

DESA-1-03  
2003 FCA 246

DESA-1-03  
2003 CAF 246

**Nicholas Ribic** (*Appellant*)

**Nicholas Ribic** (*appelant*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*intimé*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. Ribic (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. RIBIC (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Létourneau and Nadon J.J.A.—Ottawa, April 24 and June 4, 2003.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Létourneau et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 24 avril et 4 juin 2003.

*Evidence — Appeal against Trial Division orders authorizing partial disclosure of information, prohibiting two witnesses from testifying at appellant's criminal trial — Appellant Canadian citizen involved in hostage-taking in Bosnia in 1995 while member of Serb forces, prosecuted in Canada under Criminal Code — Attorney General objecting to testimonies, disclosure of information, on basis it would be injurious to international relations, national defence or national security — Accused's right to disclosure subject to Crown's discretion and law and rules of privilege — Where sensitive information sought to be disclosed or obtained, State privilege to confidentiality and secrecy triggered, procedure for exercise of privilege established by Canada Evidence Act, s. 38 — Judge determining (1) whether statutory prohibition should be confirmed; (2) whether information sought relevant to defence; (3) whether disclosure injurious to international relations, national defence or national security; (4) if injury, whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure — Balancing public interest requiring more stringent test than usual relevancy rule — Disclosure by accused of information supporting defence not made to prosecution but to Attorney General and designated forum, not violating right to silence and presumption of innocence, but judge must ensure order prohibiting disclosure not resulting in compelling accused to take the stand — Decisions relating to scope of power to disclose information, form and conditions of disclosure reviewable on standard of correctness — Judge must ensure form and conditions to disclosure most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations — Choice of conditions attached to authorization to disclose reviewable when judge failing to act judicially or in conformity with law — Expurgated transcripts fairly reflecting nature, substance of witnesses' testimony, vetted information not helpful to defence — Non-disclosure not violating presumption of innocence — Process followed to balance competing interests not unfair, dictated by urgency, necessity — Privilege to protect State secrets not absolute, but circumstances for right*

*Preuve — Appel interjeté contre deux ordonnances de la Section de première instance qui n'autorisaient que la divulgation partielle de renseignements et interdisaient à deux témoins de déposer au procès criminel de l'appelant — L'appelant est un citoyen canadien qui avait pris part à une prise d'otages en Bosnie en 1995 alors qu'il était membre des forces serbes, et il était poursuivi au Canada en application du Code criminel — Le procureur général s'opposait aux dépositions, ainsi qu'à la divulgation des renseignements, au motif qu'il en résulterait un préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale — Le droit de l'accusé à la divulgation de renseignements est subordonné au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège — Lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé — Le juge doit décider 1) si l'interdiction prévue par la loi devrait être confirmée; 2) si les renseignements dont la divulgation est demandée seront utiles pour la défense; 3) si la divulgation des renseignements risque de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; 4) dans l'affirmative, si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation — Soutenir les intérêts rivaux en jeu requiert l'application d'un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements — La divulgation par l'accusé de renseignements sur lesquels il entend fonder sa défense n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais une divulgation faite au procureur général et à une instance judiciaire désignée, et elle ne contrevient donc pas au droit d'un accusé de se taire, ni à la présomption d'innocence, mais le juge doit s'assurer que son ordonnance interdisant la divulgation de renseignements n'a pas pour résultat de forcer l'accusé à venir à la barre pour se défendre — Les décisions qui se*

*to fair trial to prevail not existing herein — Judge correctly interpreting scope of power — Authorizing witnesses to testify not a measure most likely to limit any injury to national defence, national security or international relations — Release of expurgated transcripts, authorization to introduce them in evidence amounting to balancing of competing interests which best serves public interest, limiting injury as much as possible — Appeal dismissed.*

*rappellent à l'étendue du pouvoir de divulguer des renseignements, ainsi qu'à la forme et aux conditions de la divulgation, sont réformables selon la norme de la décision correcte — Le juge doit s'assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales — Le choix des conditions qui peuvent être attachées à l'autorisation de divulguer est révisable lorsque le juge n'agit pas d'une manière judiciaire ou en conformité avec la loi — Les transcriptions expurgées rendaient compte adéquatement de la nature et de la substance des dépositions des témoins, et les renseignements censurés ne seraient pas utiles à la défense — La non-divulgation ne contreviendrait pas à la présomption d'innocence — La méthode employée pour soupeser les intérêts rivaux n'était pas injuste, mais elle était dictée par l'urgence et la nécessité — Le privilège qui vise à protéger les secrets d'État n'est pas absolu, mais les circonstances qui feraient prévaloir le droit à un procès équitable n'existent pas ici — Le juge a validement interprété l'étendue de ses pouvoirs — Le fait d'autoriser les témoins à déposer n'était pas une mesure particulièrement susceptible de limiter un éventuel préjudice à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales — La divulgation des transcriptions expurgées, avec autorisation de les déposer comme preuve, équivalait à soupeser les intérêts rivaux d'une façon qui était la mieux à même de servir l'intérêt public tout en limitant le préjudice autant qu'il était possible — Appel rejeté.*

This was an appeal against two orders of the Trial Division (as it then was) authorizing only partial disclosure of information sought by the appellant, and prohibiting two witnesses (witnesses A and B) from testifying at the appellant's criminal trial. However, with respect to the evidence of these witnesses, the Judge authorized disclosure of expurgated versions of the transcript of their testimonies given before the Trial Division. The appellant, a Canadian citizen, was a member of the Serb forces in Bosnia when, in 1995, he was involved in a hostage-taking incident which led to his prosecution under section 279.1 of the *Criminal Code*. In the context of his criminal trial before the Ontario Superior Court of Justice, the appellant sought disclosure of information and files from a number of organizations and government departments. He also called two witnesses to testify and gave notice to that effect to the Attorney General of Canada as required by subsection 38.01(1) of the *Canada Evidence Act*. The Attorney General objected to these testimonies on the basis that they would reveal sensitive or potentially injurious information i.e. information that, if disclosed, could injure international relations, national defence or national security. The Attorney General also refused to agree to the release of a videocassette (containing excerpts of bombing missions in 1995 in Bosnia) that the appellant had obtained and wished to present as evidence, and refused to permit witness A to testify in respect of this videocassette. On November 5, 2002, the

Il s'agissait d'un appel interjeté contre deux ordonnances de la Section de première instance (sa désignation à l'époque) qui n'autorisaient qu'une divulgation partielle des renseignements demandés par l'appelant et qui interdisaient à deux témoins (les témoins A et B) de déposer au procès criminel de l'appelant. Cependant, s'agissant des dépositions de ces deux témoins, le juge avait autorisé la divulgation de versions expurgées de la transcription de leurs dépositions faites devant la Section de première instance. L'appelant, un citoyen canadien, s'était joint aux forces serbes en Bosnie lorsque, en 1995, il prit part à une prise d'otages à la suite de laquelle il fut poursuivi en vertu de l'article 279.1 du *Code criminel*. C'est au cours de son procès criminel devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario que l'appelant avait demandé la communication de renseignements et de dossiers d'organisations et de ministères fédéraux. Il avait aussi assigné deux témoins pour qu'ils déposent en sa faveur et il avait signifié un avis en ce sens au procureur général du Canada, ainsi que l'exige le paragraphe 38.01(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le procureur général s'était opposé à ces dépositions au motif qu'elles allaient révéler des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables, c'est-à-dire des renseignements qui, une fois divulgués, risqueraient de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales. Le procureur général avait également refusé de consentir à la communication d'une

appellant brought an application to the Trial Division pursuant to section 38.04 of the Act for an order regarding the disclosure of the information revealed or to be revealed by the two witnesses, and for an order that the entirety of the information at issue be disclosed. To deal with the specific problems raised by the eventual testimony of these two witnesses the parties consented to an order appointing counsel for the Attorney General to act on behalf of counsel for the appellant in examining the two witnesses. This process was devised to assist the Trial Division in determining the relevancy of the two witnesses' information to the prosecution of the appellant and identifying the sensitive information which could not be disclosed. This process was also conceived to obviate the lack of security clearance of the appellant's counsel. On December 18, 2002, the Attorney General brought an application for an order regarding disclosure of the information contained in the videocassette.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The role of the Trial Division on an application under section 38.04 of the Act is to balance the competing public interests which, in this case, involved the protection of sensitive information and the protection of an accused's constitutional rights to a full answer and defence and to a fair trial. A person charged with a criminal offence enjoys a qualified right to disclosure of all information relevant to his or her defence. This right is subject to Crown's discretion and the law and rules of privilege. Where the information to be disclosed or sought to be obtained is sensitive information, a State privilege to confidentiality and secrecy is triggered and section 38 of the Act establishes the procedure by which the privilege is to be exercised and ultimately secured. The Trial Division judge must first determine whether the statutory prohibition of disclosure should be confirmed or not. Then, where seized with an application for an order regarding the disclosure of sensitive information, the judge has to determine whether the information sought to be disclosed is relevant, i.e., that may be reasonably useful to the defence. The next step pursuant to section 38.06 is to determine whether the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. The Attorney General's submissions regarding his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his access to special information and expertise, should be given considerable weight

vidéocassette (renfermant des extraits de missions de bombardement conduites en 1995 en Bosnie), que l'appellant avait obtenue et qu'il souhaitait produire comme preuve, et il avait refusé de permettre au témoin A d'évoquer cette vidéocassette dans sa déposition. Le 5 novembre 2002, l'appellant demandait à la Section de première instance, en application de l'article 38.04 de la Loi, de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements révélés ou devant être révélés par les deux témoins, ainsi qu'une ordonnance forçant la divulgation intégrale des renseignements en cause. Pour régler les problèmes particuliers soulevés par les éventuelles dépositions de ces deux témoins, les parties ont consenti à ce que soit rendue une ordonnance donnant au substitut du procureur général le mandat d'agir au nom des avocats de l'appellant dans l'interrogatoire des deux témoins. Cette méthode avait été imaginée pour aider la Section de première instance à déterminer la pertinence des dépositions des deux témoins pour la poursuite de l'appellant, ainsi que pour l'aider à circonscrire les renseignements sensibles qui ne pourraient pas être divulgués. La méthode était aussi conçue pour obvier à l'absence d'habilitations de sécurité des avocats de l'appellant. Le 18 décembre 2002, le procureur général déposait une demande pour que soit rendue une ordonnance concernant cette fois la divulgation des renseignements contenus dans la vidéocassette.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Le rôle de la Section de première instance dans une demande déposée en vertu de l'article 38.04 de la Loi est de sopeser les intérêts publics rivaux que sont ici la protection des renseignements sensibles et la protection des droits constitutionnels d'un accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable. Une personne accusée d'une infraction criminelle n'a pas un droit illimité à la divulgation de tous les renseignements intéressant sa défense. Ce droit est subordonné au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège. Lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'article 38 de la Loi établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé et finalement reconnu. Le juge doit d'abord décider si l'interdiction législative de la divulgation devrait ou non être confirmée. Puis, lorsqu'il lui est demandé de rendre une ordonnance concernant la divulgation de renseignements sensibles, le juge doit dire si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, c'est-à-dire si les renseignements pourraient raisonnablement être utiles pour la défense. Il doit ensuite se demander, selon l'article 38.06, si la divulgation des renseignements risque de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Les conclusions du procureur général concernant son évaluation du préjudice à la sécurité

by the judge. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and the safety of the public. If his assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it. Upon a finding that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge moves to the final stage of the inquiry which consists in determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. This balancing will require a more stringent test than the usual relevancy rule. Two tests were considered in the case at bar, the test discussed in the civil case of *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (F.C.A.), and the more stringent test discussed in the criminal law case of *R. v. Leipert* (S.C.C.). In *Pereira*, the Court considered the factors enumerated in *Kahn v. Canada*: the nature of the public interest sought to be protected by confidentiality, the seriousness of the charge involved, the admissibility of the documentation and the usefulness of it, whether there were other reasonable ways of obtaining the information, whether the disclosure sought amounted to general discovery or a fishing expedition and whether the information will probably establish a fact crucial to the defence. In *Leipert*, the accused seeking disclosure was confronted with the rule of police informer privilege. The S.C.C. held that "the only exception to [informer] privilege is found where there is a basis to conclude that the information may be necessary to establish the innocence of the accused". That test appeared to apply herein in light of a very important feature common to the informer and the State secrecy privileges i.e. protection of safety and security of an individual. However, because the Trial Division Judge apparently applied the *Pereira* test, his decision and the sensitive information at issue were reviewed on that basis.

The whole process leading to the determination of the State secrecy privilege compels an accused to reveal his defence and disclose information that supports that defence. As a general rule, there is no obligation to disclose imposed upon an accused in criminal law. The legislative exception to this rule created in the present case by section 38 of the Act is justified by the need to balance competing interests and to offer an accused an appropriate forum for adjudication of the debated issue as well as for subsequent reviews. Also, disclosure of the sensitive information that the appellant wants to rely on is not made to the prosecution but to the Attorney General and a designated forum where the matter will be decided in private. It is therefore not a disclosure which violates an accused's

nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir accorder un poids considérable de la part du juge. Le procureur général exerce un rôle protecteur envers la sécurité du public. Si l'évaluation qu'il fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter. Après qu'il est arrivé à la conclusion que la divulgation des renseignements sensibles entraînerait un préjudice, le juge passe alors à l'étape finale de l'enquête, qui consiste à dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Soupeser ces intérêts nécessitera l'application d'un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements. Deux critères ont été examinés en l'espèce, le critère discuté dans l'affaire civile *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (C.A.F.), et le critère plus rigoureux discuté dans l'affaire pénale *R. c. Leipert* (C.S.C.). Dans l'arrêt *Pereira*, la Cour examinait les facteurs énumérés dans l'affaire *Kahn c. Canada*: la nature de l'intérêt public que l'on cherche à protéger par la confidentialité, la gravité de l'accusation, l'admissibilité des documents et leur utilité, la question de savoir s'il y avait d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements, la question de savoir si la divulgation demandée visait la communication de certains documents ou constituait un interrogatoire à l'aveuglette, et la question de savoir si les renseignements sont susceptibles d'établir un fait crucial pour la défense. Dans l'arrêt *Leipert*, l'accusé, qui voulait obtenir des détails sur une information, s'était heurté à la règle du privilège relatif aux indicateurs de police. La C.S.C. a jugé que «le privilège relatif aux indicateurs de police ne souffre qu'une exception, celle concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé». Ce critère semblait s'appliquer ici vu l'importante caractéristique commune aux deux privilèges, le privilège relatif aux indicateurs de police et le privilège relatif aux secrets d'État, à savoir la protection de la sécurité de la personne. Cependant, comme il semble que le juge de la Section de première instance a appliqué le critère élaboré dans l'affaire *Pereira*, sa décision et les renseignements sensibles en cause ont été examinés sur cette base.

