, l'État

that section 39 is in compliance with the principles of fundamental justice. Absent a section 1 justification, the absolute prohibition and complete denial of any possibility of judicial review could not survive a properly launched Charter challenge.

aurait eu beaucoup de mal à faire valoir que l'article 39 est conforme aux principes de justice fondamentale. Sans la justification de l'article 1, l'interdiction absolue et le déni complet de toute possibilité d'examen judiciaire ne peuvent résister à une contestation fondée sur la Charte et légitimement introduite.

#### 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).  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 39.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15(1), 32(1).  
*Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 2, 5, 8(1), 14.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Workers' Compensation Act*, R.S.A. 1982, c. W-16.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 35 F.T.R. 160 (note); 109 N.R. 357 (C.A.); *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (T.D.); *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

##### DISTINGUISHED:

*Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; 61 B.C.L.R. 273; 15 Admin. L.R. 265; 16 C.R.R. 233 (B.C.S.C.).

#### 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.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15(1), 32(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 37, 38, 39.  
*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.3 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4).  
*Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), chap. E-19, art. 2, 5, 8(1), 14.  
*Workers' Compensation Act*, S.R.A. 1982, chap. W-16.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641; (1990), 71 D.L.R. (4th) 253; 45 Admin. L.R. 1; 35 F.T.R. 160 (note); 109 N.R. 357 (C.A.); *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917; (1983), 38 C.P.C. 182; 76 C.P.R. (2d) 192 (1<sup>re</sup> inst); *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293; (1985), 58 N.R. 295 (C.A.); *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385; 61 B.C.L.R. 273; 15 Admin. L.R. 265; 16 C.R.R. 233 (C.S.C.-B.).

## CONSIDERED:

*Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.) No. 2* (1987), 80 A.R. 207; 42 D.L.R. (4th) 649; [1987] 6 W.W.R. 217; 54 Alta. L.R. (2d) 97; 29 Admin. L.R. 82 (Q.B.).

## REFERRED TO:

*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Rudolph Wolff & Co. Ltd. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695; (1990), 106 N.R. 1; *Mullins v. Howell* (1879), 11 Ch.D. 763; *Uvanile v. Wawanese Mut. Ins. Co.* (1984), 44 C.P.C. 110; [1984] I.L.R. 1-1806 (Ont. H.C.); *Guinness Peat Properties Ltd. v. Fitzroy Robinson Partnership*, [1987] 1 W.L.R. 1027 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 17 ed., 1830, I.

## COUNSEL:

*John T. Pepall* for appellants.  
*Charleen H. Brenzall* and *J. E. Thompson, Q.C.*,  
for respondent Attorney General of Canada.

## SOLICITORS:

*Abraham, Duggan, Hoppe, Niman, Scott*,  
Toronto, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respon-  
dent Attorney General of Canada.

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

HUGESSEN J.A. (*concurring in the result*): I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared by my brother MacGuigan J.A. While I am in agreement with the disposition that he proposes, I have serious reservations which I find it necessary to express. The source of my reservations is two-fold.

In the first place, I am extremely concerned by the government's invocation of section 39 of the *Canada Evidence Act*<sup>1</sup> in the circumstances of this case. To understand my concern it is necessary to have in mind the scheme of sections 37, 38 and 39 which are grouped together under the heading "*Disclosure of Government Information*":

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. C-5.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.) No. 2* (1987), 80 A.R. 207; 42 D.L.R. (4th) 649; [1987] 6 W.W.R. 217; 54 Alta. L.R. (2d) 97; 29 Admin. L.R. 82 (Q.B.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Rudolph Wolff & Co. Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; (1990), 106 N.R. 1; *Mullins v. Howell* (1879), 11 Ch.D. 763; *Uvanile v. Wawanese Mut. Ins. Co.* (1984), 44 C.P.C. 110; [1984] I.L.R. 1-1806 (Ont. H.C.); *Guinness Peat Properties Ltd. v. Fitzroy Robinson Partnership*, [1987] 1 W.L.R. 1027 (C.A.).

## DOCTRINE

Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 17 ed., 1830, I.

## AVOCATS:

*John T. Pepall* pour les appelants.  
*Charleen H. Brenzall* et *J. E. Thompson, c.r.*,  
pour l'intimé, le procureur général du Canada.

## PROCUREURS:

*Abraham, Duggan, Hoppe, Niman, Scott*,  
Toronto, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé, le procureur général du Canada.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*): J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement de mon collègue, le juge MacGuigan, J.C.A. Je suis d'accord avec la décision qu'il propose, mais j'ai de sérieuses réserves qu'il me semble nécessaire d'exprimer. Ces réserves découlent de deux points.

Tout d'abord, que l'État invoque l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>1</sup> dans les circonstances de la présente espèce m'inquiète beaucoup. Pour comprendre cette inquiétude, il est nécessaire d'avoir à l'esprit le texte des articles 37, 38 et 39, tous trois réunis sous l'intitulé «*Divulgence de renseignements administratifs*»:

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), chap. C-5.

*Disclosure of Government Information*

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

(2) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a superior court, that court may examine or hear the information and order its disclosure, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

(3) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection (2) by

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

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

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

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

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

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

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

(7) Notwithstanding any other Act of Parliament,

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

(b) where leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the

*Divulgence de renseignements administratifs*

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

(2) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation, sous réserve des restrictions ou conditions qu'elle estime indiquées, si elle conclut qu'en l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

(3) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant le tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée conformément au paragraphe (2), sur demande, par:

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

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

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

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

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

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

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

(7) Nonobstant toute autre loi fédérale:

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

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la*

*Supreme Court Act* but within such time as the court that grants leave specifies.

38. (1) Where an objection to the disclosure of information is made under subsection 37(1) on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection 37(2) only by the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of the Court as the Chief Justice may designate to hear such applications.

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

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

(4) Subsection 37(6) applies in respect of appeals under subsection (3), and subsection 37(7) applies in respect of appeals from judgments made pursuant to subsection (3), with such modifications as the circumstances require.

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

(a) be heard *in camera*; and

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

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

39. (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;

*Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé le tribunal qui a autorisé l'appel.

38. (1) Dans les cas où l'opposition visée au paragraphe 37(1) se fonde sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la question peut être décidée conformément au paragraphe 37(2), sur demande, mais uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande.

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

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

(4) Le paragraphe 37(6) s'applique aux appels prévus au paragraphe (3) et le paragraphe 37(7) s'applique aux appels des jugements rendus en vertu du paragraphe (3), compte tenu des adaptations de circonstance.

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

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

39. (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 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) 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.

(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.

It can be seen that this scheme sets out an ascending hierarchy of protected categories. The first category, dealt with in section 37, covers the general "public interest" privilege against disclosure. It requires that the person objecting to disclosure specify the type of public interest which is claimed to be endangered; it then subjects that objection to a judicial examination to determine if the public interest in disclosure, which is at the foundation of our system of justice, outweighs the public interest on which the objection is based. The judicial balancing is required to be made by a superior court and is subject to appeal to the relevant court of appeal, and, with leave, to the Supreme Court of Canada.

Section 38 deals with situations in which Parliament has clearly decided that there is a higher public interest against disclosure. It applies when the objection is based on possible harm to Canada's international relations, national defence or security. The objection can only be determined by the Chief Justice

e) 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 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 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) 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 2b), 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.

Comme on peut le voir, il y a dans ce texte un ordre ascendant de catégories protégées. La première de ces catégories, sur laquelle porte l'article 37, couvre le privilège de non-divulgaration pour des raisons d'«intérêt public» en général. La disposition exige que la personne qui s'oppose à la divulgation des renseignements en question précise le type d'intérêt public qui serait en danger; elle soumet ensuite cette opposition à l'examen d'un tribunal afin qu'il soit déterminé si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation des renseignements, un élément qui est à la base de notre système de justice, ont préséance sur les raisons d'intérêt public sur lesquelles repose l'opposition. La décision doit être prise par une cour supérieure et elle est susceptible d'appel devant la cour compétente et, après autorisation, devant la Cour suprême du Canada.

L'article 38 traite des situations où le législateur a jugé clairement que des raisons d'intérêt public supérieures s'opposent à la divulgation des renseignements. Cet article s'applique lorsque l'opposition repose sur le motif que la divulgation pourrait être préjudiciable aux relations internationales ou à la

of this Court or a judge designated by him and the section contains special provisions to protect the security of the information which is the subject of the objection in the event that disclosure is not ordered. As in the case of section 37, however, there is a recognition that there are competing interests involved and they are subjected to judicial weighing and balancing. Similarly, the final determination is also subject to appeal.

Finally in section 39, Parliament has decreed an absolute privilege with respect to confidences of the Queen's Privy Council for Canada. The mere taking of the objection by the production of the requisite certificate forecloses not only the disclosure of the information sought but also any inquiry into whether or not the protected interest outweighs the interests of the administration of justice. Indeed the section, by implication, denies that there can be any competing interest. No judge of any court may question the fiat of a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council, no matter how insignificant the protected communication or how vital it may be to the proper resolution of a question before the Court.

We have some clues as to the nature of the documents objected to in this case. They may be briefly described as communications from senior civil servants to the responsible Minister regarding the proposed exercise of a ministerial discretion under the *Export and Import Permits Act*.<sup>2</sup>

Clearly disclosure might have been objected to under section 37, for there is at least an arguable public interest in maintaining confidentiality of communications between high functionaries and their ministers. Very likely the disclosure could also have been objected to under section 38, since the subject of international trade is at least arguably a significant aspect of Canada's international relations.

défense ou à la sécurité nationales. Seul le juge en chef de la Cour fédérale, ou un juge désigné par ce dernier, peut trancher la question, et l'article renferme des dispositions spéciales qui sont destinées à protéger la sécurité des renseignements que vise l'opposition au cas où il ne serait pas ordonné de les divulguer. Cependant, comme dans le cas de l'article 37, on reconnaît que les affaires de cette nature mettent en cause des intérêts opposés et ceux-ci sont soumis à une appréciation et à une pondération judiciaires. La décision finale est, elle aussi, susceptible d'appel.

Enfin, à l'article 39, le législateur a décrété un privilège absolu pour ce que l'on appelle les renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Le simple fait de s'opposer à la divulgation de tels renseignements en produisant le certificat requis empêche non seulement de divulguer les renseignements demandés mais aussi d'examiner si les intérêts protégés ont préséance ou non sur les intérêts de l'administration de la justice. En fait, l'article nie implicitement qu'il puisse exister un intérêt opposé quelconque. Aucun juge, de quelque cour que ce soit, ne peut mettre en doute l'ordonnance d'un ministre de la Couronne ou du greffier du Conseil privé, indépendamment de l'importance du document protégé ou de l'utilité de ce dernier pour ce qui est du règlement d'une question soumise à la Cour.

Dans l'affaire qui nous occupe ici, nous avons quelques indices sur la nature des documents dont on s'oppose à la divulgation. Il s'agit de documents que des hauts fonctionnaires ont adressés au ministre responsable au sujet de l'exercice proposé de son pouvoir discrétionnaire en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*.<sup>2</sup>

On aurait pu certainement invoquer l'article 37 pour s'opposer à la divulgation de ces documents, car il existe au moins des raisons d'intérêt public défendables de préserver la confidentialité des communications entre les hauts fonctionnaires et les ministres. On aurait fort probablement pu invoquer aussi l'article 38, car il est possible de soutenir au moins que le commerce extérieur est un aspect important des relations internationales du Canada.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. E-19.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), chap. E-19.

The objection, however, was in fact taken under section 39. The only possible justification for this appears to be in the wholly fortuitous circumstance that the internal organization of the Department of External Affairs was such that two Ministers were nominally responsible for the decision. It seems clear from the material that the decision was in fact taken by the Minister for International Trade, but that it required the concurrence of the Secretary of State for External Affairs. That fortuitous circumstance alone could serve to bring the documents within the ambit of paragraphs (d) and (e) of subsection 39(2), as certified by the Clerk of the Privy Council.

In the circumstances, we can, of course, only guess at the true nature of the documents objected to from the few bits of information available. If, however, I am correct in thinking that the documents are as I have described them to be, I consider this case to be a gross abuse of executive power, but one which Parliament, sadly, has clearly intended to be out of reach of judicial scrutiny.

My second reservation flows from the appellants' argument based upon 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.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. I am in full agreement with MacGuigan J.A.'s view that section 7 of the Charter is not engaged in this case; the appellants simply do not have any liberty interest at stake. If there were any question of life, liberty or security of the person raised in these proceedings, however, it seems to me that the government would be hard put to claim that section 39 is in compliance with the principles of fundamental justice.

Those principles as they relate to the question of "Crown privilege" were recently and forcefully stated by La Forest J. in *Carey v. Ontario*<sup>3</sup> [at page 654]:

In the end, it is for the court and not the Crown to determine the issue. This was recently re-affirmed by this Court in

<sup>3</sup> [1986] 2 S.C.R. 637.

Toutefois, c'est l'article 39 qui a été invoqué. La seule justification possible de cette mesure semble résider dans la circonstance tout à fait fortuite que le ministère des Affaires extérieures est structuré de façon telle que deux ministres étaient théoriquement chargés de prendre la décision applicable. D'après la documentation fournie, il semble évident que c'est en fait le ministre du Commerce extérieur qui a pris la décision, mais celle-ci exigeait l'assentiment du secrétaire d'État aux Affaires extérieures. Seule cette circonstance fortuite pourrait être invoquée afin de faire tomber les documents sous le coup des alinéas d) et e) du paragraphe 39(2), ainsi que l'a attesté le greffier du Conseil privé.

Dans les circonstances, nous ne pouvons bien sûr que supposer, à partir des quelques bribes d'information disponibles, quelle était la véritable nature des documents dont on s'opposait à la divulgation. Cependant, si les documents correspondent comme je le crois à la description que j'en ai faite, je considère que cette affaire constitue un abus flagrant du pouvoir exécutif, mais que, malheureusement, le législateur a clairement envisagé de mettre hors de portée d'un examen judiciaire.

Ma seconde réserve découle de l'argument que les appelants fondaient sur 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.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Je suis parfaitement d'accord avec l'opinion du juge MacGuigan, J.C.A., selon laquelle l'article 7 de la Charte n'est pas en cause dans cette affaire. Le droit à la liberté des appelants n'est tout simplement pas en jeu. Cependant, si l'on avait soulevé en l'espèce une question quelconque concernant la vie, la liberté ou la sécurité de la personne, il me semble que l'État aurait eu beaucoup de mal à faire valoir que l'article 39 est conforme aux principes de justice fondamentale.

Le juge La Forest, dans l'affaire *Carey c. Ontario*<sup>3</sup>, a énoncé récemment, et avec force, ces principes au sujet de la question du «privilege de la Couronne» [à la page 654]:

Il s'agit finalement d'une question qui est à trancher par le tribunal et non pas par Sa Majesté. Cette Cour l'a récemment

<sup>3</sup> [1986] 2 R.C.S. 637.

*Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686, to which I shall return. The opposite view would go against the spirit of the legislation enacted in every jurisdiction in Canada that the Crown may be sued like any other person. More fundamentally, it would be contrary to the constitutional relationship that ought to prevail between the executive and the courts in this country. [Emphasis added.]

Absent a section 1 justification, of which there is no question in the present record, I do not see how the absolute prohibition and complete denial of any possibility of judicial review could survive a properly launched Charter challenge.

Accordingly, I would, with reluctance, dispose of the matter as proposed by MacGuigan J.A.

\* \* \*

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

MACGUIGAN J.A.: This appeal from an order [T-2448-90] of Jerome A.C.J., acting as Motions Judge, made on June 17, 1991 (with reasons dated September 30, 1991 [not yet reported]) dismissing a motion for the production of documents brought by the appellants, concerns the meaning and extent of the privilege from disclosure of a confidence of the Queen's Privy Council for Canada under section 39 of the *Canada Evidence Act* (the "Act").

I

Section 39 of the Act (formerly section 36.3 of R.S.C. 1970, c. E-10 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4)) reads as follows:

39. (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

réaffirmé dans l'arrêt *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, dont je reparlerai. Retenir le point de vue contraire irait à l'encontre de l'esprit des lois adoptées par chaque législateur du Canada, prévoyant que Sa Majesté peut être poursuivie au même titre que n'importe quelle autre personne. Plus fondamentalement, ce point de vue serait incompatible avec les rapports qui, de par la Constitution, doivent exister entre le pouvoir exécutif et les tribunaux de notre pays. [C'est moi qui souligne.]

Sans la justification de l'article premier, ce dont il n'est nullement question en l'espèce, je ne vois pas comment l'interdiction absolue et le déni complet de toute possibilité d'examen judiciaire pourraient résister à une contestation fondée sur la Charte et légitimement introduite.

Je suis donc d'avis, à mon corps défendant toutefois, de trancher la question comme le juge MacGuigan, J.C.A. l'a proposé.

\* \* \*

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Le présent appel, qui fait suite à une ordonnance [T-2448-90] rendue le 17 juin 1991 (motifs datés du 30 septembre 1991 [encore inédite]) par laquelle le juge en chef adjoint Jerome, agissant comme juge des requêtes, a rejeté la requête des appelants qui désiraient obtenir que certains documents soient produits, concerne le sens et la portée du privilège de non-divulgence d'un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* (ci-après appelée la «Loi»).

I

L'article 39 de la Loi (anciennement l'article 36.3, S.R.C. 1970, chap. E-10 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4)) est conçu comme suit:

39. (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) 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.

(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.

The privilege from disclosure granted to the Crown under section 39 is absolute. Section 37 of the Act provides for qualified privilege: a minister of the Crown or other person interested may object to the disclosure of information, but it is left to the discretion of a superior court judge to determine, after examination, whether the information should be disclosed, and, if so, subject to what restrictions or conditions. Where objection to the disclosure of information is taken on grounds that the disclosure would be injurious to international relations, or national defence, or security, section 38 provides that the objection may be determined only by a judge of the Federal Court of Canada, designated by the Chief Justice of that Court.

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 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) 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.

Le privilège de non-divulgence accordé à la Couronne en vertu de l'article 39 est absolu. L'article 37 prévoit un privilège restreint: un ministre de la Couronne ou une autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements, mais il est laissé à la discrétion d'un juge d'une cour supérieure de déterminer, après avoir étudié la question, s'il convient ou non de divulguer les renseignements en question et, dans l'affirmative, avec quelles restrictions ou dans quelles conditions. Dans les cas où l'opposition repose sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales, l'article 38 porte que seul un juge de la Cour fédérale du Canada, désigné par le juge en chef de cette dernière, peut trancher la question.

The documents in question in the case at bar relate to a ministerial discretion exercised pursuant to the *Export and Import Permits Act*. Section 5 of that Act permits the Governor in Council to establish a list of goods subject to import control called an "Import Control List". By subsection 8(1) of that Act, the designated minister is empowered to issue import permits as follows:

8. (1) The Minister may issue to any resident of Canada applying therefor a permit to import goods included in an Import Control List, in such quantity and of such quality, by such persons, from such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations.

"Minister" is defined in the interpretation section of that Act (section 2) as follows:

2. . . .

"Minister" means such member of the Queen's Privy Council for Canada as is designated by the Governor in Council as the Minister for the purposes of this Act;

The Minister designated by the Governor in Council for the purposes of the *Export and Import Permits Act* is the Secretary of State for External Affairs (Appeal Book II, at page 51). Section 14 of that Act forbids the importation of "any goods included in an Import Control List except under the authority of and in accordance with an import permit issued under this Act."

The substantive proceeding in this case is an application for an order in the nature of *certiorari* and *mandamus* under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] with respect to the ministerial decision set out in Notice to Importers No. 375, dated May 8, 1989, establishing a scheme to allocate the issuance of import quotas for hatching eggs and chicks on the basis of market share ("the quota decision" at Appeal Book II, at pages 152-158).

The present proceeding is a motion for the production of a memorandum of the Special Trade Relations Bureau of the Department of External Affairs and any other documents referred to by the designated Minister in making the quota decision, an issue which arose out of the cross-examination on affidavit

Les documents dont il est question en l'espèce se rapportent au pouvoir discrétionnaire que peut exercer un ministre en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. L'article 5 de cette Loi permet au gouverneur en conseil de dresser une liste de marchandises assujetties au contrôle des importations, appelée «Liste de marchandises d'importation contrôlée». En vertu du paragraphe 8(1) de cette Loi, le ministre désigné est habilité à délivrer des licences d'importation comme suit:

8. (1) Le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence pour l'importation de marchandises figurant sur la liste des marchandises d'importation contrôlée, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés.

Le mot «ministre» est défini en ces termes à l'article interprétatif de ladite Loi (article 2):

2. . . .

«ministre» Le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada chargé par le gouverneur en conseil de l'application de la présente loi.

Aux fins de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, le ministre désigné par le gouverneur en conseil est le secrétaire d'État aux Affaires extérieures (dossier d'appel II, à la page 51). L'article 14 de cette Loi interdit d'importer «des marchandises d'importation contrôlée si ce n'est sous l'autorité d'une licence d'importation délivrée en vertu de la présente loi et conformément à une telle licence.»

La procédure de fond dans cette affaire est une requête sollicitant une ordonnance de *certiorari* et de *mandamus* en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] relativement à une décision ministérielle mentionnée dans l'Avis aux importateurs n° 375, daté du 8 mai 1989, laquelle établissait un plan de répartition des contingents pour les œufs d'incubation et les poussins en fonction de la part du marché («la décision sur les contingents», dossier d'appel II, aux pages 152 à 158).

La présente procédure est une requête sollicitant la production d'une note de service de la Direction générale des relations commerciales spéciales du ministère des Affaires extérieures, ainsi que de tout autre document auquel a fait référence le ministre désigné dans la décision sur les contingents; cette

of Pierre Gosselin, an affiant for the respondent, when on legal advice he refused to produce any such documents (Cross-examination on affidavit of Pierre Gosselin, November 27, 1990, at pages 5 f.; particularly at Question 21).

Subsequently, in a letter dated January 15, 1991, counsel for the respondent wrote to counsel for the appellants as follows, undertaking to produce a document sent by the Department of External Affairs to the Minister, while claiming privilege for another (Appeal Book I, at pages 29-30):

As you know, Mr. Gosselin refused on his cross-examination to produce any documents which flowed between the Department and the Minister which are relevant to this application. In addition, Mr. Gosselin took under advisement whether studies existed within the Department in support of the recommendation made by Mr. Crosby [the Minister for International Trade]. I may now report that the Department has no studies in support of the import quota allocation scheme and that there is one document sent to the Minister. This latter document may be made available for purposes of litigation only as it contains material sensitive to international trade. I confirm that you undertake to receive it and hold it private and confidential but may refer to it during this litigation as necessary.