Le processus tout entier qui conduit à déterminer s'il existe un privilège relatif aux secrets d'État force un accusé à révéler ses moyens de défense et à divulguer les renseignements qui appuient tels moyens de défense. En règle générale, aucune obligation de divulgation n'est imposée à un accusé en droit criminel. L'exception législative à cette règle, établie en l'espèce par l'article 38 de la Loi, se justifie par la nécessité de soupeser des intérêts rivaux et d'offrir à un accusé une tribune adéquate pour la solution du point contesté ainsi que pour des révisions ultérieures. D'ailleurs, la divulgation des renseignements sensibles sur lesquels entend se fonder l'appelant n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais une divulgation faite au procureur général et à une instance

right to silence and the presumption of innocence in criminal proceedings. With regard to the presumption of innocence, the judge must ensure that his order prohibiting disclosure does not result in his compelling the accused to take the stand to defend himself.

The power conferred by subsection 38.06(2), which authorizes the judge to disclose sensitive information, can be exercised when the conditions are met, i.e. when the public interest in disclosure is greater than the public interest in keeping the information secret. The definition of the scope of the power involves a question of law, and all decisions relating to this scope are reviewable on a standard of correctness. In exercising the power to authorize disclosure and before authorizing disclosure, the judge while bearing in mind the public interest in disclosure must ensure that the form and conditions to disclosure are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations resulting from disclosure. Erroneous decisions as to the form of disclosure as well as to the conditions of such disclosure amount to errors in law and are also reviewable on a standard of correctness. If the judge concludes that the conditions to authorize disclosure are met, the terms of subsection 38.06(2) vest the judge with a wide discretion in the choice of conditions that can be attached to the authorization to disclose. The exercise of that discretion may be reviewed when the judge fails to act judicially or in conformity with the law.

As to the vetted information in the testimonies of the two witnesses, the Trial Division Judge correctly held that, for the purposes of the appellant's defences, the expurgated transcripts reflected fairly the nature and substance of the testimony of the two witnesses and that the vetted information would not have been helpful. Nothing in the vetted information would, because of its non-disclosure, violate the presumption of innocence and compel the accused to testify.

As to the process followed to balance the competing interests, although it was unusual to have counsel to an accused have two of their witnesses examined by another lawyer acting on their behalf, it was not unfair. The process was dictated by urgency and necessity. The applicable legislation was new and a solution had to be found quickly. There were very few lawyers available with the level of security clearance needed to access the sensitive information

judiciaire désignée où l'affaire sera décidée à huis clos. Ce n'est donc pas une divulgation qui contrevient au droit d'un accusé de se taire, ou à la présomption d'innocence en matière criminelle. S'agissant de la présomption d'innocence, le juge doit s'assurer que son ordonnance interdisant la divulgation de renseignements n'a pas pour résultat de forcer l'accusé à venir à la barre pour se défendre.

Le pouvoir conféré par le paragraphe 38.06(2), qui autorise le juge à divulguer des renseignements sensibles, peut être exercé lorsque les conditions sont remplies, c'est-à-dire lorsque les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation sont supérieures aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. La définition de l'étendue du pouvoir est une question de droit, et toutes les décisions qui se rapportent au champ du pouvoir sont réformables selon la norme de la décision correcte. Dans l'exercice du pouvoir d'autoriser la divulgation, et avant d'autoriser la divulgation, le juge doit, tout en gardant à l'esprit les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation, s'assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale et aux relations internationales par suite de la divulgation. Les décisions erronées sur la forme de la divulgation ainsi que sur les conditions de telle divulgation équivalent à des erreurs de droit et sont elles aussi réformables selon la norme de la décision correcte. Si le juge arrive à la conclusion que les conditions d'une autorisation de divulgation sont remplies, alors il est investi par le paragraphe 38.06(2) d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des conditions qui peuvent être attachées à l'autorisation de divulguer. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est révisable lorsque le juge n'agit pas d'une manière judiciaire ou en conformité avec la loi.

S'agissant des renseignements censurés compris dans les dépositions des deux témoins, le juge de la Section de première instance a validement jugé que, aux fins des moyens de défense de l'appelant, les transcriptions expurgées rendaient compte adéquatement de la nature et de la substance des dépositions des deux témoins, et que les renseignements censurés n'auraient pas été utiles. Aucun aspect des renseignements censurés ne contreviendrait, en raison de leur non-divulgation, à la présomption d'innocence, ni ne forcerait l'accusé à témoigner.

Quant à la méthode employé pour soupeser les intérêts rivaux, bien qu'il fût certainement inhabituel pour l'avocat d'un accusé de faire interroger deux de ses témoins par un autre avocat agissant en son nom, cette méthode n'était pas injuste. La méthode était dictée par l'urgence et la nécessité. La loi applicable était nouvelle et une solution devait être trouvée rapidement. Il y avait très peu d'avocats possédant le niveau d'habilitation de sécurité nécessaire pour accéder aux

at issue, and out of necessity and convenience, the parties agreed to this unusual process. It was done to ensure that the appellant would obtain disclosure of all sensitive information that could be disclosed without unduly compromising national security, national defence or international relations.

As to the right to call evidence, the S.C.C. recognized in *R. v. Seaboyer* that an issue as to the relevancy of evidence does not arise in a vacuum, but in relation to an issue in the trial, and reasserted the principle that a clear ground of policy or law may justify the exclusion of probative evidence which would otherwise be received. Section 38 of the Act codifies the common law privilege to protect State secrets, but provides for a balancing of competing interests with the possibility of the right to a fair trial prevailing in limited circumstances which are not found to exist herein.

As to the form in which the disclosure was authorized, the Trial Division Judge correctly interpreted the scope of the power granted to him. He was right to hold that authorizing the two witnesses to testify at the criminal trial is not a measure most likely to limit any injury to national defence, national security or international relations. In the circumstances, release of the expurgated transcript and an authorization to introduce them in evidence at the criminal trial amount to a balancing of the competing interests which best serves the public interest while limiting as much as possible the injury mentioned above.

renseignements sensibles en cause. Par nécessité et par commodité, les parties se sont entendues sur cette méthode inusitée. Elle a été suivie ici pour que l'appelant obtienne la divulgation de tous les renseignements sensibles qui pouvaient être divulgués sans mettre en péril la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales.

S'agissant du droit de produire des preuves, la C.S.C. a reconnu dans l'arrêt *R. c. Seaboyer* qu'il faut se garder d'examiner la question de la pertinence d'une preuve en vase clos, mais plutôt l'examiner par rapport à une question en litige, et elle a réitéré le principe selon lequel un motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit peut justifier l'exclusion d'une preuve pertinente qui serait autrement recevable. L'article 38 de la Loi codifie le privilège de common law qui protège les secrets d'État, mais prévoit que les intérêts rivaux soient soupesés, avec la possibilité que le droit à un procès équitable l'emporte dans des cas restreints, qui sont absents ici.

S'agissant de la forme dans laquelle la divulgation était autorisée, le juge de la Section de première instance avait valablement interprété l'étendue du pouvoir qui lui était conféré. Il avait eu raison de dire que le fait d'autoriser les deux témoins à déposer au procès criminel n'était pas une mesure particulièrement susceptible de limiter un éventuel préjudice à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales. Dans ces conditions, la divulgation des transcriptions expurgées, avec autorisation de les déposer comme preuve au procès criminel, équivalait à soupeser les intérêts rivaux d'une façon qui était la mieux à même de servir l'intérêt public tout en limitant autant qu'il était possible le préjudice susmentionné.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as enacted *idem*), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.08 (as enacted *idem*), 38.09 (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 40; 1995, c. 39, s. 148).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154 (F.C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279.1 (édicte par L.R.C. 1985 (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 40; 1995, ch. 39, art. 148).  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte, *idem*), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141(7)), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.08 (édicte, *idem*), 38.09 (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (2002), 299 N.R. 154 (C.A.F.).

## CONSIDERED:

*R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; (1998), 40 O.R. (3d) 576; 166 D.L.R. (4th) 385; 129 C.C.C. (3d) 449; 20 C.R. (5th) 246; 57 C.R.R. (2d) 219; 232 N.R. 83; 115 O.A.C. 201; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81; 48 O.A.C. 81; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *Kahn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316; (1996), 110 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; [1997] 3 W.W.R. 457; 112 C.C.C. (3d) 385; 4 C.R. (5th) 259; 41 C.R.R. (2d) 266; 207 N.R. 145; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] C.T.C. 120 (Ont. C.A.); *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754 (H.L.); *Tinnelly & Sons Ltd. v. United Kingdom* (1998), 27 EHRR 249 (E.C.J.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.).

## REFERRED TO:

*R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185; (2002), 210 D.L.R. (4th) 341; 162 C.C.C. (3d) 257; 50 C.R. (5th) 1; 92 C.R.R. (2d) 189; 285 N.R. 201; 157 O.A.C. 1; *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175; (1995), 100 C.C.C. (3d) 393; 41 C.R. (4th) 282; 32 C.R.R. (2d) 41; 186 N.R. 49; 85 O.A.C. 129; *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; (1997), 146 D.L.R. (4th) 385; [1997] 6 W.W.R. 1; 89 B.C.A.C. 1; 114 C.C.C. (3d) 385; 6 C.R. (5th) 1; 43 C.R.R. (2d) 233; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

## AUTHORS CITED

Cournoyer, Guy and Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2003*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; (1998), 40 O.R. (3d) 576; 166 D.L.R. (4th) 385; 129 C.C.C. (3d) 449; 20 C.R. (5th) 246; 57 C.R.R. (2d) 219; 232 N.R. 83; 115 O.A.C. 201; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 66 C.C.C. (3d) 321; 7 C.R. (4th) 117; 6 C.R.R. (2d) 35; 128 N.R. 81; 48 O.A.C. 81; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *Kahn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316; (1996), 110 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; [1997] 3 W.W.R. 457; 112 C.C.C. (3d) 385; 4 C.R. (5th) 259; 41 C.R.R. (2d) 266; 207 N.R. 145; *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403; [1981] C.T.C. 120 (C.A. Ont.); *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754 (H.L.); *Tinnelly & Sons Ltd. c. Royaume-Uni* (1998), 27 EHRR 249 (C.E.J.); *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185; (2002), 210 D.L.R. (4th) 341; 162 C.C.C. (3d) 257; 50 C.R. (5th) 1; 92 C.R.R. (2d) 189; 285 N.R. 201; 157 O.A.C. 1; *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175; (1995), 100 C.C.C. (3d) 393; 41 C.R. (4th) 282; 32 C.R.R. (2d) 41; 186 N.R. 49; 85 O.A.C. 129; *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; (1997), 146 D.L.R. (4th) 385; [1997] 6 W.W.R. 1; 89 B.C.A.C. 1; 114 C.C.C. (3d) 385; 6 C.R. (5th) 1; 43 C.R.R. (2d) 233; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161.

## DOCTRINE

Cournoyer, Guy et Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2003*. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002.

APPEAL against two orders of the Trial Division, dated January 9 (2003 FCT 10; [2003] F.C.J. No. 1965 (T.D.) (QL)) and 17 (2003 FCT 43; [2003] F.C.J. No. 1966 (T.D.) (QL)), authorizing only partial disclosure of information sought by the appellant, and prohibiting two witnesses from testifying at the appellant's criminal trial. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

*D'Arcy DePoe* and *Heather Perkins-McVey* for appellant.  
*Alain Préfontaine* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Beresh DePoe Cunningham*, Edmonton, and *Heather Perkins-McVey*, Ottawa, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This is an appeal against two orders of Blanchard J., of the Trial Division, dated January 9 [2003 FCT 10; [2003] F.C.J. No. 1965 (T.D.) (QL)] and 17 [2003 FCT 43; [2003] F.C.J. No. 1966 (T.D.) (QL)], 2003 which, among other things, authorized only partial disclosure of information sought by the appellant. One of the orders also prohibited two witnesses, (witnesses A and B), from testifying at the appellant's criminal trial. However, with respect to the evidence of these two witnesses, the Judge authorized disclosure of expurgated versions of the transcript of their testimonies given before the Federal Court—Trial Division. I reproduce the two orders and hasten to add that the appellant initially sought from this Court an order that the two witnesses be authorized to testify and that the vetted portions of their evidence and of a videocassette be released for use by the defence at the appellant's trial before the Ontario Superior Court of Justice. At the hearing of the appeal, counsel for the appellant informed us that the vetted portions of the videocassette were no longer an issue on appeal, but that

APPEL interjeté contre deux ordonnances de la Section de première instance, en date du 9 janvier (2003 CFPI 10; [2003] A.C.F. n° 1965 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)) et du 17 janvier 2003 CFPI 43; [2003] A.C.F. n° 1966 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)), qui n'autorisaient qu'une divulgation partielle des renseignements demandés par l'appelant et qui interdisaient à deux témoins de déposer au procès criminel de l'appelant. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

*D'Arcy DePoe* et *Heather Perkins-McVey*, pour l'appelant.  
*Alain Préfontaine*, pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Beresh DePoe Cunningham*, Edmonton, et *Heather Perkins-McVey*, Ottawa, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre deux ordonnances du juge Blanchard, de la Section de première instance, portant les dates du 9 [2003 CFPI 10; [2003] A.C.F. n° 1965 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)] et du 17 [2003 CFPI 43; [2003] A.C.F. n° 1966 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)] janvier 2003, ordonnances qui entre autres n'autorisaient qu'une divulgation partielle des renseignements demandés par l'appelant. L'une des ordonnances interdisait aussi à deux témoins (les témoins A et B) de déposer au procès criminel de l'appelant. Cependant, s'agissant des dépositions de ces deux témoins, le juge a autorisé la divulgation de versions expurgées de la transcription de leurs dépositions faites devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Je reproduis les deux ordonnances et je m'empresse d'ajouter que l'appelant a d'abord demandé à la Cour d'ordonner que les deux témoins soient autorisés à déposer et que les portions censurées de leurs dépositions et d'une vidéocassette soient communiquées pour être utilisées par la défense au procès de l'appelant devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Lors

the refusal to allow one of the two witnesses to testify in respect of that videocassette remained a live one. Blanchard J.'s orders read:

Order of January 9, 2003 [at paragraph 39]

THIS COURT ORDERS that:

1. The applicant's request for a blanket authorization to have the two witnesses testify without restriction at the trial of the applicant is denied.
2. The two witnesses be prohibited from testifying at the trial of the applicant with respect to the evidence considered in this proceeding.
3. The excerpts from the transcripts reproduced in Annex "B" attached to this order, together with the additional excerpts referred to in paragraph 8 of the Reasons for Order be authorized for disclosure.
4. Pursuant to section 38.06, the expurgated version of the transcripts of the testimony of the two witnesses, including additional excerpts reproduced in Annex "B" and the information summarized in Annex "A" attached to this order are authorized for disclosure to be introduced in evidence at the applicant's criminal trial as if the two witnesses had testified under oath and in lieu of their *viva voce* testimony.
5. The protective order issued by Lutfy, A.C.J. on November 15, 2002, be modified by substituting a new paragraph 6, reading as follows:
 

The obligation not to disclose the defence information will remain in force until the conclusion of the applicant's trial and the expiry of all applicable appeal periods.
6. Pursuant to paragraph 38.02(2)(b) of the Act, the information contained in Annex "A" and Annex "B" attached to this order will be released to the respondent Attorney General of Canada on the date of the issuance of this order and shall be released to the applicant upon the expiry of the limitation periods for the appeal provided in sections 38.09 and 38.1 of the Act.

de l'instruction de l'appel, les avocats de l'appelant nous ont informés que les portions censurées de la vidéocassette n'étaient plus un point litigieux dans l'appel, mais que le refus d'autoriser l'un des deux témoins à déposer à propos de cette vidéocassette demeurait un point contesté. Voici le texte des ordonnances du juge Blanchard:

Ordonnance du 9 janvier 2003 [au paragraphe 39]

[TRADUCTION]

LA COUR ORDONNE:

1. La requête du demandeur en vue d'obtenir l'autorisation générale de faire témoigner les deux témoins sans restriction au procès du demandeur est rejetée.
2. Les deux témoins ne sont pas autorisés à témoigner au procès du demandeur en ce qui concerne la preuve considérée dans la présente instance.
3. Les extraits des transcriptions qui sont reproduits dans l'annexe «B» jointe à la présente ordonnance, ainsi que les extraits additionnels mentionnés au paragraphe 8 des motifs de l'ordonnance, peuvent être divulgués.
4. En application de l'article 38.06, la version expurgée des transcriptions des dépositions des deux témoins, y compris les extraits additionnels reproduits dans l'annexe «B» et les renseignements résumés dans l'annexe «A» jointe à la présente ordonnance, peuvent être divulgués, pour être déposés comme preuve au procès criminel du demandeur, comme si les deux témoins avaient déposé sous serment, et en remplacement de leurs dépositions de vive voix.
5. L'ordonnance conservatoire rendue par le juge en chef adjoint Lutfy le 15 novembre 2002 est modifiée par ajout d'un nouveau paragraphe 6, formulé ainsi:
 

L'obligation de ne pas divulguer les renseignements de la défense restera en vigueur jusqu'à la conclusion du procès du demandeur et l'expiration de tous les délais d'appel applicables.
6. Conformément à l'alinéa 38.02(2)b) de la Loi, les renseignements contenus dans l'annexe «A» et l'annexe «B» jointes à la présente ordonnance seront communiqués au procureur général du Canada lorsque sera délivrée la présente ordonnance, et ils seront communiqués au demandeur à l'expiration des délais d'appel prévus dans les articles 38.09 et 38.1 de la Loi.