Finally, there is one Cabinet document for which the Respondent makes objection under s. 39 of the *Canada Evidence Act* and for which a Certificate in writing will be produced in due course. This document is a discussion paper and record as described in that section of the *Canada Evidence Act*.

In a further letter, the next day, counsel for the respondent reversed himself (Appeal Book I, at page 28):

In my letter to you of January 15, 1991 in this matter, I indicated that there is a government document that the Crown is prepared to disclose and indicated the Crown would disclose it under an undertaking to hold it private and confidential.

However, I must inform you that our opinion has been revised with respect to this particular document and I now must inform you that s. 39 of the *Canada Evidence Act* applies to it. I will provide a Certificate for it at the same time as the other Certificate I have indicated would be forthcoming. I anticipate that I will have the Certificates available sometime next week.

The explanation for this change of mind respecting the production of the document by counsel for the

question a surgi lors du contre-interrogatoire de M. Pierre Gosselin au sujet de son affidavit qu'il a déposé pour le compte de l'intimé, quand, à la suite d'un avis juridique, il a refusé de produire ces documents (contre-interrogatoire de Pierre Gosselin au sujet de son affidavit, 27 novembre 1990, aux pages 5 et s., notamment à la Question 21).

Par la suite, dans une lettre datée du 15 janvier 1991, l'avocat de l'intimé a écrit le texte qui suit à l'avocat des appelants, s'engageant à produire un document que le ministère des Affaires extérieures avait envoyé au ministre, et invoquant, pour un autre document, le privilège de non-divulgence (dossier d'appel I, aux pages 29 et 30):

[TRADUCTION] Comme vous le savez, M. Gosselin a refusé lors de son contre-interrogatoire de produire l'un quelconque des documents s'appliquant à la présente requête que le Ministère et le ministre s'étaient échangés. En outre, M. Gosselin a soigneusement vérifié s'il existait au Ministère des études qui étaient la recommandation de M. Crosby [le ministre du Commerce extérieur]. Je puis maintenant dire que le Ministère ne dispose d'aucune étude étayant le plan de répartition des contingents d'importation, et qu'il existe un document qui a été envoyé au ministre. Ce document ne peut être consulté que pour les besoins d'une action en justice car les renseignements qu'il renferme peuvent s'avérer préjudiciables au commerce extérieur. Je confirme que vous vous engagez à recevoir ce document et à en préserver la confidentialité, et que vous pouvez vous y reporter, au besoin, durant la présente action.

Enfin, il y a un document du Cabinet à la divulgation duquel l'intimé s'oppose en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* et pour lequel une attestation écrite sera produite au moment opportun. Il s'agit d'un document de travail et d'information, tel que décrit dans cet article de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Dans une autre lettre, envoyée le jour suivant, l'avocat de l'intimé faisait volte-face (dossier d'appel I, à la page 28):

[TRADUCTION] Dans la lettre que je vous ai fait parvenir le 15 janvier 1991 au sujet de la présente affaire, j'ai dit qu'il y avait un document administratif que la Couronne était disposée à divulguer, à la condition de vous engager à en préserver la confidentialité.

Je dois toutefois vous informer que nous avons changé d'avis au sujet de ce document et que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* s'y applique. Je fournirai une attestation pour ce document en même temps que l'autre attestation que vous allez recevoir. Ces deux documents devraient être prêts la semaine prochaine.

C'est en lisant attentivement la documentation que l'on comprend pourquoi l'avocat de l'intimé a changé

respondent becomes apparent from a close reading of the materials. At the time of the letter of January 15, 1991, counsel believed that the quota decision had been made by the Secretary of State for External Affairs, upon the recommendation of the Minister for International Trade, as is evident from the letter itself (Appeal Book I, at page 29):

[T]he Minister designated by the *Export and Import Permits Act*, (and the Minister who issued the Notice to Importers dated May 8, 1989), is the Secretary of State for External Affairs. Under the *Department of External Affairs Act*, the Minister for International Trade is designated to assist the Minister of State in his duties. In this case, the Minister of International Trade recommended the allocation of import quota as in the Notice to Importers, to the Secretary of State for External Affairs. After this recommendation was accepted, the Notice to Importers was issued.

This turned out not to be the case, as is revealed by a letter of May 2, 1991, from counsel for the respondent to counsel for the appellants:<sup>4</sup>

In the letter dated January 15, 1991 from this office, it is stated that the decision was made by the Minister designated under the *Export and Import Permits Act* upon the recommendation of the Minister of International Trade.

However, after further clarification, it is apparent that the decision on quota itself was made by Mr. Crosby [the Minister for International Trade].

Pursuant to section 3 of the *Department of External Affairs Act*, the Minister for International Trade assists the Secretary for External Affairs in carrying out the latter's responsibilities relating to international trade. Section 5 of the same Act provides that the Minister for International Trade shall act with the concurrence of the Secretary of State for External Affairs in carrying out his responsibilities. In this case, a memorandum recommending the principles for the allocation of the import quota was prepared by the Special Trade Relations Bureau of the Department of External Affairs and was sent to both Ministers. Acting under the authority of sections 3 and 5, the Minister for International Trade reached the decision to allocate the import quota in the manner set out in Notice to Importers 375. Subsequently, import permits were issued pursuant to section 8 of the *Export and Import Permits Act* under the authority of the Secretary of State of External Affairs.

<sup>4</sup> This letter was not included in the Appeal Book, but is in the Court file as exhibit A to the affidavit of Steven Accette, sworn May 24, 1991. This affidavit was before the Trial Judge, and was accepted by both parties before us.

d'avis au sujet de la production du document en question. Au moment de la rédaction de sa lettre du 15 janvier 1991, l'avocat croyait que c'était le secrétaire d'État aux Affaires extérieures qui, à la suite de la recommandation du ministre du Commerce extérieur, avait pris la décision sur les contingents, comme en fait foi la lettre elle-même (dossier d'appel I, à la page 29):

[TRADUCTION] Le ministre que désigne la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (et celui qui a émis l'Avis aux importateurs daté du 8 mai 1989) est le secrétaire d'État aux Affaires extérieures. Selon la *Loi sur le ministère des Affaires extérieures*, le ministre du Commerce extérieur est chargé d'assister le ministre d'État dans ses fonctions. Dans l'affaire qui nous occupe ici, le ministre du Commerce extérieur a recommandé au secrétaire d'État aux Affaires extérieures la répartition des contingents d'importation de la manière indiquée dans l'Avis aux importateurs. Cet Avis a été émis après que cette recommandation a été acceptée.

Il s'est avéré que ce n'était pas le cas, comme le révèle une lettre du 2 mai 1991, adressée par l'avocat de l'intimé à l'avocat des appellants<sup>4</sup>:

[TRADUCTION] Dans la lettre que nous vous avons envoyée le 15 janvier 1991, il est dit que le ministre désigné en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* a pris la décision sur les contingents à la suite de la recommandation du ministre du Commerce extérieur.

Il semble cependant, après avoir obtenu de plus amples éclaircissements, que c'est M. Crosby [le ministre du Commerce extérieur] qui a pris la décision sur les contingents.

Conformément à l'article 3 de la *Loi sur le ministère des Affaires extérieures*, le ministre du Commerce extérieur aide le secrétaire d'État aux Affaires extérieures à exécuter ses responsabilités en matière de commerce extérieur. L'article 5 de ladite Loi prévoit que le ministre du Commerce extérieur doit agir avec l'accord du secrétaire d'État aux Affaires extérieures en exécutant ses responsabilités. Dans l'affaire qui nous occupe ici, la Direction générale des relations commerciales spéciales du ministère des Affaires extérieures a rédigé une note de service recommandant les principes à suivre pour la répartition des contingents d'importation; cette note de service a été envoyée aux deux ministres. Le ministre du Commerce extérieur, agissant en vertu des articles 3 et 5, a pris la décision de répartir le contingent d'importation de la manière indiquée dans l'Avis aux importateurs n° 375. Des licences d'importation ont ensuite été délivrées, conformément à l'article 8 de la

<sup>4</sup> Cette lettre ne figure pas dans le dossier d'appel, mais elle se trouve dans le dossier de la Cour, en tant que pièce A accompagnant l'affidavit de Steven Accette, assermenté le 24 mai 1991. Cet affidavit a été soumis au juge de première instance, et les deux parties qui ont comparu devant nous l'ont accepté.

An affidavit by a fellow government counsel makes it clear that it was this factual discovery by counsel for the respondent which led to his change of mind on disclosure (Appeal Book II, at page 179):

7. On January 15, 1991, Mr. Parke [counsel for the respondent] wrote to Mr. Stott that one document, previously refused at Q. 21, would be disclosed on Mr. Stott's undertaking to receive it and hold it confidential. . . .

8. I am informed by Mr. Parke and believe that the intent to disclose was based on a misunderstanding by Mr. Parke as to the persons to whom the document was originally delivered and that, on a further review, disclosure was again refused as a confidence of the Queen.

After this change of mind, a section 39 certificate dated January 24, 1991, was issued by Paul M. Tellier, Clerk of the Privy Council, to the effect that the documents referred to in Schedule A to the certificate were confidences of the Queen's Privy Council for Canada for the reasons set out in the Schedule, that neither paragraphs (a) nor (b) of subsection 39(4) applied to the documents, and that he objected both to the disclosure of the documents and to the giving of oral evidence on the contents of the documents. Schedule A to the certificate is as follows (Appeal Book I, at page 42):

1. Document 1 is a copy of 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) within the meaning of paragraph 39(2)(e) of the said Act.
2. Document 2 is a copy of 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 within the meaning of paragraph 39(2)(d) of the said Act.
3. Document 3 is a copy of 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) within the meaning of paragraph 39(2)(e) of the said Act.

As an alternative to the production of the documents referred to by the designated Minister in mak-

*Loi sur les licences d'exportation et d'importation, avec l'autorisation du secrétaire d'État aux Affaires extérieures.*

Un affidavit d'un confrère-avocat du gouvernement montre clairement que c'est cette découverte de fait de l'avocat de l'intimé qui a mené à ce changement d'avis au sujet de la divulgation (dossier d'appel II, à la page 179):

[TRADUCTION] 7. Le 15 janvier 1991, M. Parke [l'avocat de l'intimé] a écrit à M. Stott qu'un document, dont la divulgation avait été auparavant refusée [Question 21], serait divulgué à la condition que M. Stott s'engage à le recevoir et à en préserver la confidentialité. . . .

8. M. Parke m'a fait savoir, et je crois aussi, que l'intention de divulguer le document reposait sur une méprise de ce dernier quant aux personnes auxquelles le document avait été initialement signifié et que, après un examen plus approfondi, on s'est de nouveau opposé à la divulgation du document à titre de renseignements confidentiels de la Reine.

Après ce changement d'avis, Paul M. Tellier, greffier du Conseil privé, avait émis un certificat en vertu de l'article 39, en date du 24 janvier 1991, où il était indiqué que les documents mentionnés à l'annexe A dudit certificat constituaient des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada, et ce pour les motifs exposés à l'annexe en question, que ni l'alinéa a) ni l'alinéa b) du paragraphe 39(4) ne s'appliquaient aux documents et qu'il s'opposait à ce que l'on divulgue les documents en question et que l'on témoigne oralement sur leur teneur. Le texte de l'annexe A du certificat est le suivant (dossier d'appel I, à la page 42):

- [TRADUCTION] 1. Le document numéro 1 est une copie d'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 de communications ou discussions visées à l'alinéa d) au sens de l'alinéa 39(2)e) de ladite Loi.
2. Le document numéro 2 est une copie 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 au sens de l'alinéa 39(2)d) de ladite Loi.
3. Le document numéro 3 est une copie d'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) au sens de l'alinéa 39(2)e) de ladite Loi.

Comme solution de rechange à la production des documents auxquels avait fait référence le ministre

ing the quota decision, the appellants sought to cross-examine the Clerk of the Privy Council on his certificate, or in the further alternative, to subpoena the designated Minister to testify as to the matters in issue.

The learned Motions Judge came to the following conclusion, based in considerable part upon the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.*, [1990] 2 F.C. 641 (C.A.) (Appeal Book II, at page 216):

I conclude, therefore, that section 39 of the *Canada Evidence Act* is constitutionally sound, that the certificate of Mr. Tellier on its face meets the requirements set out in section 39, and that the solicitor's undertaking in this instance does not warrant disclosure of information that has not already been disclosed to the applicants and for which privilege has not been waived. The applicant's arguments have in large part been addressed by the Court of Appeal in *Central Cartage Co.* and I do not find any circumstances upon which this matter may be distinguished. Accordingly, I am bound by the clear and unambiguous reasoning therein.

## II

The first attack by the appellants on the decision of the Motions Judge was that he erred in not finding that on the evidence, the documents the respondent refused to produce could not be the subject of a certificate under section 39 of the Act, which grants absolute privilege to the Crown, but rather had to be the subject of qualified privilege under sections 37 or 38 of the Act, and that, consequently, the claim of privilege could be subjected to judicial scrutiny.

In support of this argument, the appellants cited *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, where the Supreme Court of Canada ordered disclosure of government documents for the Court's inspection. Since this case involved the Government of Ontario, the provisions of the *Canada Evidence Act* were not applicable. The case may therefore be considered to be the most authoritative statement of the common law in this area of Crown privilege from disclosure. La Forest J., speaking for a unanimous Court, stated (at page 659) that "[t]he idea that Cabinet documents should be absolutely protected from disclosure has in

désigné en prenant la décision sur les contingents, les appelants ont cherché à contreinterroger le greffier du Conseil privé sur son certificat ou, encore, à citer à comparaître le ministre désigné pour qu'il témoigne sur les points en litige.

Le juge des requêtes est arrivé à la conclusion suivante, en se fondant dans une grande mesure sur la décision de la présente Cour dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.*, [1990] 2 C.F. 641 (C.A.) (dossier d'appel II, à la page 216):

Par conséquent, la constitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* est confirmée, le certificat émis par M. Tellier, d'après son libellé, rencontre les exigences de l'article 39 et finalement, malgré l'engagement du procureur dans cette affaire il n'est pas permis de divulguer des informations qui n'ont pas déjà été divulguées aux parties demandereses pour lesquelles la Couronne n'a pas renoncé à son privilège. Les arguments des parties demandereses ont déjà été en grande partie examinés par la Cour d'appel dans l'affaire *Central Cartage Co.* et à mon avis, la présente affaire ne s'en distingue d'aucune manière. Par conséquent, je suis lié par le raisonnement clair et non ambigu de cet arrêt.

## II

Le premier point que les appelants contestent au sujet de la décision du juge des requêtes est qu'il s'est trompé en ne concluant pas que, selon la preuve, les documents que l'intimé refusait de produire ne pouvaient être l'objet d'un certificat en vertu de l'article 39 de la Loi, lequel accorde à la Couronne un privilège absolu, mais qu'ils devaient plutôt être l'objet d'un privilège restreint en vertu des articles 37 ou 38 de la Loi, et que, par conséquent, la revendication de privilège pourrait être soumise à un examen judiciaire.

Les appelants ont cité à l'appui de cet argument l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, où la Cour suprême du Canada a ordonné que des documents administratifs soient divulgués afin que la Cour puisse les examiner. Comme cette affaire mettait en cause le gouvernement de l'Ontario, les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'appliquaient pas. On peut donc considérer que, en ce qui concerne le privilège de non-divulgaration de la Couronne, cet arrêt est l'exposé de la common law qui fait le plus autorité. S'exprimant au nom d'une Cour unanime, le juge La Forest a décrété (à la page 659)

recent years shown considerable signs of erosion.” He further declared (at pages 653-654):

The public interest in the non-disclosure of a document is not, as Thorson J.A. noted in the Court of Appeal, a Crown privilege. Rather it is more properly called a public interest immunity, one that, in the final analysis, is for the court to weigh. The court may itself raise the issue of its application, as indeed counsel may, but the most usual and appropriate way to raise it is by means of a certificate by the affidavit of a Minister or where, as in this case, a statute permits it or it is otherwise appropriate, of a senior public servant. The opinion of the Minister (or official) must be given due consideration, but its weight will vary with the nature of the public interest sought to be protected. And it must be weighed against the need of producing it in the particular case.

In the end, it is for the court and not the Crown to determine the issue. . . . The opposite view would go against the spirit of the legislation enacted in every jurisdiction in Canada that the Crown may be sued like any other person. More fundamentally, it would be contrary to the constitutional relationship that ought to prevail between the executive and the courts in this country.

While *Carey* represents a very important statement of the common law, it cannot, in my view, be considered to be determinative of the law found in the *Canada Evidence Act*, since the purpose of statute law may well be to modify the common law rather than to declare it. Everything depends on the wording of the particular statute, considered in its total context.

The wording of section 39 of the Act seems to me to be clear enough: an objection to the disclosure of information by a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council is determinative of the matter where the minister or the Clerk certifies in writing that the information constitutes a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada; in that case disclosure of the information is to be denied without further examination.

As Strayer J. said in *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1983] 1 F.C. 917 (T.D.) at pages 929-931, and as was reinforced by this Court in *Central Cartage*,

que «[d]epuis quelques années, l’idée que les documents du Cabinet doivent jouir d’une protection absolue contre la divulgation semble être nettement en perte de vitesse». Et d’ajouter (aux pages 653 et 654):

Comme le juge Thorson l’a souligné en Cour d’appel, l’intérêt du public à ce qu’un document ne soit pas communiqué ne constitue pas un privilège de la Couronne. Il s’agit plus exactement d’une immunité d’intérêt public, d’une immunité qui, en dernière analyse, relève de l’appréciation du tribunal. Celui-ci peut lui-même soulever la question de son applicabilité, comme le peut d’ailleurs l’avocat, mais la façon la plus commune et la plus appropriée de la faire est au moyen d’un certificat sous la forme d’un affidavit d’un ministre ou d’un haut fonctionnaire lorsque, comme en l’espèce, c’est autorisé par une loi ou c’est par ailleurs indiqué. L’avis du ministre (ou du fonctionnaire) doit dûment entrer en ligne de compte, mais son poids variera en fonction de la nature de l’intérêt public que l’on cherche à protéger. Son avis doit en outre être considéré par rapport à la nécessité de produire le document dans l’affaire en question.

Il s’agit finalement d’une question qui est à trancher par le tribunal et non pas par Sa Majesté. . . . Retenir le point de vue contraire irait à l’encontre de l’esprit des lois adoptées par chaque législateur du Canada, prévoyant que Sa Majesté peut être poursuivie au même titre que n’importe quelle autre personne. Plus fondamentalement, ce point de vue serait incompatible avec les rapports qui, de par la Constitution, doivent exister entre le pouvoir exécutif et les tribunaux de notre pays.

Si l’arrêt *Carey* représente un exposé très important de la common law, on ne peut considérer, à mon avis, qu’il détermine les règles juridiques qui figurent dans la *Loi sur la preuve au Canada*, car il se peut fort bien qu’un texte législatif ait pour objet de modifier la common law plutôt que de l’énoncer. Tout dépend du libellé de la loi en particulier, vu dans son contexte entier.

Le libellé de l’article 39 de la Loi m’apparaît suffisamment clair: le fait qu’un ministre de la Couronne ou le greffier du Conseil privé se soient opposés à la divulgation de renseignements tranche la question lorsque le ministre ou le greffier attestent par écrit que les informations demandées constituent des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada; dans ce cas, la divulgation des informations doit être refusée sans autre examen.

Comme l’a indiqué le juge Strayer dans l’affaire *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1983] 1 C.F. 917 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 929 à 931, et ainsi que l’a renforcé

*supra*, it is surely open to a court to determine whether a certificate by a minister or the Clerk asserts a privilege in the terms allowed by the statute, but a court cannot go behind the certificate and examine the documents. The matter was put this way by Iacobucci C.J. for this Court in *Central Cartage* (at pages 652-653) where the Clerk of the Privy Council had objected to the disclosure of eight documents by issuing a certificate under what is now section 39:

It appears clear that Parliament intended by passing section 36.3 [now section 39] that the determination of whether any information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council is to be made by a Minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council. Subject only to compliance with the express requirements of the section, the decision of the Minister or the Clerk, as certified in writing by him or her, is not subject to review by any court. The court cannot go behind the certificate and examine the documents as it can under sections 36.1 [now section 37] and 36.2 [now section 38] of the *Canada Evidence Act*. However, it is open to a court to see whether the certificate on its face asserts a privilege within the statutory limitations on claims for privilege by the executive.

The extrinsic evidence which the appellants urged us to take into account here was not contained in the documents but in the affidavit evidence and in the testimony of Gosselin on cross-examination. I am prepared to accept for the sake of argument, without deciding, that a court might consider such evidence, where sufficiently clear, in relation to the assertions made by the certificate, but in my opinion the available evidence does not assist the appellants in the case at bar.

The appellants' contention, in a nutshell, is thus: that no memorandum to a single minister acting under statutory authority can amount to a Privy Council confidence, because the definition of such a confidence in subsection 39(2) includes only matters which concern the whole of the Privy Council, a

la présente Cour dans l'affaire *Central Cartage*, précitée, il est certainement loisible à un tribunal de décider si un certificat d'un ministre ou du greffier renferme une allégation de privilège selon les conditions qu'autorise la loi, mais un tribunal ne peut aller au-delà du certificat et examiner les documents en question. Le juge en chef Iacobucci, de la présente Cour, a exprimé comme suit ce principe dans l'affaire *Central Cartage* (aux pages 652 et 653), où le greffier du Conseil privé s'était opposé à la divulgation de huit documents en émettant un certificat aux termes de ce qui est aujourd'hui l'article 39:

Il semble évident que, lorsqu'il a adopté l'article 36.3, le Parlement désirait confier à un ministre de la Couronne ou au greffier du Conseil privé le soin de déterminer si un renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé pour la Reine. La décision du ministre ou du greffier, que celui-ci atteste par écrit, ne peut faire l'objet d'un examen par un tribunal, pourvu, et c'est là la seule restriction, que les exigences explicites de cette disposition soient respectées. La cour ne peut aller au-delà du libellé du certificat et examiner les documents comme elle peut le faire sous le régime des articles 36.1 [aujourd'hui l'article 37] et 36.2 [aujourd'hui l'article 38] de la Loi sur la preuve au Canada. Toutefois, il est loisible à un tribunal de déterminer si, à première vue, le certificat renferme une allégation de privilège selon les limites législatives concernant les revendications de privilège par l'exécutif.