Order of January 17, 2003 [at paragraph 24]

## THIS COURT:

1. CONFIRMS, pursuant to paragraph 38.06(3) of the *Canada Evidence Act*, the prohibition on disclosure of the following injurious information expurgated from the original of the videocassette, produced as Exhibit 'B' to the affidavit sworn by Colonel MacLean on December 18, 2002, in these proceedings:

- a) the latitude and longitude co-ordinates appearing on the upper right-hand corner of the image;
- b) the heads up display, including the laser codes, the weapons range and radar equipment; and
- c) from the sound track of the videocassette, all call signs, nicknames or code words.

2. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*, the disclosure of the remaining information contained in the videocassette. Attached to this Order as Annex 'A' is a copy of the expurgated videocassette authorised to be disclosed by this Order.

3. PROHIBITS, pursuant to paragraph 38.06(3) of the *Canada Evidence Act*, [. . .] from testifying with respect to the videocassette.

4. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*, the disclosure of the expurgated version of the affidavit sworn by [. . .] in these proceedings on December 24, 2002, attached to this Order as Annex 'B' and of the summary of information in parentheses added by the Court to paragraph 14 of that expurgated affidavit.

5. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(4) of the *Canada Evidence Act*, the introduction into evidence, at the criminal trial of the respondent, Mr. Ribic, of the expurgated videocassette attached to this order as Annex "A".

6. AUTHORISES, pursuant to paragraph 38.06(4) of the *Canada Evidence Act*, the introduction into evidence, at the criminal trial of the respondent, Mr. Ribic, of the expurgated affidavit of [. . .] attached to this Order as Annex 'B', *in lieu of* his *viva voce* testimony, as if [. . .] had testified under oath, under the same conditions mentioned in the *Reasons for Order and Order* issued by the Court in *Ribic v. Canada (Attorney General of Canada)* 2003 FCT 10 (application DES-3-02).

Ordonnance du 17 janvier 2003 [au paragraphe 24]

## [TRADUCTION]

## LA COUR:

1. CONFIRME, conformément au paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'interdiction de divulgation des renseignements préjudiciables suivants retranchés de l'original de la vidéocassette, produite comme pièce «B» de l'affidavit établi sous serment par le colonel MacLean le 18 décembre 2002, dans la présente instance:

- a) la latitude et la longitude indiquées au coin supérieur droit de l'image;
- b) la visualisation tête haute, y compris les codes laser, la portée des armes et les équipements radar; et
- c) sur la bande son de la vidéocassette, tous les indicatifs d'appel, les pseudonymes ou les mots codés.

2. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la divulgation des renseignements restants figurant dans la vidéocassette. Est jointe à cette ordonnance, en tant qu'annexe «A», une copie de la vidéocassette expurgée dont la divulgation est autorisée par la présente ordonnance.

3. INTERDIT, conformément au paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à [. . .] de témoigner à propos de la vidéocassette.

4. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la divulgation de la version expurgée de l'affidavit établi sous serment par [. . .] dans la présente instance le 24 décembre 2002, joint à la présente ordonnance en tant qu'annexe «B», et la divulgation du résumé des renseignements entre parenthèses ajoutés par la Cour au paragraphe 14 dudit affidavit expurgé.

5. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le dépôt comme preuve, au procès criminel du défendeur, M. Ribic, de la vidéocassette expurgée jointe à la présente ordonnance en tant qu'annexe «A».

6. AUTORISE, conformément au paragraphe 38.06(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le dépôt comme preuve, au procès criminel du défendeur, M. Ribic, de l'affidavit expurgé de [. . .], joint à la présente ordonnance en tant qu'annexe «B», en remplacement de sa déposition de vive voix, comme si [. . .] avait témoigné sous serment, aux mêmes conditions que celles mentionnées dans les *motifs de l'ordonnance et l'ordonnance* rendue par la Cour dans l'affaire *Ribic c. Canada (Procureur général du Canada)* 2003 CFPI 10 (demande DES-3-02).

7. ORDERS, pursuant to section 38.12(1) of the *Canada Evidence Act*, Mr. D'Arcy DePoe and Ms. Heather Perkins-McVey, counsel for Mr. Ribic, not to disclose to anyone either the unexpurgated videocassette or the unexpurgated version of the affidavit of [ . . . ] sworn in these proceedings on December 24, 2002;

8. ORDERS, pursuant to section 38.12(1) of the *Canada Evidence Act*, Mr. D'Arcy DePoe and Ms. Heather Perkins-McVey, counsel for Mr. Ribic, to deliver up their copies of the unexpurgated videocassette and of the unexpurgated version of the affidavit of [ . . . ] sworn in these proceedings on December 24, 2002, and any reproduction thereof, to the Registry of this Court, forthwith;

9. ORDERS, pursuant to section 38.12(2) of the *Canada Evidence Act*, that the unexpurgated videocassette and the unexpurgated version of the affidavit of [ . . . ] sworn in these proceedings on December 24, 2002 be sealed, along with the records of this application and kept in a location to which the public has no access;

10. ORDERS the Attorney General of Canada, pursuant to paragraph 38.02(2)(b) and section 38.07 of the *Canada Evidence Act*, to immediately communicate the *Reasons for Order and Order*, less its annexes, to the judge presiding at the criminal trial of Mr. Ribic and to the prosecution team.

11. DIRECTS, pursuant to paragraph 38.02(2)(b) of the *Canada Evidence Act*, that the information contained in Annex "A" and Annex "B" attached to this order be released to the respondent, Mr. Ribic, upon the expiry of the period for appeal provided in sections 38.09 and 38.1 of the *Act*, or such earlier date as the Attorney General of Canada may indicate.

[2] Incidental to his appeal, the appellant also seeks an order that the contents of the factums, Appeal Books, videocassette or transcripts of witnesses' evidence as well as affidavits in the present proceedings not be released to any member of the prosecution team or any other person without the consent of the defence.

#### Facts and procedure

[3] The appellant is a Canadian citizen. He joined the Serb forces in Bosnia when the war started. In 1995, he was involved in a hostage-taking incident which led to his prosecution under section 279.1 [as enacted by

7. ORDONNE, conformément au paragraphe 38.12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à M. D'Arcy DePoe et à M<sup>me</sup> Heather Perkins-McVey, avocats de M. Ribic, de ne divulguer à personne la vidéocassette non expurgée ou la version non expurgée de l'affidavit de [ . . . ] établi sous serment dans la présente instance le 24 décembre 2002;

8. ORDONNE, conformément au paragraphe 38.12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à M. D'Arcy DePoe et à M<sup>me</sup> Heather Perkins-McVey, avocats de M. Ribic, de remettre leurs copies de la vidéocassette non expurgée et de la version non expurgée de l'affidavit de [ . . . ] établi sous serment dans la présente instance le 24 décembre 2002, ainsi que toute reproduction d'icelles, au greffe de la Cour, sur-le-champ;

9. ORDONNE, conformément au paragraphe 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, que la vidéocassette non expurgée et la version non expurgée de l'affidavit de [ . . . ], établi sous serment dans la présente instance le 24 décembre 2002, soient scellées, en même temps que les dossiers de la présente demande, et conservées dans un endroit auquel le public n'a aucun accès;

10. ORDONNE au procureur général du Canada, conformément à l'alinéa 38.02(2)b) et à l'article 38.07 de la *Loi sur la preuve au Canada*, de communiquer immédiatement les motifs de l'ordonnance et l'ordonnance, moins ses annexes, au juge présidant le procès criminel de M. Ribic, ainsi qu'à l'équipe chargée de la poursuite.

11. ORDONNE, conformément à l'alinéa 38.02(2)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, que les renseignements contenus dans l'annexe «A» et l'annexe «B» jointes à la présente ordonnance soient communiqués au défendeur, M. Ribic, à l'expiration du délai d'appel prévu par les articles 38.09 et 38.1 de la *Loi*, ou à la date plus rapprochée que le procureur général du Canada pourra indiquer.

[2] En marge de son appel, l'appelant voudrait aussi que la Cour ordonne que le contenu des mémoires, des dossiers d'appel, de la vidéocassette ou de la transcription des dépositions des témoins, ainsi que des affidavits produits dans la présente instance, ne soit communiqué à aucun membre de l'équipe chargée de la poursuite, ni à quiconque, sans le consentement de la défense.

#### Les faits et la procédure

[3] L'appelant est citoyen canadien. Il s'est joint aux forces serbes en Bosnie lorsque la guerre a éclaté. En 1995, il a pris part à une prise d'otages à la suite de laquelle il a été poursuivi en vertu de l'article 279.1

R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 40; 1995, c. 39, s. 148] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] on four counts of forcible confinement and death threat, each count being punishable with life imprisonment. It is in the context of his trial before a judge and a jury in the Ontario Superior Court of Justice that the appellant sought disclosure of information and files from the United Nations, the North Atlantic Treaty Organization, the Department of National Defence, the Canadian Security Intelligence Service, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Committee of the Red Cross.

[4] On October 23, 2002, the appellant called, in his criminal trial, two witnesses to testify on his behalf and gave notice to that effect to the Attorney General of Canada (Attorney General) as required by subsection 38.01(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Act). The Attorney General objected to these testimonies on the basis that they would reveal sensitive or potentially injurious information. Section 38 [as am. *idem*, ss. 43, 141(4)] of the Act defines sensitive information as information relating to international relations, national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada and that is of a type that the Government is taking measures to safeguard. As for potentially injurious information, it refers to information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations, national defence or national security. For convenience, I shall, thereafter, refer to sensitive information as including potentially injurious information.

[5] Some time in November 2002, the appellant obtained a videocassette containing excerpts of bombing missions which took place near Pale, Bosnia, in 1995. It is alleged that the bombings were carried out at the time or near the place where the hostage-taking incident occurred. As he wished to present it as evidence at his trial, the appellant, again, notified the Attorney General of his intent. The Attorney General viewed the

[édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 40; 1995, ch. 39, art. 148] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], sous quatre chefs d'inculpation de séquestration et de menaces de mort, chaque chef étant punissable d'emprisonnement à perpétuité. C'est au cours de son procès devant un juge et un jury, à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, que l'appellant a demandé la communication de renseignements et de dossiers des Nations Unies, de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, du ministère de la Défense nationale, du Service canadien du renseignement de sécurité, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Comité international de la Croix-Rouge.

[4] Le 23 octobre 2002, l'appellant assignait, dans son procès criminel, deux témoins pour qu'ils déposent en sa faveur, et il signifiait un avis en ce sens au procureur général du Canada (le procureur général) ainsi que l'exige le paragraphe 38.01(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi). Le procureur général s'est opposé à ces dépositions au motif qu'elles révéleraient des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. L'article 38 [mod., *idem*, art. 43; 141(4)] de la Loi définit les renseignements sensibles comme des renseignements qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection. Quant aux renseignements potentiellement préjudiciables, il s'agit de renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales. Par commodité, j'emploierai ci-après l'expression «renseignements sensibles» comme si elle englobait également les renseignements potentiellement préjudiciables.

[5] Au cours de novembre 2002, l'appellant a obtenu une vidéocassette contenant des extraits de missions de bombardement qui s'étaient déroulées près de Pale, en Bosnie, en 1995. Les bombardements auraient eu lieu à la date ou près de l'endroit de la prise d'otages. L'appellant souhaitait produire la vidéocassette comme preuve à son procès, et de nouveau il a informé le procureur général de son intention. Le procureur général

videocassette and refused to agree to its release. He also refused to permit witness A to testify in respect of it.

[6] Pursuant to section 38.04 [as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)] of the Act, the appellant brought, on November 5, 2002, an application to the Federal Court—Trial Division for an order regarding the disclosure of the information revealed or to be revealed by the two witnesses. The appellant also requested that the entirety of the information at issue be disclosed. The parties tried to find a practical solution to deal with the specific problem raised by the eventual testimony of these two witnesses. On November 15, 2002, upon consent of the parties, Lutfy A.C.J. issued an order which appointed Mr. Préfontaine, counsel for the Attorney General, to act on behalf of counsel for the appellant in examining the two witnesses. The examination was to be conducted on the basis of areas of questioning identified by counsel for the appellant. Counsel for the appellant were to remain in attendance in order to provide to Mr. Préfontaine further explanations and suggestions on possible areas of questioning. This process was devised to assist the Trial Division in determining the relevancy of the two witnesses' information to the prosecution of the appellant as well as identifying the sensitive information which could not be disclosed. I should add that the process was also conceived to obviate the lack of security clearance of the appellant's counsel. Some of the information was accessible on a need to know basis only and required security clearance at the highest level. That the process so devised and followed was unusual is common ground. I shall come back to this later when I will discuss the grievances of the appellant towards that process.

[7] On December 18, 2002, the Attorney General also brought an application for an order regarding, this time, disclosure of the information contained in the videocassette. Both applications led to the two orders issued by Blanchard J. and against which the present appeal lies.

a visionné la vidéocassette et a refusé de consentir à sa communication. Il a également refusé de permettre au témoin A d'évoquer dans sa déposition la vidéocassette.

[6] En application de l'article 38.04 [édicte, *idem*, art. 43, 141(7)] de la Loi, l'appelant a demandé le 5 novembre 2002 à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la communication des renseignements révélés ou devant être révélés par les deux témoins. L'appelant demandait aussi que soit divulguée l'intégralité des renseignements en cause. Les parties ont tenté de trouver une solution pratique au problème particulier soulevé par les éventuelles dépositions de ces deux témoins. Le 15 novembre 2002, avec le consentement des parties, le juge en chef adjoint Lutfy rendait une ordonnance qui donnait à M. Préfontaine, substitut du procureur général, le mandat d'agir au nom des avocats de l'appelant dans l'interrogatoire des deux témoins. L'interrogatoire devait se faire d'après des séries de questions formulées par les avocats de l'appelant. Les avocats de l'appelant devaient demeurer présents afin de pouvoir donner à M. Préfontaine d'autres explications et suggestions pour de possibles séries de questions. Cette méthode avait été imaginée pour aider la Section de première instance à déterminer la pertinence des dépositions des deux témoins pour la poursuite de l'appelant, ainsi que pour l'aider à circonscrire les renseignements sensibles qui ne pourraient pas être divulgués. J'ajouterais que la méthode était aussi conçue pour obvier à l'absence d'habilitations de sécurité des avocats de l'appelant. Certains des renseignements n'étaient accessibles qu'aux personnes qui de par leurs fonctions devaient en prendre connaissance, et ils exigeaient une habilitation de sécurité du niveau le plus élevé. Les parties s'accordent pour dire que la méthode ainsi imaginée et suivie était inusitée. Je reviendrai sur cet aspect plus tard lorsque j'examinerai les griefs de l'appelant à l'endroit de cette méthode.

[7] Le 18 décembre 2002, le procureur général introduisait lui aussi une demande pour que soit rendue une ordonnance concernant cette fois la divulgation des renseignements contenus dans la vidéocassette. Les deux demandes ont conduit aux deux ordonnances rendues par le juge Blanchard, contre lesquelles est interjeté le présent appel.

### Submissions of counsel for the appellant

[8] Counsel for the appellant submit that the vetted information should be disclosed “where it is demonstrated that there is a reasonable possibility that the undisclosed information can be used in advancing a defence”: see appellant’s memorandum of fact and law, paragraph 59. Vetting the information in such circumstances, the allegation goes, infringes an accused’s right to full answer and defence and where such infringement occurs, the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure: *ibid.*, at paragraph 57.

[9] As for the testimony of witnesses A and B, counsel for the appellant contend first that the decision of Blanchard J. to refuse permission to the two witnesses to testify deprives the appellant of his right to call evidence necessary to establish his defence and challenge the prosecution’s evidence. They rely in support of their contention upon two decisions of the Supreme Court of Canada: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577.

[10] Counsel for the appellant also submit that disclosure by the Judge of their evidence in the form of a transcript was an error because the process by which the transcript was obtained was unfair. Appellant’s counsel complain that the process denied them the possibility of leading the examination of their own witnesses, asking follow-up or supplementary questions as well as seeking clarification of the responses obtained. They also express two additional concerns. First, they fear that the transcripts might not be admitted as evidence at trial because the evidence previously taken was not taken in the presence of the accused and has not been subject to any form of cross-examination. Second, they are afraid that the trier of fact may not give sufficient weight to that evidence because of concerns about the credibility of the witnesses arising from the lack of cross-examination or opportunity to observe their demeanour. They also raise the spectre of the Crown calling *viva voce* evidence in rebuttal of the transcript evidence tendered by the accused.

### Conclusions des avocats de l’appelant

[8] Selon les avocats de l’appelant, les renseignements censurés devraient être divulgués «quand il est démontré qu’il y a de bonnes chances pour que les renseignements non divulgués puissent servir à faire valoir une défense»: voir l’exposé des faits et du droit de l’appelant, paragraphe 59. Le contrôle des renseignements dans un tel cas, d’affirmer les avocats de l’appelant, porte atteinte au droit de l’accusé à une défense pleine et entière et, lorsqu’une telle atteinte se produit, l’intérêt public dans la divulgation l’emporte sur l’intérêt public dans la non-divulgation: *ibid.*, au paragraphe 57.

[9] Quant aux dépositions des témoins A et B, les avocats de l’appelant affirment d’abord que la décision du juge Blanchard de refuser aux deux témoins la permission de déposer prive l’appelant de son droit de produire la preuve nécessaire pour établir sa défense et réfuter la preuve de la poursuite. Au soutien de leur affirmation, ils s’appuient sur deux arrêts de la Cour suprême du Canada: *R. c. Rose*, [1998] 2 R.C.S. 262; *R. c. Seaboyer*; *R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577.

[10] Les avocats de l’appelant disent aussi que le juge n’aurait pas dû divulguer leur preuve sous la forme d’une transcription, parce que le moyen par lequel la transcription avait été obtenue était injuste. Les avocats de l’appelant se plaignent que la méthode employée leur a enlevé la possibilité de conduire l’interrogatoire de leurs propres témoins, de poser des questions complémentaires ou additionnelles ainsi que d’obtenir des éclaircissements sur les réponses obtenues. Ils expriment aussi deux autres préoccupations. D’abord, ils craignent que les transcriptions ne soient pas admises comme preuve au procès parce que les témoignages recueillis auparavant ne l’ont pas été en la présence de l’accusé et n’ont été soumis à aucune forme de contre-interrogatoire. Deuxièmement, ils craignent que le juge des faits n’accorde pas un poids suffisant à ces témoignages en raison de ses doutes sur la crédibilité des témoins parce qu’ils n’ont pas été contre-interrogés ou parce que le juge des faits n’a pas eu l’occasion d’observer leur comportement. Ils évoquent aussi le risque de voir la Couronne produire des témoignages de vive voix pour réfuter la preuve contenue dans la transcription que l’accusé aura déposée.

[11] I think it is fair to say at the outset that counsel for the appellant are painting the position of their client with a broad brush. In this regard, paragraphs 65-68 of their memorandum of fact and law are instructive. They assert that the Federal Court of Canada, under the new legislation enacted in the *Anti-terrorism Act* [S.C. 2001, c. 41] is no longer the final gatekeeper when it comes to disclosure of sensitive information and that the Court should leave it up to the Attorney General to issue, under section 38.13 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act, a certificate prohibiting disclosure of the information, as he can even in the face of a court order to disclose. In short, counsel for the appellant want all the information remaining in issue here to be released. In the name of the right to a fair trial, they invite this Court to endorse a policy of general disclosure based on mere relevancy and to leave it to the Attorney General to invoke his overriding power not to disclose. In fairness to the appellant and his counsel who do not know what is being vetted, they could not engage meaningfully in an attempt to discuss individual pieces of information that were prohibited from disclosure with a view to establishing that the necessity of their disclosure outweighs the necessity of protecting national security, national defence or international relations.

[12] Before I address the appellant's arguments against the Judge's decision, I will say a few words about the role of the reviewing court in the process established by the *Anti-terrorism Act*.

The role of the Trial Division on an application under section 38.04 of the Act for an order regarding disclosure of information

[13] I should begin by saying that the appellant has not challenged the constitutional validity of the new legislation. Therefore, I am bound to take and apply the law as it stands. The Federal Court would be remiss of its duties under the Act if it were to endorse the appellant's philosophy of general disclosure based on mere relevancy, a philosophy which can only lead to and incite fishing expeditions. The Federal Court—Trial Division

[11] Je crois qu'il est juste de dire d'entrée de jeu que les avocats de l'appellant peignent à larges traits la position de leur client. Sur ce point, les paragraphes 65 à 68 de leur exposé des faits et du droit sont instructifs. Ils disent que la Cour fédérale du Canada, selon les nouvelles dispositions édictées dans la *Loi antiterroriste* [L.C. 2001, ch. 41], n'est plus l'arbitre final quand il s'agit de la divulgation de renseignements sensibles, et que la Cour devrait laisser au procureur général le soin de délivrer, en application de l'article 38.13 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi, un certificat interdisant la divulgation des renseignements, ainsi qu'il en a le pouvoir quand bien même existerait-il une ordonnance judiciaire de divulgation. En bref, les avocats de l'appellant voudraient que soient communiqués tous les renseignements restants qui sont en cause ici. Au nom du droit à un procès équitable, ils invitent la Cour à entériner un principe de divulgation générale fondé sur la simple pertinence des renseignements, et à laisser au procureur général le loisir d'invoquer son pouvoir prépondérant de faire obstacle à la divulgation. Il faudrait reconnaître, en toute équité pour l'appellant et ses avocats, qui ne savent pas quels renseignements sont censurés, qu'ils n'ont pu valablement s'exprimer sur les renseignements dont la divulgation a été interdite, afin d'établir que la nécessité de la divulgation l'emportait sur la nécessité de protéger la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales.

[12] Avant d'examiner les arguments de l'appellant à l'encontre de la décision du juge, je dirai quelques mots sur le rôle exercé par la juridiction de contrôle dans le processus établi par la *Loi antiterroriste*.

Le rôle de la Section de première instance lorsqu'il lui est demandé selon l'article 38.04 de la Loi de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements

[13] Je commencerai par dire que l'appellant n'a pas contesté la validité constitutionnelle de la nouvelle loi. Par conséquent, je dois considérer et appliquer les règles telles qu'elles existent. La Cour fédérale manquerait à ses obligations selon la Loi si elle devait entériner le principe de divulgation générale préconisé par l'appellant et fondé sur la seule pertinence des renseignements, un principe qui ne peut qu'entraîner et encourager des

has been tasked with the difficult duty of balancing the competing public interests which, in this case, involve the protection of sensitive information and the protection of an accused's constitutional rights to a full answer and defence and to a fair trial. This is a function of the Trial Division which Blanchard J. understood well and performed with great care and full awareness of the issues at stake. A review of the transcripts of the hearing shows that he studiously and painstakingly considered each of the applicant's claims against disclosure before making his ruling.

[14] As a general rule, a person charged with a criminal offence enjoys a qualified right to disclosure of all information relevant to his or her defence. The right is qualified in that it is subject to Crown's discretion and the law and rules of privilege: see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at page 339. Where the information to be disclosed or sought to be obtained is sensitive information, a State privilege to confidentiality and secrecy is triggered and section 38 of the Act establishes the procedure by which the privilege is to be exercised and ultimately secured.

[15] It is important to remind ourselves that proceedings initiated pursuant to section 38.04 of the Act for an order regarding disclosure of information are not judicial review proceedings. They are not proceedings aimed at reviewing a decision of the Attorney General not to disclose sensitive information. The prohibition to disclose sensitive information is a statutory one enacted by paragraph 38.02(1)(a) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act which reads:

**38.02 (1)** Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

The application to a judge of the Trial Division is an application whereby the judge is required to make an

enquête à l'aveuglette. La Section de première instance de la Cour fédérale a été chargée de la difficile tâche consistant à soupeser les intérêts publics rivaux que sont ici la protection de renseignements sensibles et la protection des droits constitutionnels d'un accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable. C'est une fonction de la Section de première instance que le juge Blanchard a bien comprise et dont il s'est acquitté avec grand soin et une parfaite connaissance des enjeux. L'examen des transcriptions de l'audience montre que, avant de rendre sa décision, il a scrupuleusement examiné chacune des oppositions du demandeur à la divulgation.

[14] En règle générale, une personne accusée d'une infraction criminelle n'a pas un droit illimité à la divulgation de tous les renseignements intéressant sa défense. Ce droit n'est pas illimité en ce sens qu'il est subordonné au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège: voir l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la page 339. Lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'article 38 de la Loi établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé et finalement reconnu.

[15] Il importe de se rappeler que la procédure introduite en application de l'article 38.04 de la Loi pour que soit rendue une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements n'est pas une procédure de contrôle judiciaire. Ce n'est pas une procédure destinée à réformer une décision du procureur général de ne pas divulguer des renseignements sensibles. L'interdiction de divulguer des renseignements sensibles est une interdiction édictée par l'alinéa 38.02(1)a) [édicté par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi, ainsi formulé:

**38.02 (1)** Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance:

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

La demande adressée à un juge de la Section de première instance est une demande par laquelle le juge est prié de

initial determination, i.e., to determine whether the statutory prohibition of disclosure should be confirmed or not: see subsection 38.06(3) [as enacted *idem*] which says that if the judge does not authorize disclosure, he or she shall, by order, confirm the prohibition of disclosure. In proceedings under section 38.04, the judge is required to make his own decision as to whether the statutory ban ought to be lifted or not and issue an order accordingly.

[16] Where a judge of the Trial Division is seized with an application for an order regarding the disclosure of sensitive information, subsection 38.04(5) stipulates that he shall hear the representations of the Attorney General and, when required, those of the Minister of National Defence concerning the identity of the persons whose interests may be affected by the eventual order regarding disclosure as well as the persons who should be notified of a hearing, if any, on the matter. The judge may decide to hold a hearing in which case he shall decide who should be given notice and who may be given an opportunity to make representations.

[17] The first task of a judge hearing an application is to determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not in the usual and common sense of the *Stinchcombe* rule, that is to say in the case at bar information, whether inculpatory or exculpatory, that may reasonably be useful to the defence: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at page 740. This is undoubtedly a low threshold. This step remains a necessary one because, if the information is not relevant, there is no need to go further and engage scarce judicial resources. This step will generally involve an inspection or examination of the information for that purpose. The onus is on the party seeking disclosure to establish that the information is in all likelihood relevant evidence.

[18] Where the judge is satisfied that the information is relevant, the next step pursuant to section 38.06 is to determine whether the disclosure of the information

rendre une décision initiale, c'est-à-dire de décider si l'interdiction législative de la divulgation devrait ou non être confirmée: voir le paragraphe 38.06(3) [édicte, *idem*], qui dit que, si le juge n'autorise pas la divulgation, il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation. Dans une procédure selon l'article 38.04, le juge est tenu de décider par lui-même si l'interdiction législative doit être levée ou non et de rendre une ordonnance en conséquence.

[16] Le paragraphe 38.04(5) prévoit que, lorsqu'il est demandé à un juge de la Section de première instance de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements sensibles, il doit entendre les observations du procureur général et, au besoin, celles du ministre de la Défense nationale, sur l'identité des personnes dont les intérêts pourraient être touchés par l'éventuelle ordonnance concernant la divulgation, ainsi que sur les personnes qui devraient être informées de la tenue d'une audience sur la question. Le juge peut décider de tenir une audience, auquel cas il décidera qui devrait en être informé et qui aura la possibilité de présenter des observations.

[17] La première tâche d'un juge qui instruit une demande consiste à dire si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, au sens habituel et courant, d'après la règle exposée dans l'arrêt *Stinchcombe*, plus précisément, dans le cas qui nous occupe, de dire si les renseignements, qu'il s'agisse d'éléments de preuve inculpatives ou disculpatives, pourraient raisonnablement être utiles pour la défense: *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la page 740. Il s'agit là sans aucun doute d'un seuil de faible niveau. Cette étape reste une étape nécessaire parce que, si les renseignements ne sont pas pertinents, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de mobiliser des ressources judiciaires comptées. Cette étape nécessitera en général, à cette fin, une inspection ou un examen des renseignements. C'est à la partie qui demande leur divulgation qu'il appartient de prouver que les renseignements sont très probablement des éléments de preuve pertinents.