La preuve extrinsèque dont les appelants nous ont demandé avec insistance de tenir compte en l'espèce ne figurait pas dans les documents mais dans la preuve par affidavit et le témoignage qu'avait fait M. Gosselin en contre-interrogatoire. Je suis disposé à admettre à titre d'exemple, sans me prononcer de quelque manière sur la question, qu'un tribunal pourrait prendre en considération une preuve de ce genre, si elle est suffisamment claire, par rapport à ce qui est déclaré dans le certificat; à mon avis, toutefois, les éléments de preuve dont on dispose en l'espèce n'aident pas les appelants.

La prétention des appelants est, en bref, la suivante: une note de service adressée à un ministre unique agissant en vertu d'une autorisation législative ne peut équivaloir à un renseignement confidentiel du Conseil privé, car, au paragraphe 39(2), la définition d'un tel renseignement n'englobe que les questions

committee of Council, or at a minimum more than one minister.<sup>5</sup>

I am prepared to accept that contention. As Strayer <sup>a</sup> J. put it in *Smith, Kline & French* (at page 930):

While subsection 36.3(2) [now subsection 39(2)] does not purport to be an exhaustive definition, it is hard to imagine that <sup>b</sup> materials which are implicitly but clearly excepted from the listed categories of documents could be regarded as still within the general term "confidence of the Queen's Privy Council."

Although a minister may be said to act as a privy councillor in every official action, that is not the test for privilege provided by the Act. Section 39 makes it clear, it seems to me, that only information that concerns the Cabinet<sup>6</sup> in a collegial sense can qualify for absolute privilege. Otherwise, information relating to the official duties of privy councillors who are former ministers but no longer members of the Cabinet, or those who have never been ministers, such as members of the Security Intelligence Review Committee, would also enjoy absolute privilege. Such an interpretation would provide, I believe, a gratuitous and unwarranted extension of absolute privilege. <sup>c</sup>

It is not on the law that the appellants fail, but on the facts. Their law is right, their facts deficient. They hypothesized a discussion paper sent to a single minister, based on a mere supposition made by Gosselin during cross-examination on his affidavit (at pages 5-6, questions 19 and 20), a supposition which subsequently turned out not to be true, as none of the documents for which the Clerk of the Privy Council claimed privilege was such a memorandum. <sup>d</sup>

<sup>5</sup> I do not treat the appellants' argument in relation to paragraph 39(4)(b) since it has no meaning unless privilege is sought under paragraph 39(2)(b), which is not the case here.

<sup>6</sup> The Cabinet is, of course, technically only a committee of the Privy Council.

qui intéressent l'ensemble du Conseil privé, un comité du Conseil ou, à tout le moins, plus d'un ministre<sup>5</sup>.

Je suis disposé à souscrire à cette prétention. Comme l'a dit le juge Strayer dans l'affaire *Smith, Kline & French* (à la page 930):

Bien que la définition contenue au paragraphe 36.3(2) [39(2)] aujourd'hui ne soit pas censée être exhaustive, il est difficile d'imaginer qu'on pourrait considérer que les documents qui sont implicitement mais manifestement exclus des catégories de documents qui y sont énumérées sont encore visés par l'expression générale «renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine». <sup>e</sup>

Bien que l'on puisse dire d'un ministre qu'il agit comme conseiller privé dans toute activité officielle, il ne s'agit pas là du critère qui s'applique au privilège prévu par la Loi. Il ressort clairement de l'article 39, selon moi, que seuls les renseignements qui intéressent le Cabinet<sup>6</sup> dans le sens collégial du terme peuvent faire l'objet d'un privilège absolu. Sinon, les renseignements relatifs aux fonctions officielles de <sup>f</sup> conseillers privés qui sont d'anciens ministres ne faisant plus partie du Cabinet, ou de personnes qui n'ont jamais été ministres, comme les membres du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, jouiraient aussi d'un tel privilège. Cette interprétation permettrait, je crois, d'étendre gratuitement et de façon injustifiée la notion de privilège absolu.

C'est en raison des faits et non du droit que les appelants sont déboutés. Le droit qu'ils invoquent est exact, mais les faits sont incomplets. Ils ont supposé qu'un document de travail avait été envoyé à un ministre unique, s'appuyant pour cela sur une simple hypothèse que M. Gosselin avait émise faite durant le contre-interrogatoire sur son affidavit (aux pages 5 et 6, questions 19 et 20), hypothèse qui s'est révélée fausse par la suite, car aucun des documents pour lesquels le greffier du Conseil privé avait invoqué un <sup>g</sup> privilège n'était une telle note de service. <sup>h</sup>

<sup>5</sup> Je n'analyse pas l'argument des appelants par rapport à l'alinéa 39(4)b), car celui-ci ne s'applique que dans les cas où l'on invoque le privilège en vertu de l'alinéa 39(2)b), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

<sup>6</sup> Bien sûr, le Cabinet n'est, techniquement, qu'un comité du Conseil privé. <sup>i</sup>

Moreover, it is apparent from the facts in the case at bar that, because of the peculiar organization of the department of External Affairs, two ministers, the Secretary of State for External Affairs and the Minister for International Trade, were involved in the quota decision. The decision was taken in the name of the Secretary of State for External Affairs and presumably with his knowledge and approbation, but it was actually made by the Minister for International Trade. Accordingly, the evidence reveals that any documents in question were sent to both Ministers, and for that reason qualify for the section 39 privilege.

In his certificate the Clerk of the Privy Council tracks the language of paragraphs (d) and (e) of subsection 39(2), a procedure which was upheld by Iacobucci C.J. in *Central Cartage* (at page 654). Paragraph (a) of the certificate describes "information contained in... a record used for... communications... between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions...". Paragraph (e) refers to "information contained in... a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters... that are the subject of communications referred to in paragraph (d)." Nothing available to us from the evidence about the documents in question here casts any doubt whatsoever upon the statements made by the Clerk of the Privy Council in his certificate.

In fact, apparently it was the discovery by counsel for the respondent that the document(s) in question was sent to two ministers rather than just to one, and of the mutual interdependence of their ministerial roles, that led him to withdraw the undertaking to produce that he had briefly given. It is not for courts to pronounce upon the organization of government departments, or the structure of ministerial decision-making. Once a litigant is unable to show that a certificate is clearly deficient, either on its face or in relation to the evidence available, a court may inquire no further into its *bona fides*, but must respect the intent of Parliament to provide for exemption from judicial scrutiny in this special case.

En outre, il ressort clairement des faits de l'espèce qu'en raison de la structure particulière du ministère des Affaires extérieures, deux ministres, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures et le ministre du Commerce extérieur, avaient pris part à la décision sur les contingents. Celle-ci avait été prise au nom du secrétaire d'État aux Affaires extérieures et, probablement à son su et avec son accord, mais c'est réellement le ministre du Commerce extérieur qui l'avait prise. En conséquence, la preuve révèle que les documents en question ont été envoyés aux deux ministres, et pour ce motif, ils remplissent les conditions voulues pour qu'un privilège puisse être invoqué en vertu de l'article 39.

Dans son certificat, le greffier du Conseil privé suit le texte des alinéas d) et e) du paragraphe 39(2), une procédure qu'a confirmée le juge en chef Iacobucci dans l'affaire *Central Cartage* (à la page 654). Le paragraphe a) du certificat décrit des [TRADUCTION] «renseignements contenus dans... un document d'information employé en vue de... communications... entre ministres de la Couronne sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement...». Le paragraphe e) fait référence à des: [TRADUCTION] «renseignements contenus dans... un document d'information à l'usage des ministres de la Couronne sur des questions... qui font l'objet des communications mentionnées à l'alinéa d).» Aucun élément de la preuve relative aux documents dont il est question en l'espèce ne met en doute de quelque façon ce qu'a déclaré le greffier du Conseil privé dans son certificat.

En fait, il semble que ce soit après avoir découvert que le ou les documents en question avaient été envoyés à deux ministres plutôt qu'à un seul, et après avoir pris conscience de l'interdépendance des fonctions de ces deux personnes, que l'avocat de l'intimé a retiré l'engagement qu'il avait pris brièvement de produire des documents. Il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer sur l'organisation de ministères ou sur la structure du processus de prise de décisions ministérielles. Quant une partie est incapable de faire la preuve qu'un certificat est manifestement incomplet, soit à première vue soit par rapport aux éléments de preuve disponibles, un tribunal ne peut plus vérifier le bien-fondé du certificat, mais doit respecter

The appellants also contended that the Motions Judge erred in not enforcing the undertaking given by the respondent, and particularly in not applying *Best Cleaners and Contractors Ltd. v. The Queen*, [1985] 2 F.C. 293 (C.A.), to hold that the documents could not be protected by a section 39 certificate when it had already been agreed to produce them. But *Best Cleaners* is a very different case from that at bar. In that case the gist of the information had already, and without objection, been produced on discovery. In holding that a certificate was not a bar in those peculiar circumstances to the admission in evidence of the information, Mahoney J.A. said (at page 311):

There is a large measure of unreality in the proposition that the filing of a certificate has the effect of undoing the disclosure of information already lawfully disclosed to the opposing party in a legal proceeding. Everyone with a legitimate interest in the information has it except the Court. Maintenance of confidentiality against only the Court in such a case implies a Parliamentary intention to permit the filing of a certificate to obstruct the administration of justice while serving no apparent legitimate purpose. No such intention is expressed by Parliament; to infer it is repugnant.

There is no support in *Best Cleaners* for the appellants' proposition that an undertaking by counsel to produce takes priority in all circumstances over a statutory privilege. In my view that proposition is untenable. The statutory authority vested in ministers of the Crown and the Clerk of the Privy Council could not be overridden by a solicitor of the Crown, and the facts here fall far short of a waiver of this public-interest privilege. Moreover, a court has a wide discretion to relieve a solicitor from a personal undertaking where it has been based on a mistake of fact: *Mullins v. Howell* (1879), 11 Ch.D. 763; *Uvanile v. Wawanesa Mut. Ins. Co.* (1984), 44 C.P.C. 110 (Ont. H.C.); and *Guinness Peat Properties Ltd. v. Fitzroy Robinson Partnership*, [1987] 1 W.L.R. 1027 (C.A.). The cases cited by the appellants are distinguishable, in that they do not involve a statutory privilege. In my respectful opinion, the Motions Judge

l'intention qu'avait le législateur de prévoir, dans ce cas spécial, une exemption d'examen judiciaire.

Les appellants ont aussi fait valoir que le juge des requêtes a commis une erreur en ne faisant pas exécuter l'engagement qu'avait pris l'intimé et, notamment, en ne faisant pas appliquer l'affaire *Best Cleaners and Contractors Ltd. c. La Reine*, [1985] 2 C.F. 293 (C.A.), pour conclure que les documents ne pouvaient être protégés par un certificat en vertu de l'article 39 lorsqu'il était déjà entendu de les produire. Cependant, l'affaire *Best Cleaners* est bien différente de la présente espèce. Dans cette affaire, les éléments essentiels des renseignements demandés avaient déjà été produits, sans opposition, au moment de l'interrogatoire préalable. En concluant que, dans les circonstances particulières de l'espèce, un certificat ne faisait pas obstacle à l'admissibilité en preuve des renseignements, le juge Mahoney, J.C.A., a déclaré ce qui suit (à la page 311):

C'est faire preuve de beaucoup d'irréalisme que de prétendre que le dépôt d'un certificat a pour effet d'effacer la production de renseignements déjà légalement divulgués à la partie adverse dans une procédure judiciaire. Tous ceux qui possèdent un intérêt légitime dans ces renseignements les ont en mains sauf la Cour. Le fait de préserver la confidentialité de ces renseignements uniquement vis-à-vis de la cour, dans un tel cas, sous-entend l'intention du Parlement d'autoriser le dépôt d'un certificat en vue de faire obstruction à l'administration de la justice et ce, sans aucun motif légitime apparent. Le Parlement n'a pas exprimé une telle intention et la lui prêter est tout simplement choquant.