[18] Lorsque le juge est d'avis que les renseignements sont pertinents, il doit ensuite se demander, selon l'article 38.06, si la divulgation des renseignements

would be injurious to international relations, national defence or national security. This second step will also involve, from that perspective, an examination or inspection of the information at issue. The judge must consider the submissions of the parties and their supporting evidence. He must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence: *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), at page 895. It is a given that it is not the role of the judge to second-guess or substitute his opinion for that of the executive. As Lord Hoffmann said in *Rehman* at paragraph 62 in relation to the September 11 events in New York and Washington, referred to in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 33:

They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.

[19] This means that the Attorney General's submissions regarding his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his access to special information and expertise, should be given considerable weight by the judge required to determine, pursuant to subsection 38.06(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43], whether disclosure of the information would cause the alleged and feared injury. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public. If his assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it. I should add that a similar norm of reasonableness has been adopted by the House of

serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Cette deuxième étape nécessitera elle aussi, selon cette perspective, un examen ou une inspection des renseignements en cause. Le juge doit considérer les représentations des parties et les preuves qu'elles ont pour les appuyer. Il doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve: *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), à la page 895. Il est de règle qu'il n'appartient pas au juge de reconsidérer l'avis du pouvoir exécutif ni de lui substituer son propre avis. Ainsi que le disait lord Hoffmann dans l'arrêt *Rehman*, au paragraphe 62, à propos des événements survenus le 11 septembre 2001 à New York et à Washington, un précédent mentionné dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 33:

[TRADUCTION] Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.

[19] Cela veut dire que les conclusions du procureur général concernant son évaluation du préjudice pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales, devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir accorder un poids considérable de la part du juge appelé à décider, en application du paragraphe 38.06(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], si la divulgation des renseignements causerait le préjudice appréhendé. Le procureur général exerce un rôle protecteur envers la sécurité du public. Si l'évaluation qu'il fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter. J'ajouterais que la Chambre des lords a adopté une norme similaire en

Lords: see *Rehman* at paragraph 55 where Lord Hoffmann mentions that the Special Immigration Appeals Commission may reject the Home Secretary's opinion when it was "one which no reasonable minister advising the Crown could in the circumstances reasonably have held".

[20] An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure. The burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis.

[21] Upon a finding that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge then moves to the final stage of the inquiry which consists in determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The party seeking disclosure of the information bears the burden of proving that the public interest scale is tipped in its favour.

[22] Balancing the competing interests at stake requires the application of a more stringent test than the usual relevancy rule. Otherwise, as evidenced by the appellant's position, relevant sensitive information would always be disclosed to the detriment of international relations, national defence or national security. It means in effect no balancing at all. This is what this Court said in the civil case of *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154 (F.C.A.) where Stone J.A., in relation to former sections 37 and 38 of the Act, wrote at paragraphs 17 and 18:

Thus, whether a question is relevant in the context of a section 37 and 38 determination is not to be viewed in the narrow sense of whether it is relevant to an issue pleaded, but rather to its relative importance in proving the claim or in defending it.

I respectfully agree with the Motions Judge, at paragraph 28, that "the information which the plaintiffs seek to obtain

matière d'évaluation raisonnable: voir l'arrêt *Rehman* au paragraphe 55, où lord Hoffmann précise que la Commission spéciale des appels en matière d'immigration peut rejeter l'avis du ministre de l'Intérieur lorsque c'est un avis [TRADUCTION] «auquel aucun ministre raisonnable conseillant la Couronne n'aurait pu raisonnablement arriver, eu égard aux circonstances».

[20] Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu'aucun préjudice ne résulterait d'une divulgation publique des renseignements. C'est à la partie qui s'oppose à la divulgation en alléguant un éventuel préjudice qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice.

[21] Après qu'il est arrivé à la conclusion que la divulgation des renseignements sensibles entraînerait un préjudice, le juge passe alors à l'étape finale de l'enquête, qui consiste à dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur.

[22] Soupeser les intérêts rivaux en jeu requiert l'application d'un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements. Autrement, ainsi que l'atteste la position de l'appelant, des renseignements sensibles pertinents seront toujours divulgués, au détriment des relations internationales, de la défense nationale ou de la sécurité nationale. Dans les faits, cela veut dire que les intérêts ne sont pas soupesés. C'est ce que notre Cour disait dans l'affaire civile *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* (2002), 299 N.R. 154 (C.A.F.), où le juge Stone, J.C.A., écrivait, aux paragraphes 17 et 18, à propos des anciens articles 37 et 38 de la Loi:

Par conséquent, la question de savoir si une question est pertinente dans le contexte d'une décision fondée sur l'article 37 et 38 ne doit pas être considérée comme se rapportant strictement à la question de savoir si elle se rapporte à un point qui a été plaidé, mais plutôt à son importance relative lorsqu'il s'agit de prouver la demande ou de se défendre.

Je suis d'accord avec le juge des requêtes lorsqu'il dit, au paragraphe 28, que «les renseignements que les demandeurs

will not establish a fact crucial to the plaintiffs' case". As I read his reasons, this was a significant factor in determining whether the importance of disclosure was outweighed by the importance of protecting the specified public interest.

The Court considered the factors enumerated in *Kahn v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316 (T.D.): the nature of the public interest sought to be protected by confidentiality, the seriousness of the charge or issues involved, the admissibility of the documentation and the usefulness of it, whether there were other reasonable ways of obtaining the information, whether the disclosure sought amounted to general discovery or a fishing expedition and whether the information will probably establish a fact crucial to the defence. Obviously, the last two factors impose a higher threshold than simple relevancy.

[23] Counsel for the Attorney General submits that, when balancing in criminal law the State privilege to secrecy and confidentiality against the right to a full answer and defence, the test is even more stringent than the probability of establishing a fact crucial to the defence. He relies upon the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Leipter*, [1997] 1 S.C.R. 281 in which the accused seeking disclosure of details of an informer telephone tip to the police was confronted with the rule of informer privilege. The accused's claim to disclosure was based on his right to full answer and defence: see also *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185 involving a solicitor-client privilege.

[24] After a review of the importance to the administration of justice and the scope of the informer privilege, McLachlin J., as she then was, wrote for a unanimous Court in *Leipter*, at paragraph 20:

Informer privilege is subject only to one exception, known as the "innocence at stake" exception.

cherchent à obtenir n'établiront pas un fait crucial pour leur argumentation». Selon l'interprétation que je donne aux motifs du juge, ce facteur est important lorsqu'il s'agit de déterminer si des raisons d'intérêt public déterminées l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation.

La Cour a examiné les facteurs énumérés dans l'affaire *Kahn c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1<sup>re</sup> inst.): la nature de l'intérêt public que l'on cherche à protéger par la confidentialité, la gravité de l'accusation ou des questions concernées, l'admissibilité des documents et leur utilité, la question de savoir s'il y avait d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements, la question de savoir si la divulgation demandée visait la communication de certains documents ou constituait un interrogatoire à l'aveuglette, et la question de savoir si les renseignements sont susceptibles d'établir un fait crucial pour la défense. À l'évidence, les deux derniers facteurs imposent un seuil plus élevé que la simple pertinence.

[23] Selon le substitut du procureur général, lorsque, en droit criminel, on soupèse d'une part le privilège de l'État d'invoquer le caractère secret et la confidentialité d'éléments de preuve et d'autre part le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, le critère est encore plus rigoureux que le point de savoir si les renseignements établiront probablement un fait essentiel pour la défense. Il se fonde sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Leipter*, [1997] 1 R.C.S. 281, où l'accusé, qui voulait obtenir des détails sur une information qu'un indicateur avait communiquée à la police par téléphone, s'était heurté à la règle du privilège de l'indicateur de police. La demande de divulgation faite par l'accusé reposait sur son droit à une défense pleine et entière. Voir aussi l'arrêt *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185, qui concernait le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[24] Après examen de l'importance du privilège des indicateurs de police pour l'administration de la justice, et examen du champ de ce privilège, la juge McLachlin (son titre à l'époque), rédigeant l'arrêt unanime de la Cour suprême, écrivait, au paragraphe 20 de l'arrêt *Leipter*:

Le privilège relatif aux indicateurs de police ne souffre qu'une exception, celle concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé.

She went on to say at paragraph 28 that "the only exception to the privilege is found where there is a basis to conclude that the information may be necessary to establish the innocence of the accused".

[25] Not surprisingly, counsel for the appellant argue that this informer privilege falls in a different class and that the rationale governing its contents and application is not the same as the one invoked in the present case. Counsel for the Attorney General submits that whether it is informer privilege, solicitor-client privilege or State secrecy privilege, all these privileges are governed by the law and the rules of privilege. They are fundamental to the basic values that each one of them protects and promotes. So the information that they protect can only be disclosed when the innocence of the accused is at stake.

[26] There is certainly a very important feature of the informer and the State secrecy privileges that is common to both. The informer privilege's purpose is to protect the safety and the security of the informer: part of the State secrecy privilege invoked in the case at bar aims at protecting the safety and the security of a whole nation. As Lord Hoffmann, previously cited, mentioned, the cost of failure can be high if matters of national security are ignored or taken lightly.

[27] Be that as it may, it is not necessary in this case to determine whether the more stringent test developed in criminal law should apply although, in view of the important feature common to both privileges, I would be inclined to apply that test at least in respect of matters affecting national security or national defence. I am also sensitive to, and cannot ignore, the fact that prejudice to international relations may be of such a nature and magnitude as to compromise national security or defence. It appears that Blanchard J. applied the test developed in the civil case of *Pereira* which is more favourable to the appellant. For reasons that I will explain later, I will review his decision and the sensitive information at issue on that basis.

Puis elle écrivait, au paragraphe 28 que «la seule exception [au privilège] est le cas où il y a un motif de conclure que les renseignements en cause peuvent être nécessaires pour établir l'innocence de l'accusé».

[25] Comme on pouvait s'y attendre, les avocats de l'appellant font valoir que ce privilège des indicateurs de police entre dans une catégorie différente et que la motivation qui régit son contenu et son application n'est pas la même que la motivation invoquée en l'espèce. Selon le substitut du procureur général, qu'il s'agisse du privilège relatif aux indicateurs de police, du privilège des communications entre l'avocat et son client ou du privilège relatif aux secrets d'État, tous ces privilèges sont régis par le droit et par les règles du privilège. Ils sont à la base des valeurs que chacun d'eux protège et fait prévaloir. Les renseignements qu'ils protègent ne peuvent donc être divulgués que lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu.

[26] Il y a certainement, dans le privilège relatif aux indicateurs de police et dans le privilège relatif aux secrets d'État, un aspect très important qui est commun aux deux privilèges. L'objet du privilège des indicateurs de police est de préserver la sécurité de l'indicateur: une partie du privilège de l'État invoqué ici vise à préserver la sécurité de toute une nation. Ainsi que le disait lord Hoffmann, cité précédemment, le prix d'une erreur peut être élevé si les questions de sécurité nationale sont ignorées ou prises à la légère.

[27] Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire ici de dire si le critère plus rigoureux élaboré en droit criminel devrait s'appliquer, bien que, vu l'importante caractéristique commune aux deux privilèges, j'incline à appliquer ce critère, du moins en ce qui concerne les aspects intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale. Je reconnais aussi, et ne puis ignorer, le fait que le préjudice pour les relations internationales peut présenter un caractère et une ampleur de nature à mettre en péril la sécurité nationale ou la défense nationale. Il semble que le juge Blanchard a appliqué le critère élaboré dans l'affaire civile *Pereira* un critère qui est plus favorable à l'appellant. Pour les motifs que j'expliquerai plus loin, j'examinerai sur cette base sa décision et les renseignements sensibles en cause.

[28] I cannot leave this topic without addressing two concerns other than an alleged violation of the appellant's right to full answer and defence that the new scheme, enacted to protect State secrecy privilege, raises with respect to persons charged with a criminal offence. The first one was alluded to briefly by counsel for the appellant in their submissions before us.

[29] As the present case illustrates, the whole process leading to the determination of the State secrecy privilege compels an accused to reveal his defence and disclose information that supports that defence. As a general rule, there is no obligation to disclose imposed upon an accused in criminal law. In this regard, Sopinka J. wrote in *Stinchcombe*, at page 333:

In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role.

This absence of duty is consistent with the presumption of innocence and an accused's right to silence. Like any rule, it suffers some exceptions dictated at times by rules of expediency. For example, a defence of alibi must be disclosed in sufficient time and with sufficient particularity to enable the authorities to meaningfully investigate. Otherwise, an adverse inference can be drawn at trial by the trier of fact when weighing the alibi evidence: *R. v. Cleghorn*, [1995] 3 S.C.R. 175.

[30] The legislative exception created in the present case by section 38 of the Act is justified by the need to balance competing interests and to offer an accused an appropriate forum for adjudication of the debated issue as well as for subsequent reviews. It is of fundamental importance to note that disclosure of the sensitive information that the appellant wants to rely upon is not made to the prosecution, but, under the seal of absolute confidentiality, to the Attorney General and a designated judicial forum where the matter will be decided in private. It is therefore not a disclosure which violates an

[28] Je ne puis laisser ce sujet sans aborder deux aspects autres que la possible violation du droit de l'appelant à une défense pleine et entière, aspects que le nouveau régime, édicté pour protéger le privilège de la Couronne, fait naître en ce qui concerne les personnes accusées d'une infraction criminelle. Le premier aspect a été évoqué brièvement par les avocats de l'appelant dans les représentations qu'ils nous ont faites.

[29] Ainsi que le montre la présente affaire, le processus tout entier qui conduit à déterminer s'il existe un privilège relatif aux secrets d'État force un accusé à révéler ses moyens de défense et à divulguer des renseignements qui appuient tels moyens de défense. En règle générale, aucune obligation de divulgation n'est imposée à un accusé en droit criminel. Sur ce point, le juge Sopinka écrivait dans l'arrêt *Stinchcombe*, à la page 333:

La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle.

Cette absence d'obligation de divulgation s'accorde avec la présomption d'innocence et avec le droit de l'accusé de garder le silence. Comme toute règle, elle souffre certaines exceptions, dictées parfois par des règles de convenance. Par exemple, une défense d'alibi doit être divulguée suffisamment tôt et avec un niveau de détail suffisant pour permettre aux autorités d'enquêter utilement. Autrement, une conclusion défavorable pourra être tirée au procès par le juge des faits lorsqu'il appréciera la preuve de l'alibi: *R. c. Cleghorn*, [1995] 3 R.C.S. 175.

[30] L'exception législative établie en l'espèce par l'article 38 de la Loi est justifiée par la nécessité de soupeser des intérêts rivaux et d'offrir à un accusé une tribune adéquate pour la solution du point contesté ainsi que pour des révisions ultérieures. Il est extrêmement important de signaler que la divulgation des renseignements sensibles sur lesquels entend se fonder l'appelant n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais une divulgation faite, sous le sceau de la confidentialité absolue, au procureur général et à une instance judiciaire désignée où l'affaire sera décidée à

accused's right to silence and the presumption of innocence in criminal proceedings. In addition, as the appellant requests in the present instance, this Court has the authority to issue an order that none of the information disclosed in the context of the section 38 process be released to the prosecution without the consent of the defence. In my view, sufficient and adequate guarantees are offered by the system which protect an accused's right not to disclose to the prosecution his defence.