Aucun des éléments de l'affaire *Best Cleaners* n'étaye la thèse des appelants voulant que l'engagement d'un avocat de produire des renseignements ait priorité en toutes circonstances sur un privilège d'origine législative. À mon sens, cette thèse est indéfendable. Un avocat de la Couronne ne pouvait outrepasser le pouvoir législatif qui était conféré à des ministres de la Couronne et au greffier du Conseil privé, et les faits dont il est question en l'espèce sont bien loin de constituer une renonciation à ce privilège d'intérêt public. Par ailleurs, un tribunal jouit d'une grande latitude pour ce qui est de dégager un avocat d'un engagement personnel lorsque cet engagement repose sur une erreur de fait: *Mullins v. Howell* (1879), 11 Ch.D 763; *Uvanile v. Wawanesa Mut. Ins. Co.* (1984), 44 C.P.C. 110 (Ont. H.C.); et *Guinness Peat Properties Ltd. v. Fitzroy Robinson Partnership*, [1987] 1 W.L.R. 1027 (C.A.). Les causes que les

was entirely right in holding that “[t]he clear direction provided within this statutory provision cannot be overridden by an agent, or in this case, a solicitor, of the Crown” (Appeal Book II, at page 215).

As the certificate itself asserts (Appeal Book I, at page 41), the objection to disclosure of the documents must logically and necessarily extend to oral evidence that might be given on the contents of the same documents. This conclusion therefore disposes of the appellants’ alternative arguments, apart from the Charter issues raised.

### III

The appellants also sought to challenge section 39, as applied, under both sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At first blush it might seem that both those avenues of attack were foreclosed by the *Central Cartage* decision. On section 7, Iacobucci C.J. wrote in that case (at page 655):

Respondents argue that section 36.3 [now section 39] infringes section 7 of the Charter in that the section deprives the respondents of their security of the person without compliance with fundamental justice.

In my view, the respondents, as corporations, cannot take advantage of section 7 of the Charter as it is limited to human beings.

On section 15, he wrote (at page 657):

As I understand the argument, respondents appear to say section 15 is contravened because their right of equality before and under the law thereunder is infringed by section 36.3 [now section 39] of the *Canada Evidence Act* which gives to the Crown, as a party litigant, a right to suppress evidence—confidences of the Queen’s Privy Council—not otherwise available to others, including the respondents.

Again, I think that the respondents as corporations cannot avail themselves of the protection of section 15.

appelants ont citées sont différentes de la présente espèce en ce sens qu’il n’y est pas question d’un privilège d’origine législative. D’après moi, le juge des requêtes a eu parfaitement raison de conclure que  
 a «[c]ette disposition claire de la Loi ne saurait être écartée par un agent, ou comme dans la présente affaire, par un procureur de la Couronne» (dossier d’appel II, à la page 215).

b Ainsi qu’il est déclaré sur le certificat lui-même (dossier d’appel I, à la page 41), l’opposition à la divulgation de documents doit s’étendre logiquement et nécessairement aux témoignages oraux qui peuvent être faits au sujet de la teneur desdits documents.  
 c Cette conclusion dispose donc des arguments subsidiaires des appelants, à l’exception des points relatifs à la Charte qui ont été soulevés.

### III

d Les appelants ont aussi cherché à contester l’article 39, tel qu’appliqué, en invoquant à la fois l’article 7 et l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

e Il pourrait sembler, à prime abord, que la décision rendue dans l’affaire *Central Cartage* empêche de recourir à ces deux moyens de contestation. Dans cette affaire, le juge en chef Iacobucci a écrit ceci sur l’article 7 (à la page 655):

f Les intimées allèguent que l’article 36.3 [aujourd’hui l’article 39] viole l’article 7 de la Charte, parce qu’il prive les intimées de la sécurité de la personne sans respecter les principes de justice fondamentale.

g À mon avis, les intimées, à titre de sociétés, ne peuvent invoquer l’article 7 de la Charte, puisque celui-ci s’applique uniquement aux être humains.

h Et, sur l’article 15 (à la page 657):

i Si j’ai bien compris, les intimées semblent dire que l’article 15 est violé parce que le droit à l’égalité devant la loi et selon la loi qu’elles possèdent sous le régime de cet article est violé par l’article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui accorde à la Couronne, comme partie à un litige, le droit de supprimer des éléments de preuve—renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine—dont les autres parties, y compris les intimées, ne pourraient disposer autrement.

j Une fois de plus, je suis d’avis que les intimées, comme sociétés, ne peuvent se prévaloir de la protection prévue à l’article 15.

However, even if a corporation is entitled to standing to assert section 15 protection, I can see no contravention of section 15 according to the tests laid down by the Supreme Court of Canada. . . .

In the case at bar, however, the majority of the appellants are individuals rather than corporations, and so have standing to invoke section 7, which reads as follows:

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 use by the Crown of a certificate invoking absolute privilege under section 39 deprives the individual appellants, it was argued, of the liberty of having the quota decision reviewed and controlled by the courts. In support, the individual appellants cited *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (B.C.S.C.), at pages 411-412, where McEachern C.J.S.C. (as he then was) wrote:<sup>7</sup>

Some authors have suggested that "liberty" in s. 7 is only concerned with actual physical liberty from captivity and not human conduct or activity; that it does not relate to economic matters; or that its meaning can be restricted in various ways. Although there must always be restraints on the right of free persons to do anything they wish, requirements of reasonableness are imposed by the concluding words of s. 7 and s. 1 which I shall mention later but, speaking generally, limitations on traditional liberties should be applied reluctantly and with extreme care.

I am aware that, generally speaking, American courts have been reluctant to interfere in the legislative settlement of economic problems. I accept that as a general rule, but I am not concerned with duly enacted legislation in this case, and even if I were, there are some rights enjoyed by our people including the right to work or practise a profession that are so fundamental that they must be protected even if they include an economic element.

<sup>7</sup> As was pointed out by the Motions Judge, *Mia* is, however, in any event distinguishable, as the Court there held that a refusal by the Medical Services Commission to grant a physician a billing number to practise as a general practitioner was "decreed arbitrarily and not by an enactment" (at p. 416), which could not have been argued in the case at bar.

Toutefois, même si une société a le statut voulu pour revendiquer la protection prévue à l'article 15, je ne puis conclure que celui-ci a été violé, selon les critères que la Cour suprême du Canada . . .

Cependant, dans la présente affaire, les appelants sont en majorité des particuliers, et non des sociétés, et ils sont donc habilités à invoquer l'article 7, dont le texte est le suivant:

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.

On a fait valoir que l'emploi, par la Couronne, d'un certificat invoquant un privilège absolu en vertu de l'article 39 prive les particuliers appelants de la liberté de pouvoir soumettre la décision sur les contingents à l'examen et au contrôle des tribunaux. À l'appui de cet argument, les particuliers appelants ont cité l'affaire *Re Mia and Medical Services Commission of British Columbia* (1985), 17 D.L.R. (4th) 385 (C.S.C.-B.), aux pages 411 et 412, où le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (tel était alors son titre) a écrit ceci<sup>7</sup>:

[TRADUCTION] Certains auteurs ont laissé entendre que le mot «liberté» à l'article 7 ne se rapporte qu'à la liberté physique effective, dans le sens d'une garantie contre la captivité ou l'emprisonnement, et non pas à la conduite ou à l'activité humaine, qu'il n'est pas lié aux questions économiques ou que l'on peut en restreindre le sens de diverses manières. Bien qu'il doive toujours y avoir des restrictions au droit qu'ont les gens libres de faire ce que bon leur semble, les derniers mots de l'article 7 et de l'article 1 dont je traiterai plus loin exigent que l'on agisse d'une manière conforme à la raison; règle générale, lorsqu'on restreint les libertés traditionnelles, il faut le faire à contrecoeur et en usant de précautions extrêmes.

Je suis conscient que, de façon générale, les tribunaux américains sont peu enclins à contrecarrer le règlement législatif de problèmes économiques. C'est un fait auquel je souscris en tant que règle générale; cependant, dans cette affaire-ci, je n'ai pas affaire à une loi dûment promulguée et, même si c'était le cas, il existe certains droits dont notre peuple jouit, dont celui de travailler ou d'exercer une profession, qui sont à ce point fondamentaux qu'il importe de les protéger même s'ils comprennent un élément économique.

<sup>7</sup> Comme l'a fait remarquer le juge des requêtes, l'affaire *Mia*, toutefois, est de toute façon différente de la présente espèce car, dans cette affaire, la Cour a statué qu'un refus de la Commission des services médicaux d'accorder à un médecin un numéro de facturation pour exercer en tant que généraliste était «une pratique arbitraire non sanctionnée par la loi» (à la p. 416), argument que l'on n'aurait pu faire valoir en l'espèce.

At the very least, liberty must include those freedoms of lawful conduct always enjoyed by Canadians and by our predecessors in the Anglo-Saxon heritage. If we have enjoyed a right for many centuries then it must surely be included in "liberty" whether specifically stated in the Charter or not.

To attempt to establish judicial assessment as a right enjoyed for many centuries, the individual appellants referred to Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 17 ed., 1830, I, at page 141:

3. A third subordinate right of every Englishman is that of applying to the courts of justice for redress of injuries. Since the law is in England the supreme arbiter of every man's life, liberty, and property, courts of justice must at all times be open to the subject, and the law be duly administered therein.

They also cited *Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.) No. 2* (1987), 80 A.R. 207 (Q.B.), where Bracco J. held that section 7 should be given a broad definition so as to include the fundamental right of an aggrieved person to seek redress for a tort as an element of security of the person, and accordingly declared the relevant provision of the *Alberta Workers' Compensation Act* [R.S.A. 1982, c. W-16], as applied, to be inconsistent with section 7.

The individual appellants also referred to *Carey*, *supra*, to the effect already noted. However, no consideration of the Charter occurred in *Carey*, doubtless because the action there was brought in 1976, well before the coming into effect of the Charter.

The question of what liberties are included in section 7 was most recently broached by Lamer J. (as he then was) in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, where Manitoba had referred to the courts the constitutionality of section 193 and paragraph 195.1(1)(c) of the *Criminal Code*, dealing respectively with the keeping of a common bawdy house and with communicating for the purpose of engaging in prostitution. The Supreme Court, on a 4-2 division, upheld the constitutionality of the legislation.

La liberté doit inclure à tout le moins les libertés de conduite légitime que les Canadiens et nos prédécesseurs dans le patrimoine anglo-saxon ont toujours connues. Un droit dont nous jouissons depuis de nombreux siècles doit certainement être inclus dans la «liberté», que cela soit indiqué expressément dans la Charte ou non.

Les appelants particuliers ont fait référence à l'ouvrage de Blackstone, intitulé *Commentaries on the Laws of England*, 17 éd., 1830, I, à la page 141, pour tenter d'établir qu'un examen judiciaire est un droit qui existe depuis de nombreux siècles:

[TRADUCTION] 3. Un troisième droit accessoire dont jouit tout Anglais est celui de pouvoir s'adresser aux cours de justice pour faire réparer un tort. Étant donné qu'en Angleterre la loi est l'arbitre suprême de la vie, de la liberté et de la propriété de quiconque, les cours de justice doivent être en tout temps accessibles et appliquer dûment la loi.

Ils ont aussi cité l'affaire *Budge v. Workers' Compensation Board (Alta.) No. 2* (1987), 80 A.R. 207 (Q.B.), où le juge Bracco a statué qu'il fallait définir l'article 7 de manière large afin qu'il comprenne le droit fondamental qu'a une personne s'estimant lésée de demander réparation, en tant qu'élément de sécurité de cette personne, et, par conséquent, il a déclaré que la disposition pertinente de la *Workers' Compensation Act* [S.R.A. 1982, chap. W-16] de l'Alberta, telle qu'appliquée, était incompatible avec l'article 7.

Les particuliers appelants ont aussi fait référence à l'affaire *Carey*, précitée, dans le but déjà noté. Cependant, dans cette dernière, il n'a nullement été question de la Charte, sûrement parce que l'action en question avait été intentée en 1976, bien avant l'entrée en vigueur de la Charte.

Le juge Lamer (tel était alors son titre) a abordé tout récemment la question des libertés qu'inclut l'article 7 dans l'affaire *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, affaire dans laquelle le Manitoba avait soumis aux tribunaux la question de la constitutionnalité de l'article 193 et de l'alinéa 195.1(1)c) du *Code criminel*, portant respectivement sur la tenue d'une maison de débauche et le fait de communiquer avec une personne dans le but de se livrer à la prostitution. Les juges de la Cour suprême, dans une proportion de 4 contre 2, ont confirmé la constitutionnalité de la Loi.

The other members of the majority did not find it necessary to deal with the precise question with which Lamer J. dealt extensively, as follows (at pages 1173-1178):

In the *B.C. Motor Vehicle Act Reference* [*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486], for example, this Court said the following in respect of defining the principles of fundamental justice at p. 503:

Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" . . . and on the "rule of law" . . .

In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. [Emphasis added.]

This passage is, in my view, instructive of the kind of life, liberty and security of the person sought to be protected through the principles of fundamental justice. The interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary. Section 7 and more specifically ss. 8-14 protect individuals against the state when it invokes the judiciary to restrict a person's physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm. This is not to say that s. 7 protects only an individual's physical liberty. It is significant that the section protects one's security of the person as well. As I stated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20.:

. . . security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" . . . These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

This Court has since reiterated the view that stigmatization of an accused may deprive him of the rights guaranteed by s. 7 in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 651. In addition, the Chief Justice in *R. v. Morgentaler*, *supra*, at p. 56, held that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress could trigger a restriction of security of the person. In so doing he quoted with approval the statement of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 433, to the effect that the

Les autres membres de la majorité n'ont pas jugé nécessaire de traiter de la question précise que le juge Lamer avait analysée de façon approfondie, comme suit (aux pages 1173 à 1178):

Par exemple, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, notre Cour, parlant de la définition des principes de justice fondamentale, a affirmé à la p. 503:

Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de common law, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» [ . . . ] et en «la primauté du droit» . . .

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. [Je souligne.]

À mon avis, ce passage illustre bien la sorte de droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l'on a voulu protéger par les principes de justice fondamentale. Les intérêts protégés par l'art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire. L'article 7, et plus spécifiquement les art. 8 à 14, protègent les individus contre l'État lorsqu'il recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu'il restreint d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire. Cela ne veut pas dire que l'art. 7 protège uniquement la liberté physique d'un individu. Il est révélateur que cet article protège également la sécurité de la personne. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux p. 919 et 920:

. . . la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [ . . . ] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» [ . . . ] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'anxiété résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Notre Cour a réitéré depuis l'opinion que la stigmatisation d'un accusé peut le priver des droits garantis par l'art. 7 dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à la p. 651. De plus, dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 56, le Juge en chef a conclu que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle ainsi que la tension psychologique grave causée par l'État peuvent constituer une restriction à la sécurité de la personne. Ce faisant, il a cité en l'approuvant l'affirmation de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Videoflicks Ltd.*

right to life, liberty and security of the person “would appear to relate to one’s physical or mental integrity and one’s control over these” (emphasis added).

The common thread that runs throughout s. 7 and ss. 8-14, however, is the involvement of the judicial branch as guardian of the justice system. [ . . . ]

[T]he confinement of individuals against their will, or the restriction of control over their own minds and bodies, are precisely the kinds of activities that fall within the domain of the judiciary as guardian of the justice system. By contrast, once we move beyond the “judicial domain”, we are into the realm of general public policy where the principles of fundamental justice, as they have been developed primarily through the common law, are significantly irrelevant. In the area of public policy what is at issue are political interests, pressures and values that no doubt are of social significance, but which are not “essential elements of a system for the administration of justice”, and hence are not principles of fundamental justice within the meaning of s. 7. The courts must not, because of the nature of the institution, be involved [in] the realm of pure public policy; that is the exclusive role of the properly elected representatives, the legislators. To expand the scope of s. 7 too widely would be to infringe upon that role.

Put shortly, I am of the view that s. 7 is implicated when the state, by resorting to the justice system, restricts an individual’s physical liberty in any circumstances. Section 7 is also implicated when the state restricts individuals’ security of the person by interfering with, or removing from them, control over their physical or mental integrity. Finally, s. 7 is implicated when the state, either directly or through its agents, restricts certain privileges or liberties by using the threat of punishment in cases of non-compliance.

Although this may appear to be a limited reading of s. 7, it is my view that it is neither wise nor necessary to subsume all other rights in the *Charter* within s. 7. A full and generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals can be achieved without the incorporation of other rights and freedoms within s. 7.

This is a complete theory of section 7, the only one which I believe has been authoritatively put forth thus far. It attempts to unite the perspectives of the protected triad of rights (“life, liberty and the security of the person”) and of the principles of fundamental justice, since, as stated, it enunciates “the kind of life, liberty and security of the person sought to be protected through the principles of fundamental justice”. It is also in accord with the previous approaches to the issue by the Supreme Court, building in particular

(1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433, selon laquelle le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne «semble se rapporter à l’intégrité physique ou mentale d’une personne et au contrôle qu’elle exerce à cet égard» (je souligne).

Cependant, le dénominateur commun de l’art. 7 et des art. 8 à 14 est l’intervention de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire.

En d’autres termes, la détention d’individus contre leur volonté ou la restriction de leur contrôle sur leur esprit et leur corps fait précisément partie du genre d’activités qui relèvent du domaine de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Par opposition à cela, dès que nous sortons du «domaine judiciaire», nous entrons dans le domaine de l’ordre public en général où les principes de justice fondamentale, façonnés principalement par la common law, perdent une large part de leur pertinence. Dans le domaine de l’ordre public, entrent en jeu les intérêts politiques, les pressions et les valeurs qui ont sans aucun doute une importance sociale, mais qui ne sont pas «des éléments essentiels d’un système d’administration de la justice» et qui ne sont donc pas des principes de justice fondamentale au sens de l’art. 7. En raison de la nature de l’institution, les tribunaux ne doivent pas s’immiscer dans le domaine de pures questions d’ordre public; c’est le rôle exclusif des représentants dûment élus, les législateurs. Ce serait porter atteinte à ce rôle que de trop étendre le champ d’application de l’art. 7.

Bref, je suis d’avis que l’art. 7 entre en jeu lorsque l’État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d’un individu dans quelque contexte que ce soit. L’article 7 entre également en jeu lorsque l’État restreint la sécurité de la personne en portant atteinte au contrôle que l’individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle. Enfin, l’art. 7 intervient lorsque l’État, directement ou par ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violation.

Bien que cela puisse paraître une lecture restrictive de l’art. 7, j’estime qu’il n’est ni sage ni nécessaire d’englober tous les autres droits de la *Charte* dans l’art. 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d’autres droits et libertés à l’art. 7.

Il s’agit là d’une analyse complète de l’article 7, la seule avancée jusqu’à ce jour qui fasse autorité, je crois. Cette analyse tente d’unir les perspectives de la triade protégée de droits («la vie, la liberté et la sécurité de la personne») et les principes de justice fondamentale, étant donné que, ainsi qu’il est indiqué, elle énonce «la sorte de droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l’on a voulu protéger par les principes de justice fondamentale». Cette analyse est également compatible avec les diverses manières

on its seminal decision, also by Lamer J., in *Re B.C. Motor Vehicle Act* [[1985] 2 S.C.R. 486]. As well, it avoids the pitfalls of judicial interference in general public policy. It may or may not come to represent the final judicial statement of the meaning of section 7, but I believe that any eventual judicial synthesis will likely be an approximation of Lamer J.'s view. I am therefore prepared to adopt this statement as a working hypothesis for purposes of this case.

Accordingly, section 7 is implicated when physical liberty is restricted in any circumstances, when control over mental or physical integrity is exercised, or when the threat of punishment is invoked for non-compliance. There is nothing of that kind, or within striking distance of it, on the facts of the case at bar. The interest which the individual appellants want to assert is a shadowy traditional "right" of judicial review of administrative action in all cases. However, the jurisprudence shows that such a right can be precluded entirely except as to jurisdiction, where the executive branch of government is involved, even when fairness itself is at stake: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735.

The invocation of paragraph 32(1) of the Charter by the individual appellants does not change this. Of course, the Charter applies. The question is not whether it applies, but whether, if applied, it is infringed by section 39.

I must conclude that section 39 of the Act does not infringe section 7 of the Charter, and that the Motions Judge was correct in so holding.

#### IV

The individual appellants' final challenge to section 39 rests on subsection 15(1) of the Charter, in that section 39 gives the Crown, as a party litigant, a right to suppress evidence, which right is not availa-

dont la Cour suprême a auparavant envisagé la question, s'appuyant en particulier sur sa décision qui a servi de source à d'autres décisions analogues, elle aussi rendue par le juge Lamer, dans l'affaire *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [[1985] 2 R.C.S. 486]. Elle évite aussi les pièges d'une ingérence de l'appareil judiciaire dans le domaine de l'ordre public en général. Que cette analyse en vienne ou non à représenter l'énoncé judiciaire définitif du sens de l'article 7, je crois néanmoins que toute synthèse judiciaire éventuelle sera vraisemblablement proche du point de vue du juge Lamer. Je suis donc disposé à faire mien cet exposé en tant qu'hypothèse de travail pour les besoins de la présente espèce.

En conséquence, l'article 7 entre en jeu lorsque l'on restreint la liberté physique dans quelque contexte que ce soit, lorsque l'on exerce un contrôle sur l'intégrité physique ou mentale ou lorsque l'on invoque la menace de sanctions dans les cas de violation. Les faits de la présente espèce n'indiquent rien de la sorte. Le droit que les particuliers appelants veulent faire valoir est un vague «droit» traditionnel d'examen judiciaire d'une mesure administrative dans tous les cas. La jurisprudence montre toutefois qu'un tel droit peut être exclu complètement sauf pour ce qui est de questions de compétence, lorsque l'organe exécutif du gouvernement est en cause, même quand l'équité elle-même est en jeu: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735.