[31] The second concern relates to the presumption of innocence. An accused is not a compellable witness and, as mentioned by Sopinka J. [in *Stinchcombe*], is entitled not to assist the prosecution. In other words, he has the right to remain silent and no adverse comment can be made on his silence: *R. v. Noble*, [1997] 1 S.C.R. 874; see also Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002, at pages 1329-1332. This is because the prosecution bears the burden of proving his guilt beyond reasonable doubt.

[32] When balancing competing public interests in a case like this one where a person faces criminal charges, the judge must ensure that his order prohibiting disclosure does not result in his compelling the accused to take the stand to defend himself, thereby depriving him of the benefit of the presumption of innocence and of his right to remain silent. It is with this additional concern in mind that we have reviewed the orders of Blanchard J. regarding the vetted information, the prohibition to testify against witnesses A and B, and the form in which the information obtained from their testimony at the examination for discovery has been authorized to be disclosed.

#### Analysis of the Judge's orders

[33] The Act contemplates two possible roles for the Federal Court of Appeal: one of review and one of appeal. Under section 38.08 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43], the judge of the Trial Division who

huit clos. Ce n'est donc pas une divulgation qui contrevient au droit d'un accusé de se taire, ou à la présomption d'innocence en matière criminelle. De plus, ainsi que le demande l'appelant dans la présente affaire, la Cour a le pouvoir d'ordonner qu'aucun des renseignements divulgués dans le contexte du processus de l'article 38 ne soit communiqué à la poursuite sans le consentement de la défense. À mon avis, le système offre des garanties suffisantes et adéquates qui protègent le droit d'un accusé de ne pas divulguer ses moyens de défense à la poursuite.

[31] Le deuxième aspect concerne la présomption d'innocence. Un accusé n'est pas un témoin contraignable et, comme le disait le juge Sopinka [dans l'arrêt *Stinchcombe*] il a le droit de ne pas aider la poursuite. En d'autres termes, il a le droit de rester silencieux, et aucun commentaire défavorable ne peut résulter de son silence: *R. c. Noble*, [1997] 1 R.C.S. 874; voir aussi Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2003*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002, aux pages 1329 à 1332. S'il en est ainsi, c'est parce que c'est la poursuite qui a la charge de prouver sa culpabilité au-delà du doute raisonnable.

[32] Lorsque l'on soupèse des intérêts publics rivaux dans un cas comme celui-ci, où une personne fait face à des accusations criminelles, le juge doit s'assurer que son ordonnance interdisant la divulgation de renseignements n'a pas pour résultat de forcer l'accusé à venir à la barre pour se défendre, le privant ainsi du bénéfice de la présomption d'innocence et de son droit de demeurer silencieux. C'est avec cette appréhension additionnelle à l'esprit que nous avons examiné les ordonnances du juge Blanchard concernant les renseignements censurés, l'interdiction de témoigner prononcée contre les témoins A et B, et la forme dans laquelle la divulgation des renseignements obtenus de leurs dépositions lors de l'interrogatoire préalable a été autorisée.

#### Analyse des ordonnances du juge

[33] La Loi envisage deux rôles possibles pour la Cour d'appel fédérale: un rôle d'examen et un rôle d'appel. Selon l'article 38.08 [édicé par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], si le juge de la Section de première instance conclut

determines that a party to the proceedings, whose interests are adversely affected by an order made regarding disclosure, was not given the opportunity to make representations shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review. I need not decide here whether this process involves simply a review of the legality of the order or whether the Court of Appeal shall hear the representations of the party and then proceed to render the decision that should have been rendered. Section 38.09 [as enacted *idem*] provides for a right of appeal against an order made under any of subsections 38.01(1) to (3). We are concerned here with an appeal pursuant to section 38.09.

(a) The standard of review of the Judge's orders

[34] Subsection 38.06(2) that I reproduce hereinafter is an empowering provision:

**38.06 . . . .**

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

[35] As previously mentioned, section 38.02 of the Act enacts a general prohibition against disclosure. Subsection 38.06(2) authorizes the judge to disclose sensitive information, which would otherwise be kept secret, when the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. The use of the word "may" is not indicative of a discretion as counsel for the Attorney General suggests. It is indicative of an attribution of a power to derogate from a general prohibition to disclose privileged information. As this Court said in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.), at paragraph 55, quoting Thorson J.A. in *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R.

qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue concernant la divulgation n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations, il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen. Je n'ai pas à décider ici si ce processus consiste simplement à examiner la légalité de l'ordonnance, ou si la Cour d'appel devra entendre les observations de la partie concernée, puis rendra la décision qui aurait dû être rendue. L'article 38.09 [édicte, *idem*] prévoit un droit d'appel à l'encontre d'une ordonnance rendue en vertu de l'un quelconque des paragraphes 38.01(1) à (3). Nous avons ici affaire à un appel interjeté conformément à l'article 38.09.

a) La norme de contrôle applicable aux ordonnances du juge

[34] Le paragraphe 38.06(2), que je reproduis ci-après, est une disposition habilitante:

**38.06 [. . .]**

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

[35] Comme je l'ai dit précédemment, l'article 38.02 de la Loi énonce une interdiction générale de divulgation. Le paragraphe 38.06(2) autorise le juge à divulguer des renseignements sensibles, qui seraient autrement tenus secrets, lorsque les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. L'emploi du mot «peut» n'exprime pas un pouvoir discrétionnaire contrairement à ce que pense le substitut du procureur général. Il exprime l'attribution d'un pouvoir de déroger à l'interdiction générale de divulguer des renseignements privilégiés. Ainsi que le disait la Cour dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), au paragraphe 55, citant le

(3d) 403 (Ont. C.A.), at page 408:

In some contexts, of course, the word “may” is neither necessarily permissive nor necessarily imperative, but rather merely empowering. Its function is to empower some person or authority to do something which, otherwise, that person or authority would be without any power to do.

[36] The power conferred by subsection 38.06(2) can be exercised when the conditions are met, that is to say in this case when the public interest in disclosure is greater than the public interest in keeping the information secret. The definition of the scope of the power involves a question of law. The scope of the power is determined by answering questions as to what is the subject of the power, who may exercise it, when, why, how and under what conditions. Thus, the decision which misconstrues or misconceives the “what”, i.e., the competing interests, is legally an erroneous decision. The same is true of a decision which authorizes disclosure of sensitive information where the judge erroneously believed that the requisite legal conditions for disclosure are met when they are not. Such a decision extends the scope of the power beyond what is legally authorized. In the same vein, it is also an error of law to apply a wrong standard in balancing the interests at stake and, from there, to conclude that the conditions for the exercise of the power are met. All these decisions relating to the scope of the power are reviewable on a standard of correctness: see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235.

[37] In exercising the power to authorize disclosure and before authorizing disclosure, the judge while bearing in mind the public interest in disclosure must ensure that the form of and conditions to disclosure are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations resulting from disclosure. The judge must resort to the means that are the least prejudicial to these interests. Parliament’s intent is clear: any injury ought to be limited as much as possible and appropriate measures ought to be taken to that end, that is to say measures that are most likely to

juge Thorson dans l’affaire *Falconbridge Nickel Mines Ltd. and Minister of Revenue for Ontario, Re* (1981), 121 D.L.R. (3d) 403 (C.A. Ont.), à la page 408:

[TRADUCTION] Dans certains contextes, bien sûr, le mot «*may*» n’exprime pas nécessairement une faculté ou une obligation, mais il confère plutôt un pouvoir. Sa fonction est de conférer à une personne ou à une autorité le pouvoir de faire quelque chose que celle-ci n’aurait autrement pas le pouvoir de faire.

[36] Le pouvoir conféré par le paragraphe 38.06(2) peut être exercé lorsque les conditions sont remplies, c’est-à-dire, en l’espèce, lorsque les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation sont supérieures aux raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation. La définition de l’étendue du pouvoir est une question de droit. L’étendue du pouvoir est déterminée par les réponses aux questions suivantes: quel est l’objet du pouvoir, qui peut l’exercer, quand, pourquoi, comment et à quelles conditions? Ainsi, la décision qui atteste une mauvaise interprétation ou une mauvaise compréhension du «*quoi*», c’est-à-dire des intérêts rivaux, est juridiquement une décision erronée. Il en va de même d’une décision qui autorise la divulgation de renseignements sensibles lorsque le juge a cru à tort que les conditions juridiques préalables de la divulgation sont remplies quand elles ne le sont pas. Une telle décision élargit le champ du pouvoir au-delà de ce qui est juridiquement autorisé. Dans la même veine, c’est également une erreur de droit que d’appliquer une mauvaise norme lorsqu’on soupèse les intérêts en cause et, à partir de là, de conclure que les conditions de l’exercice du pouvoir sont remplies. Toutes les décisions qui se rapportent au champ du pouvoir sont réformables selon la norme de la décision correcte: voir l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235.

[37] Dans l’exercice du pouvoir d’autoriser la divulgation, et avant d’autoriser la divulgation, le juge doit, tout en gardant à l’esprit les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation, s’assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales par suite de la divulgation. Le juge doit recourir aux moyens qui sont les moins susceptibles de préjudicier à tels intérêts. L’intention du législateur est claire: tout préjudice doit être limité autant que cela est possible, et des mesures

produce that result.

[38] The objective sought by Parliament in imposing this duty on the judge is paramount. It delimits the scope of the judge's power to authorize disclosure of sensitive information by imposing conditions for a lawful exercise of that power and issuance of the authorization to disclose. Thus, in my view, erroneous decisions as to the form of disclosure as well as to the conditions of such disclosure amount to errors in law as to the definition of the scope of the power. They too stand to be reviewed on a standard of correctness.

[39] Having decided that the conditions to authorize disclosure of the sensitive information are met and, therefore, that an authorization to disclose will issue, the judge is given by subsection 38.06(2) the power to subject the authorization to disclose to "any conditions that [he] considers appropriate". The judge is invested by these terms with a wide discretion in the choice of conditions that can be attached to the authorization to disclose. The exercise of that discretion may be reviewed when the judge fails to act judicially or in conformity with the law. On the basis of these principles I now address the complaints made by counsel for the appellant against the Judge's decision and orders.

(b) The vetted information in the testimonies of the two witnesses at their examination for discovery

[40] The Judge reviewed the 555 pages of the unexpurgated transcript of that examination. He classified the information thus revealed into three categories:

- (a) not relevant at trial;
- (b) relevant but need not be disclosed; and
- (c) relevant and required to be disclosed.

adéquates doivent être prises à cette fin, c'est-à-dire des mesures qui sont les plus susceptibles de produire ce résultat.

[38] L'objectif que recherche le législateur en imposant cette obligation au juge est primordial. Il délimite le champ du pouvoir du juge d'autoriser la divulgation de renseignements sensibles, et cela en imposant les conditions d'un exercice licite de ce pouvoir et d'une délivrance de l'autorisation de divulguer. Ainsi, à mon avis, les décisions erronées sur la forme de la divulgation ainsi que sur les conditions de telle divulgation équivalent à des erreurs de droit dans la définition de l'étendue du pouvoir. Ces erreurs sont elles aussi réformables selon la norme de la décision correcte.

[39] Après avoir décidé que les conditions préalables à une autorisation de divulgation des renseignements sensibles sont remplies et, par conséquent, qu'une autorisation de divulgation sera accordée, le juge est investi par le paragraphe 38.06(2) du pouvoir de subordonner l'autorisation de divulguer aux «conditions qu'il estime indiquées». Le juge est investi par cette disposition d'un large pouvoir discrétionnaire dans le choix des conditions qui peuvent être attachées à l'autorisation de divulguer. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est révisable lorsque le juge n'agit pas d'une manière judiciaire ou en conformité avec la loi. Eu égard à ces principes, j'examinerai maintenant les griefs des avocats de l'appelant à l'encontre de la décision et des ordonnances du juge.

b) Les renseignements censurés contenus dans les dépositions des deux témoins lors de leur interrogatoire préalable

[40] Le juge a examiné les 555 pages de la transcription non expurgée de cet interrogatoire. Il a classé en trois catégories les renseignements ainsi révélés:

- a) les renseignements qui n'intéressent pas le procès;
- b) les renseignements qui intéressent le procès mais qu'il n'est pas nécessaire de divulguer; et
- c) les renseignements qui intéressent le procès et qui doivent être divulgués.

The information in category (b) which is the vetted information is, of course, in issue. Some information in category (c) is also in issue because the category also relates to information that could be released at the appellant's criminal trial if the two witnesses were authorized to testify. In other words, counsel for the appellant complain that they would be able to elicit more information from these witnesses if they were authorized to question them instead of merely using the transcript as ordered by the Judge. I shall address this last issue when dealing with the form of disclosure.

[41] We have reviewed carefully the vetted information. Most of it falls into the category of information not relevant at trial. Some, as the Judge pointed out, may be relevant in that it could assist the jury in putting into proper context the events leading to the hostage taking. However, that information is not necessary because, as the Judge said at paragraph 26 of his decision [order of January 9, 2003], "there is sufficient information released to the applicant in the expurgated transcripts to inform the jury of the context in which the events leading up to the hostage taking and the hostage taking occurred". Moreover, the vetted sensitive information is neither necessary (*Leipert* test) nor crucial (*Pereira* test) to the defences raised by the appellant. We agree with the Judge that, for the purposes of these defences, the expurgated transcripts reflect fairly the nature and substance of the testimony of the two witnesses and that the vetted information would not be helpful: see paragraph 27 of his decision. We have not seen anything in the vetted information which, because of its non-disclosure, would violate the presumption of innocence and compel the accused to testify.

(c) The fairness of the process followed to balance the competing interests

[42] The process followed in the present instance was unusual. It is certainly unusual for counsel to an accused

Les renseignements de la catégorie b), qui sont les renseignements censurés, sont naturellement litigieux. Certains renseignements de la catégorie c) sont également litigieux, parce que la catégorie englobe aussi les renseignements qui pourraient être communiqués au procès criminel de l'appelant si les deux témoins étaient autorisés à déposer. En d'autres termes, les avocats de l'appelant croient qu'ils seraient en mesure d'obtenir davantage de renseignements de ces témoins s'ils étaient autorisés à les interroger plutôt que simplement utiliser la transcription ainsi que l'a ordonné le juge. J'examinerai ce dernier point quand j'aborderai la forme de la divulgation.

[41] Nous avons scrupuleusement passé en revue les renseignements censurés. La plupart d'entre eux entrent dans la catégorie des renseignements qui n'intéressent pas le procès. Certains d'entre eux, ainsi que le juge l'a fait observer, peuvent présenter de l'intérêt en ce sens qu'ils pourraient aider le jury à considérer dans leur contexte les événements qui ont conduit à la prise d'otages. Cependant, ces renseignements ne sont pas nécessaires parce que, ainsi que l'a dit le juge au paragraphe 26 de sa décision [ordonnance du 9 janvier 2003], [TRADUCTION] «les renseignements communiqués au demandeur dans les transcriptions expurgées sont suffisants pour informer le jury du contexte dans lequel se sont déroulés les événements qui ont conduit à la prise d'otages, de même que la prise d'otages elle-même». Par ailleurs, les renseignements sensibles qui ont été censurés ne sont ni nécessaires (critère de l'arrêt *Leipert*) ni cruciaux (critère de l'arrêt *Pereira*) pour les moyens de défense soulevés par l'appelant. Nous reconnaissons avec le juge que, aux fins de ces moyens de défense, les transcriptions expurgées rendent compte adéquatement de la nature et de la substance des dépositions des deux témoins, et que les renseignements censurés ne seraient pas utiles: voir le paragraphe 27 de sa décision. Nous n'avons vu, dans les renseignements censurés, rien qui, en raison de leur non-divulgation, contreviendrait à la présomption d'innocence et forcerait l'accusé à témoigner.

c) L'équité de la méthode employée pour sopeser les intérêts rivaux

[42] La méthode employée dans la présente affaire était inhabituelle. Il est certainement inhabituel pour

to have two of their witnesses examined by another lawyer acting on their behalf. It is also unusual that this lawyer acting on their behalf be a counsel to the Attorney General who, in this case, instead of the Attorney General for Ontario, leads the prosecution against their client. But “unusual” is not necessarily synonymous with “unfair”. The process was dictated by urgency and necessity.

[43] First, the issue of sensitive information arose in mid-trial of the appellant. The criminal trial had to be adjourned for a determination of the accused’s right of access to the privileged information. In the meantime, the jury was kept waiting. The applicable legislation was new and a solution had to be found quickly.

[44] Second, there were very few lawyers available with the level of security clearance needed to access the sensitive information at issue. Out of necessity and convenience, the parties agreed that Mr. Préfontaine who is counsel to the Attorney General, but not involved in the prosecution of the appellant, would provide the services that he did. I want to make it clear that there is no complaint at all from counsel for the appellant as to the professional and responsible manner in which Mr. Préfontaine performed his duties. The appellant’s complaint, as we shall see, is about the process itself which, it bears repeating, was a process devised and accepted by the parties.

[45] There is no magical solution when one is confronted with sensitive information and access to it is extremely limited for security reasons. A process similar to the one followed here was advocated by the House of Lords in *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754. At pages 786 and 799, Lord Hope of Craighead and Lord Hutton referred to the fact that the European Court of Human Rights has recognized the special problems posed by national security and the value attached to a process which ensures that disclosure is monitored by a judge. Lord Hutton also took into account the decision of the European Court in *Tinnelly & Sons Ltd. v. United Kingdom* (1998), 27 EHRR 249 where the Court noted that [at paragraph 78] “it has been found possible to modify judicial procedures in such a way as to safeguard

l’avocat d’un accusé de faire interroger deux de ses témoins par un autre avocat agissant en son nom. Il est également inhabituel que cet avocat agissant en son nom soit un substitut du procureur général qui, en l’occurrence, au lieu du procureur général de l’Ontario, conduit la poursuite contre son client. Mais «inhabituel» ne veut pas nécessairement dire «injuste». La méthode était dictée par l’urgence et la nécessité.

[43] D’abord, la question des renseignements sensibles s’est posée au milieu du procès de l’appelant. Le procès criminel a dû être ajourné pour permettre de déterminer le droit de l’accusé d’accéder aux renseignements privilégiés. Dans l’intervalle, le jury a été prié d’attendre. La loi applicable était nouvelle et une solution devait être trouvée rapidement.

[44] Deuxièmement, il y avait très peu d’avocats possédant le niveau d’habilitation de sécurité nécessaire pour accéder aux renseignements sensibles en cause. Par nécessité et par commodité, les parties se sont entendues pour que M. Préfontaine, qui est substitut du procureur général, mais qui n’est pas concerné par la poursuite de l’appelant, fournisse les services qu’il a fournis. Je voudrais souligner ici que les avocats de l’appelant n’ont absolument rien à redire au professionnalisme et au sens des responsabilités dont a fait preuve M. Préfontaine dans l’accomplissement de ses tâches. Le grief de l’appelant, comme nous le verrons, concerne le processus lui-même, qui, il convient de le rappeler, était un processus imaginé et accepté par les parties.

[45] Il n’y a pas de solution magique lorsque l’on a affaire à des renseignements sensibles et que l’accès à tels renseignements est extrêmement restreint pour des raisons de sécurité. Un processus semblable à celui qui a été employé ici a été défendu par la Chambre des lords dans l’arrêt *Reg. v. Shayler*, [2002] 2 W.L.R. 754. Aux pages 786 et 799, lord Hope of Craighead et lord Hutton disent que la Cour européenne des droits de l’homme a reconnu les problèmes particuliers liés à la sécurité nationale, ainsi que la valeur attachée à un processus selon lequel la divulgation est contrôlée par un juge. Lord Hutton a également pris en compte l’arrêt rendu par la Cour européenne dans l’affaire *Tinnelly & Sons Ltd. c. Royaume-Uni* (1998), 27 EHRR 249, où la Cour européenne faisait observer [au paragraphe 78] que «la

national security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial degree of procedural justice". At page 800, he went on to state that "a possible course might be for the judge to appoint a special counsel to represent the interests of the person seeking disclosure". This is precisely what was done here to ensure that the appellant would obtain disclosure of all sensitive information that could be disclosed without unduly compromising national security, national defence or international relations. Creativity often carries their proponents into the realm of the unusual, as it did here, but I am satisfied that fairness accompanied them throughout their journey.

[46] I should conclude on this issue by saying that there is no merit in the appellant's complaint that his counsel were denied the possibility of asking supplementary or follow-up questions. Tabs 10 and 12 of Volume 1 of the Appeal Books contain lists of supplementary questions that were submitted by counsel for the appellant.

(d) The form of disclosure of the two witnesses' testimonies and the prohibition to testify

(i) the right to call evidence

[47] It should be recalled that the Judge prohibited the two appellant's witnesses from testifying at his trial, but authorized disclosure of an expurgated transcript of their testimonies given before the Federal Court—Trial Division. As previously mentioned, counsel for the appellant based their submissions on the decisions of the Supreme Court of Canada in *Rose and Seaboyer* previously cited. With respect to the *Rose* case, they referred us to the following excerpts from paragraphs 98 and 103 of the decision:

The right to make full answer and defence is protected under s. 7 of the *Charter*. It is one of the principles of fundamental justice. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336, Sopinka J., writing for the Court, described this right as "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted". The right to make full answer and defence manifests itself in several more specific rights and principles. . . . The right is

possibilité a été trouvée de modifier les procédures de manière à préserver les intérêts de la sécurité nationale du point de vue de la nature et des sources des renseignements, tout en accordant à l'individu un degré suffisant de protection juridictionnelle». Puis, à la page 800, il écrivait que [TRADUCTION] «une façon de procéder serait pour le juge de nommer un avocat d'office qui représenterait les intérêts de la personne qui demande la divulgation». C'est précisément ce qui a été fait ici pour que l'appellant obtienne la divulgation de tous les renseignements sensibles qui pouvaient être divulgués, sans mettre indûment en péril la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales. La créativité transporte souvent ses partisans dans le domaine de l'insusité, comme ce fut le cas ici, mais je suis persuadé que l'équité les a accompagnés durant tout leur voyage.

[46] Je conclurai sur ce point en disant qu'il n'y a nul bien-fondé dans la plainte de l'appelant selon laquelle ses avocats se sont vus refuser la possibilité de poser des questions complémentaires ou additionnelles. Les onglets 10 et 12 du volume 1 des dossiers d'appel contiennent des listes de questions additionnelles qui ont été soumises par les avocats de l'appelant.

d) La forme de divulgation des dépositions des deux témoins et l'interdiction de témoigner

(i) le droit de produire des preuves

[47] Il faut se rappeler que le juge a interdit aux deux témoins de l'appelant de déposer à son procès, mais qu'il a autorisé la divulgation d'une transcription expurgée de leurs dépositions faites devant la Cour fédérale—Section de première instance. Comme je l'ai dit précédemment, les avocats de l'appelant ont fondé leurs conclusions sur les arrêts rendus par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Rose* et *Seaboyer*, précédemment citées. S'agissant de l'arrêt *Rose*, ils nous ont renvoyés aux extraits suivants des paragraphes 98 et 103 de l'arrêt:

Le droit à une défense pleine et entière est protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit de l'un des principes de justice fondamentale. Dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 336, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la Cour, a décrit ce droit comme étant «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables». Le droit à une défense pleine et entière se manifeste par l'entremise de

integrally linked to other principles of fundamental justice, such as the presumption of innocence, the right to a fair trial, and the principle against self-incrimination.

...

A second and broader aspect of the right to make full answer and defence, which might be understood as encompassing the first aspect, is the right of an accused person to defend himself or herself against all of the state's efforts to achieve a conviction. The Crown is not entitled to engage in activities aimed at convicting an accused unless that accused is permitted to defend against those state acts. [Emphasis added.]

They also endorsed the following arguments found at pages 606-608 and submitted in *Seaboyer* against the rape-shield legislation:

The appellants contend that the legislation, however laudable its goals, in fact infringes their right to present evidence relevant to their defence and hence violates their right to a fair trial, one of the most important of the principles of fundamental justice.

...

The right of the innocent not to be convicted is reflected in our society's fundamental commitment to a fair trial, a commitment expressly embodied in s. 11(d) of the *Charter*. It has long been recognized that an essential facet of a fair hearing is the "opportunity adequately to state [one's] case": *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at p. 923, dealing with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. This applies with particular force to the accused, who may not have the resources of the state at his or her disposal. Thus our courts have traditionally been reluctant to exclude even tenuous defence evidence: David H. Doherty, "'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial" (1984), 40 C.R. (3d) 55, at p. 58, citing *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). For the same reason, our courts have held that even informer privilege and solicitor-client privilege may yield to the accused's right to defend himself on a criminal charge: *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).

plusieurs autres droits et principes particuliers, [. . .] Ce droit est intégralement lié à d'autres principes de justice fondamentale, comme la présomption d'innocence, le droit à un procès équitable et le principe interdisant l'auto-incrimination.

[. . .]

Le second aspect du droit à une défense pleine et entière, plus large que le premier et dont on pourrait dire qu'il l'inclut, est le droit de l'accusé de se défendre contre tous les moyens déployés par l'État pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas le droit d'agir en vue de faire déclarer l'accusé coupable à moins que ce dernier soit autorisé à se défendre contre les moyens qu'il fait valoir. [Non souligné dans l'original.]

Les avocats de l'appelant ont aussi donné leur adhésion aux arguments suivants exposés aux pages 606 à 608 et avancés dans l'arrêt *Seaboyer* à l'encontre de la législation sur la protection des victimes de viol:

Selon les appelants, si l'objet des dispositions législatives attaquées est louable, il n'en demeure pas moins qu'elles portent atteinte à leur droit de présenter une preuve à l'appui de leur défense et violent donc leur droit à un procès équitable, l'un des plus importants des principes de justice fondamentale.

[. . .]

À l'appui du droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable, la société reconnaît le droit d'un inculpé à un procès équitable, qui est expressément consacré à l'al. 11d) de la *Charte*. Il est depuis longtemps reconnu qu'un aspect essentiel d'un procès équitable est de donner à l'accusé «l'occasion d'exposer adéquatement sa cause»: *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, qui portait sur l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L'application de ce principe est particulièrement importante pour l'accusé qui n'a pas à sa disposition les ressources de l'État. Nos tribunaux ont donc traditionnellement hésité à exclure des éléments de preuve de la défense, si tenus soient-ils: David H. Doherty, «'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial» (1984), 40 C.R. (3d) 55, à la p. 58, relativement à *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272 et à *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). C'est pourquoi nos tribunaux ont statué que le droit de l'accusé de répondre à une accusation criminelle peut même l'emporter sur le privilège relatif aux indicateurs de police et sur le secret professionnel de l'avocat: *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).

In other jurisdictions too the right to defend oneself of a criminal charge is regarded as a principle of fundamental importance. The Constitution of the United States enshrines the right in the due process guarantees of the Fifth and Fourteenth Amendments and the express right to confront one's accuser embodied in the Sixth Amendment. The jurisprudence of the United States Supreme Court affirms the right's fundamental importance: see *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution. As one writer has put it:

If the evidentiary bricks needed to build a defence are denied the accused, then for that accused the defence has been abrogated as surely as it would be if the defence itself was held to be unavailable to him.

(Doherty, *supra*, at p. 67).

In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. The defence which the law gives with one hand, may be taken away with the other. Procedural limitations make possible the conviction of persons who the criminal law says are innocent. [Emphasis added.]

[48] I do not quarrel with these principles which are fundamental, but not absolute, in our adversarial system of criminal prosecutions. First, the Supreme Court went on to recognize at page 609 that an issue as to the relevancy of evidence does not arise in a vacuum, but in relation to an issue in the trial. Moreover, it reasserted the principle that a clear ground of policy or law may justify the exclusion of probative evidence which would otherwise be received:

In general, nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved and everything which is probative should be received, unless its exclusion can be justified on some other ground. A law which prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice and what constitutes a fair trial. [Emphasis added.]

Thus, for example, relevant prosecution evidence whose probative value is outweighed by its prejudicial effects

Dans d'autres pays, le droit de répondre à une accusation criminelle est aussi considéré comme un principe d'importance fondamentale. La Constitution américaine reconnaît le droit à l'application régulière de la loi dans les Cinquième et Quatorzième amendements et le droit de quiconque de faire face à son accusateur, dans le Sixième amendement. La Cour suprême des États-Unis reconnaît l'importance fondamentale de ce droit: voir *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. Selon un auteur:

[TRADUCTION] Si l'on empêche l'accusé de présenter les éléments de preuve nécessaires à la constitution de sa défense, cette défense lui est déniée tout aussi sûrement que si on statuait qu'il n'a pas le droit d'invoquer cette défense.

(Doherty, précité, à la page 67).

Bref, la dénegation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénegation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. La défense que la loi accorde d'une main, peut être retirée de l'autre main. Des contraintes de nature procédurale rendent possible la condamnation de personnes qui, selon les règles de droit pénal, sont innocentes. [Non souligné dans l'original.]

[48] Je n'ai rien à redire à ces principes, qui sont fondamentaux, mais non absolus, dans notre système de procédure pénale, un système de type accusatoire. D'abord, la Cour suprême reconnaissait plus loin, à la page 609, qu'il faut se garder d'examiner la question de la pertinence d'une preuve en vase clos, mais plutôt l'examiner par rapport à une question en litige. Elle réitérait aussi le principe selon lequel un motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit peut justifier l'exclusion d'une preuve pertinente qui serait autrement recevable:

En règle générale, rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis, à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable. [Non souligné dans l'original.]

Ainsi, par exemple, une preuve pertinente de la poursuite dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur

will be excluded while defence evidence will also be excluded but only where the prejudice substantially outweighs the value of that evidence: *ibid.*, at page 611. Of course, grounds of exclusion are not limited to this type of situation. The law and the rules of privilege, while also not absolute, intervene to prevent disclosure of confidential information.