Le fait que les particuliers appelants aient invoqué le paragraphe 32(1) de la Charte n'y change rien. Il est évident que la Charte s'applique. La question n'est pas de savoir si elle s'applique mais bien, lorsqu'on l'applique, si l'article 39 y contrevient.

Je me dois de conclure que l'article 39 de la Loi ne contrevient pas à l'article 7 de la Charte et que le juge des requêtes a eu raison d'en décider ainsi.

#### IV

La dernière objection que soulèvent les particuliers appelants à l'égard de l'article 39 repose sur le paragraphe 15(1) de la Charte, en ce sens que l'article 39 confère à la Couronne, en tant que partie au litige, le

ble to any other party litigant. Subsection 15(1) reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

It will be recalled that, in giving judgment in *Central Cartage*, Iacobucci C.J. laid down, not only that corporations could not avail themselves of the protection of section 15, but also that in any event section 15 was not contravened by the provisions of section 39. He wrote (at pages 657-659):

However, even if a corporation is entitled to standing to assert section 15 protection, I can see no contravention of section 15 according to the tests laid down by the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia* [[1989] 1 S.C.R. 143]. In that case, Mr. Justice McIntyre stated that the purpose of section 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. For a section 15 contravention, one must demonstrate not only unequal treatment before or under the law or that the law has a differential impact in the protection or benefit accorded by law, but also that the legislative impact of the law is discriminatory.

With respect to unequal treatment, I find the remarks of Mr. Justice Cory in *Rudolph Wolff & Co. v. Canada* [[1990] 1 S.C.R. 695] particularly helpful. In that case, it was argued that subsections 17(1) and (2) of the *Federal Court Act* and subsection 7(1) of the *Crown Liability Act* conferring exclusive jurisdiction on the Federal Court of Canada contravened subsection 15(1) of the Charter. After citing the approach of McIntyre J. in *Andrews*, Mr. Justice Cory said:

With respect to the issue of whether the appellants have received unequal treatment, it must be apparent that the Crown cannot be equated with an individual. The Crown represents the State. It constitutes the means by which the federal aspect of our Canadian society functions. It must represent the interests of all members of Canadian society in court claims brought against the Crown in right of Canada. The interests and obligations of the Crown are vastly different from those of private litigants making claims against the Federal Government.

Henry J., in my opinion, properly applied the decision in *R. v. Stoddart, supra*. I agree with the words of Tarnopolsky J.A., speaking for the court in that case, at pp. 362-63 where he stated:

droit de supprimer des éléments de preuve, un droit dont aucune autre partie ne jouit. Ledit paragraphe est conçu comme suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et aux mêmes bénéfices de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

On se souviendra qu'en rendant jugement dans l'affaire *Central Cartage*, le juge en chef Iacobucci a établi que, non seulement les sociétés ne peuvent se prévaloir de la protection de l'article 15, mais aussi que, de toute façon, les dispositions de l'article 39 n'enfreignent pas l'article 15. Voici ce qu'il a écrit (aux pages 657 à 659):

Toutefois, même si une société a le statut voulu pour revendiquer la protection prévue à l'article 15, je ne puis conclure que celui-ci a été violé, selon les critères que la Cour suprême du Canada a établis dans *Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143. Dans cette cause-là, le juge McIntyre a dit que le but de l'article 15 est d'assurer l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Pour prouver qu'il y a eu contravention à l'article 15, il faut démontrer, non seulement qu'il y a un traitement inégal devant la loi ou en vertu de la loi ou établir que la loi a des répercussions différentes sur le plan de la protection ou des avantages qu'elle accorde, mais aussi que les répercussions législatives de la loi sont discriminatoires.

En ce qui a trait au traitement inégal, les remarques que le juge Cory a formulées dans *Rudolph Wolff & Co. c. Canada* [1990] 1 R.C.S. 695, me semblent particulièrement pertinentes. Dans cette cause-là, on a soutenu que les paragraphes 17(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale* et le paragraphe 7(1) de la *Loi sur la responsabilité de l'État*, qui accordent une compétence exclusive à la Cour fédérale du Canada, violaient le paragraphe 15(1) de la Charte. Après avoir cité le raisonnement qu'a adopté le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, le juge Cory a dit ce qui suit:

En ce qui concerne la question de savoir si les appelantes ont subi un traitement inégal, il doit être clair que la Couronne ne peut être comparée à une personne. La Couronne représente l'État. Elle est le moyen par lequel se manifeste la dimension fédérale de notre société canadienne. Elle doit représenter les intérêts de tous les membres de la société canadienne dans les recours en justice exercés contre la Couronne du Chef du Canada. Les droits et obligations de la Couronne sont très différents de ceux des particuliers qui intentent des actions contre le gouvernement fédéral.

À mon avis, le juge Henry a correctement appliqué l'arrêt *R. v. Stoddart*, précité. Je souscris à ce que dit le juge Tarnopolsky au nom de la Cour d'appel dans cet arrêt, aux p. 362 et 363:

The Crown is not an "individual" with whom a comparison can be made to determine a s. 15(1) violation.

... the Crown Attorney does not participate in a criminal trial as an "individual". He participates as a representative of the Crown, which in turn represents the state, *i.e.* organized society. It will be recalled that the Oxford English Dictionary defines an "individual" as "a single human being", in contra-distinction to "society". Therefore, the accused, as an "individual", cannot be compared with Crown counsel, as representative of our organized society, for the purpose of a s. 15(1) analysis.

This principle is equally applicable to the facts of this case and is sufficient to dispose of the issue. In the circumstances of the case at bar, the Crown is simply not an individual with whom a comparison can be made to determine whether a s. 15(1) violation has occurred.

In the case at bar, the Crown in section 36.3 [now section 39] of the *Canada Evidence Act* similarly is not an individual with whom a comparison can be made to determine where a section 15 violation has occurred.

Moreover I do not find any discrimination, as defined in *Andrews*, by the alleged impact of section 36.3 of the *Canada Evidence Act* on the respondents. Again, I refer to the words of Mr. Justice Cory in *Rudolph Wolff*:

Nor did the appellants demonstrate that if any inequality existed it was discriminatory. The impugned legislation granting the Federal Court exclusive jurisdiction over claims against the Crown in right of Canada does not distinguish between classes of individuals on the basis of any of the grounds enumerated in s. 15(1) nor on any analogous grounds. Certainly, it cannot be said that individuals claiming relief against the Federal Court are in the words of Wilson J. in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, "a discrete and insular minority" or "a disadvantaged group in Canadian society within the contemplation of s. 15". Rather, they are a disparate group with the sole common interest of seeking to bring a claim against the Crown before a court.

Section 36.3 [now section 39] gives the Crown a privilege against discovery with respect to certain information and in doing so does not distinguish between classes of individuals on the basis of any enumerated grounds in subsection 15(1) nor on any analogous grounds. In short, the section 15 argument also fails.

In an attempt to distinguish *Central Cartage, Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *Rudolph Wolff, & Co. Ltd.*

[TRANSLATION] La Couronne n'est pas une «personne physique» avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a violation du par. 15(1).

... le procureur de la Couronne n'agit pas dans un procès criminel à titre de «personne physique». Il s'agit [sic] comme mandataire de la Couronne, laquelle présente à son tour l'État, *c.-à-d.* une société organisée. Il convient de rappeler que l'Oxford English Dictionary définit le terme «*individual*» comme «*a single human being*» (un être humain) par opposition à la «*société*». Par conséquent, l'accusé en tant que «personne physique» ou «*individual*» ne peut être comparé avec le procureur de la Couronne en tant que mandataire de notre société organisée, aux fins d'un examen fondé sur le par. 15(1).

Ce principe s'applique tout autant aux faits de l'espèce et permet de disposer du pourvoi. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Couronne n'est tout simplement pas une personne physique avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation du par. 15(1).

En l'espèce, de la même façon, la Couronne à l'article 36.3 [maintenant l'article 39] de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas une personne avec laquelle une comparaison peut être faite pour déterminer s'il y a eu violation de l'article 15.

En outre, je ne constate aucune discrimination, au sens de l'arrêt *Andrews*, qui découlerait des répercussions de l'article 36.3 de la *Loi sur la preuve au Canada* sur les intimées. Je me reporte à nouveau aux propos du juge Cory dans l'arrêt *Rudolph Wolff*:

Les appelantes n'ont pas démontré non plus que l'inégalité, le cas échéant, était discriminatoire. Les dispositions législatives contestées qui confèrent à la Cour fédérale compétence exclusive pour entendre les demandes portées contre la Couronne du chef du Canada n'établissent pas de distinction entre les catégories de personnes d'après les motifs énumérés au par. 15(1) ou d'après des motifs analogues. On ne peut certainement pas affirmer que les personnes qui intentent une action contre la Couronne fédérale, sont, selon les propos du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, une «minorité discrète et isolée» ou «un groupe défavorisé dans la société canadienne au sens de l'art. 15». Au contraire, elles forment un groupe disparate dont le seul point commun est d'exercer une réclamation contre la Couronne devant un tribunal.

L'article 36.3 [maintenant l'article 39] accorde à la Couronne un privilège à l'encontre de la divulgation de certains renseignements et, ce faisant, il n'établit aucune distinction entre les catégories de personnes d'après des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou des motifs analogues. Bref l'argument fondé sur l'article 15 n'est pas retenu non plus.

En tentant de faire une distinction entre la présente espèce et les affaires *Central Cartage, Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S.

v. *Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695, the individual appellants were reduced to contending that the introductory clause of subsection 15(1) (“Every individual is equal before and under the law”) establishes a separate right which the courts in those cases failed to consider, presumably *per incuriam*. This contention was, I believe, directly refuted by Iacobucci C.J. in the above citation where he said:

For a section 15 contravention, one must demonstrate not only unequal treatment before or under the law or that the law has a differential impact in the protection or benefit accorded by law, but also that the legislative impact of the law is discriminatory. [Emphasis added.]

Another way of making the same point would be to say that equality “before and under the law” and “without discrimination” are really the two sides of the same coin, the former connoting the positive note, the existence of equality, the latter the negative, the absence of discrimination.

I therefore conclude that the Motions Judge was correct in holding that section 39 does not infringe subsection 15(1) of the Charter.

V

In the result, the appeal should be dismissed with costs.

LINDEN J.A.: I agree.

143, et *Rudolph Wolff & Co. Ltd. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695, les particuliers appelants ont été réduits à prétendre que la clause introductive du paragraphe 15(1) («la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous») établit un droit distinct que, dans les affaires susmentionnées, les tribunaux ont négligé de prendre en considération, par inadvertance vraisemblablement. Je crois que le juge en chef Iacobucci a réfuté directement cette prétention dans la citation qui précède, où il dit:

Pour prouver qu'il y a eu contravention à l'article 15, il faut démontrer, non seulement qu'il y a un traitement inégal devant la loi ou en vertu de la loi ou établir que la loi a des répercussions différentes sur le plan de la protection ou des avantages qu'elle accorde, mais aussi que les répercussions législatives de la loi sont discriminatoires. [Je souligne.]

On pourrait aussi dire que l'égalité «devant la loi» et «indépendamment de toute discrimination» constituent en réalité les deux côtés d'une même médaille, le premier élément ayant une connotation positive, l'existence d'une égalité, le second élément une connotation négative, l'absence de discrimination.

Je conclus donc que le juge des requêtes a eu raison de statuer que l'article 39 ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de la Charte.

V

Je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.