[49] Section 38 of the Act codified the common law privilege to protect State secrets. Lord Denning emphasized in *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.), at page 460, quoted with approval in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 745, the need for confidentiality in matters of national security:

The information supplied to the Home Secretary by the Security Service is, and must be, highly confidential. The public interest in the security of the realm is so great that the sources of information must not be disclosed, nor should the nature of the information itself be disclosed, if there is any risk that it would lead to the sources being discovered. The reason is because, in this very secretive field, our enemies might try to eliminate the source of information.

The section in its quest for fairness recognizes that the privilege is not absolute: it provides for a balancing of competing interests with the possibility of the right to a fair trial prevailing in limited circumstances that I have already discussed but which are wanting here, even when applying a test more favourable to the appellant.

(ii) the form of disclosure

[50] As part of their right to call evidence, counsel for the appellant not only challenge the prohibition to testify, but also the form in which disclosure is actually authorized, i.e., the expurgated transcript of the two witnesses' testimonies.

[51] The two witnesses asserted that they are incapable of separating sensitive from non-sensitive information, the wheat from the tares. If they were to testify in the criminal trial, the trial would have to be

probante sera exclue, tandis que la preuve de la défense sera également exclue, mais seulement si l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante: *ibid.*, à la page 611. Naturellement, les motifs d'exclusion ne se limitent pas à ce genre de situation. La loi et les règles du privilège, qui elles non plus ne sont pas absolues, interviennent pour empêcher la divulgation de renseignements confidentiels.

[49] L'article 38 de la Loi a codifié le privilège de common law qui protège les secrets d'État. Lord Denning a mis en relief, dans l'arrêt *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Hosenball*, [1977] 3 All ER 452 (C.A.), à la page 460, cité avec approbation dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 745, la nécessité de la confidentialité dans les affaires intéressant la sécurité nationale:

[TRADUCTION] Les renseignements fournis au Home Secretary par le Service de sécurité sont, et doivent être, hautement confidentiels. L'intérêt public dans la sûreté du Royaume est si grand que les sources de renseignements ne doivent pas être révélées, ni leur nature, s'il en résulte le moindre risque de faire découvrir ces sources. La raison en est que, dans ce domaine où la dissimulation est reine, nos ennemis pourraient tenter d'éliminer la source de ces informations.

Dans sa quête d'équité, l'article 38 reconnaît que le privilège n'est pas absolu: il prévoit que les intérêts rivaux soient soupesés, avec la possibilité que le droit à un procès équitable l'emporte dans des cas restreints que j'ai déjà examinés, mais qui sont absents ici, même si l'on applique un critère plus favorable à l'appellant.

(ii) la forme de la divulgation

[50] Dans le cadre de leur droit de produire des preuves, les avocats de l'appellant contestent non seulement l'interdiction de témoigner, mais également la forme dans laquelle la divulgation est effectivement autorisée, c'est-à-dire la transcription expurgée des dépositions des deux témoins.

[51] Les deux témoins ont dit qu'ils sont incapables de séparer les renseignements sensibles des renseignements non sensibles, le froment de l'ivraie. S'ils devaient témoigner dans le procès criminel, il faudrait suspendre

suspended every time a question would be put to the witnesses in order to determine whether the question would lead to the disclosure of sensitive information and, if so, whether that sensitive information should be revealed. For this last determination, it involves coming back to the Federal Court. As for the determination of the initial question, the judge in the criminal trial would be put in an impossible position. I cannot improve on what Blanchard J. said in this respect at paragraph 35 of his January 9, 2003 decision:

In their testimony, the two witnesses wove innocuous information with information that cannot be publicly disclosed. There is no demarcation line easily separating what is authorized from what is not. Implementing a demarcation line, in the context of a criminal trial conducted before a jury, is clearly not practical if not impossible. The learned trial judge will not have had the benefit of reviewing all of the information to allow him to fully appreciate the potential impact of a disclosure of what may appear to be an innocuous piece of information. What may appear to be trivial information may in fact be the one missing piece in the jigsaw puzzle created by a hostile agency.

[52] I agree with him that authorizing the two witnesses to testify at the criminal trial is not a measure most likely to limit any injury to national defence, national security or international relations. In the circumstances, release of the expurgated transcripts and an authorization to introduce them in evidence at the criminal trial amount to a balancing of the competing interests which best serves the public interest while limiting as much as possible the injury mentioned above. In concluding as he did on this issue, the Judge made no error in his interpretation of the scope of the power granted to him.

[53] At the hearing before us, counsel for the appellant submitted that there are other and better forms of disclosure which would not increase the level of injury, but would better safeguard the appellant's right to a fair trial. He pressed for a videotaping of the testimonies of the witnesses who would be examined by their own

le procès chaque fois qu'une question serait posée aux témoins, et cela afin de déterminer si la question entraînerait la divulgation de renseignements sensibles et, dans l'affirmative, de déterminer si ces renseignements sensibles devraient être révélés. Le point de savoir si les renseignements sensibles devraient être révélés requiert de revenir devant la Cour fédérale. Quant au point de savoir si la question posée conduirait à la divulgation de renseignements sensibles, le juge du procès criminel serait placé dans une position impossible. Je ne puis faire mieux ici que de reproduire les propos du juge Blanchard, au paragraphe 35 de sa décision du 9 janvier 2003:

[TRADUCTION] Dans leurs dépositions, les deux témoins ont entrelacé des renseignements inoffensifs et des renseignements qui ne peuvent être divulgués dans le public. Il n'y a pas de ligne de démarcation séparant facilement ce qui est autorisé de ce qui ne l'est pas. Dans un procès criminel mené devant un jury, il est manifestement incommode, voire impossible, d'établir une ligne de démarcation. Le juge du procès n'aura pas eu l'avantage d'examiner tous les renseignements pour être en mesure d'apprécier pleinement l'effet possible de la divulgation de ce qui pourra sembler un renseignement inoffensif. Ce qui peut sembler un renseignement insignifiant peut en réalité constituer la pièce manquante du puzzle établi par un organisme hostile.

[52] Je reconnais avec lui que le fait d'autoriser les deux témoins à déposer au procès criminel n'est pas une mesure particulièrement susceptible de limiter un éventuel préjudice à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales. Dans ces conditions, la divulgation des transcriptions expurgées, avec autorisation de les déposer comme preuve au procès criminel, équivaut à soupeser les intérêts rivaux d'une façon qui est la mieux à même de servir l'intérêt public tout en limitant autant qu'il est possible le préjudice susmentionné. En concluant comme il l'a fait sur cet aspect, le juge Blanchard n'a commis aucune erreur dans sa manière d'interpréter l'étendue du pouvoir qui lui était conféré.

[53] Lors de l'audience tenue devant nous, un des avocats de l'appelant a indiqué qu'il existe de meilleures formes de divulgation qui n'augmenteraient pas le niveau de préjudice, mais préserveraient davantage le droit de l'appelant à un procès équitable. Il a recommandé que l'on procède à l'enregistrement magnétoscopique des

counsel and for a subsequent vetting of the sensitive information. Technology allows for this kind of efficient tampering. The jurors could then view the expurgated contents of the videocassette. They would see and hear the witnesses, assess their demeanour and, therefore, be in a better position to weigh their credibility.

[54] There is certainly some merit in this videotaping proposal and I am sure proper consideration will be given to that option in future cases. However, the parties, the judge presiding the criminal trial, the jury as well as Associate Chief Justice Lutfy were labouring under exigent circumstances: the criminal trial was momentarily suspended, the jury was in abeyance, the prosecution after weeks of sittings wanted to avoid a mistrial, time was the essential feature of a workable solution.

[55] It would have been simply impossible within the allocated time frame to obtain the security clearance to enable counsel for the appellant to examine the two witnesses themselves. For obvious reasons, the process of verification takes quite some time and there is no guarantee that it will result in a granting of the highest level of security clearance. This aspect of the appellant's proposal was, in the circumstances, impractical.

[56] It may be, in retrospect, that it could have been better if the testimonies had been videotaped. However, this is not the process that the parties thought of at the time and there was no objection to the one proposed and followed. That being said, I would have had no hesitation to intervene if I had reasonable grounds to believe that the process followed was unfair or would result in unfairness to the appellant in his criminal trial.

(e) The appellant's fear that the transcripts might not be admitted in evidence or that the evidence might be found less credible because the witnesses were not cross-examined

[57] At issue here is not the appellant's right to cross-examination: the two witnesses were his own witnesses. Counsel for the appellant must be referring to

dépositions des témoins, qui seraient interrogés par leur propre avocat, puis que l'on censure ensuite les renseignements sensibles. La technologie permet ce genre de manipulation efficace. Les jurés pourraient alors visionner le contenu expurgé de la vidéocassette. Ils verraient et entendraient les témoins, évalueraient leur comportement et seraient donc bien placés pour juger de leur crédibilité.

[54] Il y a certainement quelque valeur dans cette proposition d'enregistrement magnétoscopique, et je suis sûr que cette solution a des chances d'être retenue dans les cas futurs. Cependant, les parties, le juge qui présidait le procès criminel, le jury ainsi que le juge en chef adjoint Lutfy travaillaient dans des conditions difficiles: le procès criminel a été momentanément suspendu, le jury était en attente, la poursuite, après des semaines de séance, voulait éviter une nullité du procès, et les délais étaient l'aspect essentiel d'une solution réaliste.

[55] Il aurait été tout simplement impossible, à l'intérieur du délai accordé, d'obtenir l'habilitation de sécurité qui eût permis aux avocats de l'appelant d'interroger les deux témoins eux-mêmes. Pour des raisons évidentes, le processus de vérification requiert un certain temps et il n'est pas garanti qu'il conduira à l'attribution du niveau le plus élevé d'habilitation de sécurité. Cet aspect de la proposition de l'appelant était, dans ces conditions, peu réaliste.

[56] Rétrospectivement, il eût sans doute mieux valu que les dépositions fussent enregistrées sur vidéocassette. Cependant, ce n'est pas la méthode à laquelle les parties ont pensé à l'époque, et personne ne s'opposait à celle qui a été proposée et suivie. Cela étant dit, je n'aurais eu aucune hésitation à intervenir si j'avais eu des motifs raisonnables de croire que la méthode suivie était injuste ou allait entraîner une injustice pour l'appelant dans son procès criminel.

(e) La crainte de l'appelant que les transcriptions ne soient pas admises comme preuve ou que la preuve soit jugée moins crédible parce que les témoins n'ont pas été contre-interrogés

[57] Ce qui est en cause ici, ce n'est pas le droit de l'appelant au contre-interrogatoire: les deux témoins étaient ses propres témoins. Les avocats de l'appelant

the prosecution's right to cross-examine and a possible objection coming from the prosecutorial branch of the Attorney General's office on that basis. I doubt that this is likely to happen on that basis or on the basis that the evidence of these two witnesses that the accused wants to introduce at his trial in his defence was obtained in his absence. Should that occur, I am confident that the trial judge will know how to deal with the objection.

[58] At best, the appellant's position on the issue of diminished credibility because of a lack of cross-examination is speculative. Speculation for speculation, why would the jury not attach more credibility to the evidence of these two witnesses that the prosecution did not dare to cross-examine? Again, I am confident that the judge presiding over the criminal trial, anxious to maintain the fairness of the trial, will take appropriate measures, if needed, to prevent a prejudice of this kind from happening. The same goes for the speculation that the prosecution might call *viva voce* evidence to rebut the transcript evidence.

### Conclusion

[59] I am satisfied that the Judge of the Trial Division committed no error in defining the scope of his power to order disclosure of the sensitive information at issue as well as the conditions which delimit it. The prohibition against the two witnesses to testify at the criminal trial was, in the circumstances, the only viable and efficient condition which would most likely limit any injury to national defence, national security or international relations.

[60] Nor did, in my view, the Judge err in defining the competing interests at stake and the test to be applied in balancing these interests. If he did err with respect to the balancing test, it is an error which was favourable to the appellant.

[61] Finally, the process followed to monitor and review the disclosure of the sensitive information could, in hindsight, perhaps have been better, but it was not

doivent parler du droit de la poursuite de contre-interroger, et d'une objection possible, à ce titre, de la section des poursuites du cabinet du procureur général. Je doute que cela se produise, que ce soit pour cette raison ou pour la raison que les dépositions de ces deux témoins que l'accusé voudrait, à son procès, produire dans sa défense ont été obtenues en son absence. Si cela devait arriver, je suis sûr que le juge du procès saura comment disposer de l'objection.

[58] Au mieux, la position de l'appelant sur la question de la crédibilité réduite pour cause d'absence de contre-interrogatoire est pure conjecture. Conjecture pour conjecture, pourquoi le jury n'accorderait-il pas davantage de crédibilité aux dépositions de ces deux témoins que la poursuite n'a pas osé contre-interroger? Encore une fois, je suis sûr que le juge qui présidera le procès criminel, soucieux de préserver l'équité du procès, prendra si nécessaire les mesures adéquates pour prévenir un préjudice de ce genre. Il en va de même pour la supposition qui consiste à dire que la poursuite pourrait produire une preuve de vive voix pour réfuter la preuve contenue dans la transcription.

### Dispositif

[59] Je suis d'avis que le juge de la Section de première instance n'a commis aucune erreur lorsqu'il a défini l'étendue de son pouvoir d'ordonner la divulgation des renseignements sensibles en cause, et lorsqu'il a défini les conditions qui délimitaient ce pouvoir. L'interdiction faite aux deux témoins de déposer au procès criminel était, eu égard aux circonstances, la seule condition réaliste et économique qui allait tout probablement limiter le préjudice pour la défense nationale, la sécurité nationale ou les relations internationales.

[60] Le juge n'a pas non plus commis d'erreur, à mon avis, lorsqu'il a défini les intérêts rivaux en jeu, et le critère à appliquer lorsqu'on soupèse de tels intérêts. S'il a commis une erreur au regard du critère à appliquer, c'est une erreur qui était favorable à l'appelant.

[61] Finalement, la méthode employée pour surveiller et examiner la divulgation des renseignements sensibles aurait sans doute pu, rétrospectivement, être meilleure,

unfair given the time constraints that all the players were facing.

[62] For these reasons, I would dismiss the appeal. In accordance with subsection 38.02(2) of the Act, I would authorize disclosure of the fact and the reasons of this appeal against the two orders made under section 38.06 upon expiry of the time provided to appeal in the present file or, if leave to appeal is sought, when no further appeal is available. Copy of these reasons will be entered in file DESA-2-03 in support of the judgment therein.

RICHARD C.J.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

mais elle n'était pas injuste, au vu des contraintes de temps auxquelles devaient se plier tous les intervenants.

[62] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel. En conformité avec le paragraphe 38.02(2) de la Loi, j'autoriserai la divulgation des faits et des motifs de cet appel formé contre les deux ordonnances rendues en vertu de l'article 38.06, à l'expiration du délai imparti pour faire appel dans le présent dossier ou, si une autorisation d'appel est demandée, alors lorsqu'il ne sera plus possible de faire appel. Les présents motifs seront versés dans le dossier DESA-2-03, à l'appui du jugement rendu dans ce dossier.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris aux présents motifs.

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