

[Text]

those directory Cabinet papers, but that the government would have the option of declaring them off limits or secret. In other words, put the onus on the government to say what is not available and what is normally available. If, for some peculiar reason—and I believe that Senator Gigantès developed a number of interesting possibilities in that connection—it would not be in the best interests to divulge it, then the Cabinet could say “This is one of the things in which we will exercise our power to refuse to produce it”. I would like that better, but from looking at the minister’s eyes, I can see I am not going to get it.

**Hon. Mr. Kaplan:** I was thinking of the opportunity we shall have when I return five years from now.

**Senator Flynn:** There is, of course, reference to subsection 36.3, paragraph (1), in the Canada Evidence Act, at page 20. Without any jurisprudence on that, where we would have said that Cabinet is not justified in filing an affidavit, that is within the confidence of the Privy Council, usually the government decides to give an affidavit and that is the end of it. The judge accepts it without any question. If there was any jurisprudence saying this is going too far—

**Hon. Mr. Kaplan:** Senator, I am sitting beside the only living Canadian who has submitted a certificate under that section of the act, because it is a new section of the act.

**Senator Flynn:** Perhaps Mr. Gibson would say something about it.

**Mr. F. E. Gibson, Deputy Solicitor General, Department of the Solicitor General:** Madam Chairman, there is limited jurisprudence on the subject, although, as honourable senators know, under British common law there has been some limited jurisprudence which has gone to the protection of Cabinet confidences, and has extended really quite broad protection.

**Senator Frith:** *Duncan v. Cammell Laird*.

**Mr. Gibson:** Yes, indeed, and more recent decisions that have followed that line of reasoning. The provisions in the bill to which Senator Flynn has referred were enacted at the time the Access to Information Act and the Privacy Act were implemented, with the result that there has been very little jurisprudence specifically on those sections to this point in time. However, as the minister indicated, we were involved in the production of a certificate on national security grounds under those provisions which was upheld both by the Federal Court, Trial Division and on appeal by the Federal Court of Appeal.

**Hon. Mr. Kaplan:** I think it is important to remember that when you look at the package as a whole we are not talking here about a new reservation of matters from public disclosure. We are talking about an exceptional opening or access through an external review committee with a traditional reservation that has been reserved since cabinet governments were established.

[Traduction]

accès à ces documents du cabinet, mais que le gouvernement a aussi la possibilité de les déclarer secrets. Autrement dit, il incombe d'imposer au gouvernement le fardeau de dire que tel document n'est pas disponible et que tel autre l'est normalement. Si pour certaines raisons—et je pense que le sénateur Gigantès a élaboré un certain nombre de possibilités intéressantes à cet effet—il n'était pas dans l'intérêt du public de divulguer ces renseignements, le cabinet pourrait alors prétendre que c'est là un des domaines dans lequel il va exercer son pouvoir de refus de communication. Je préférerais que la situation en soit ainsi, mais si j'en juge d'après le regard du ministre, j'ai l'impression que je n'irai pas très loin.

**L'honorable M. Kaplan:** Je pensais aux possibilités que nous aurons lorsque je reviendrai devant votre Comité dans cinq ans.

**Le sénateur Flynn:** Certes, il est ici question de l'alinéa 36.3(1) de la Loi sur la preuve au Canada, à la page 20. Si l'on ne dispose d'aucune jurisprudence à ce sujet qui précise que le cabinet n'est pas justifié de présenter un affidavit, que les documents sont sous le secret du Conseil privé, habituellement, le gouvernement décide de présenter un affidavit et voilà, le tour est joué. Le juge accepte sans poser de questions. S'il existait une jurisprudence qui précise qu'on va trop loin . . .

**L'honorable M. Kaplan:** Sénateur, je suis actuellement assis aux côtés du seul Canadien vivant qui a déposé un certificat aux termes de cet article de la loi, parce que c'est un nouvel article.

**Le sénateur Flynn:** Peut-être M. Gibson pourrait-il ajouter quelques commentaires.

**M. F. E. Gibson, solliciteur général adjoint, ministère du solliciteur général:** Madame le président, il existe un peu de jurisprudence sur la question, bien que, comme le savent les honorables sénateurs, selon la common law britannique, cette jurisprudence assure la protection des secrets du cabinet et ses ramifications sont très vastes.

**Le sénateur Frith:** Il s'agit du cas *Duncan v. Cammell Laird*.

**M. Gibson:** Oui, et en fait des décisions plus récentes qui vont à peu près dans ce sens. Les dispositions du projet de loi dont le sénateur Flynn a parlé ont été adoptées en même temps que la Loi sur la liberté d'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, ce qui fait qu'il existe très peu de jurisprudence actuellement sur ces points précis. Toutefois, comme l'a signalé le Ministre, nous avons dû produire un certificat pertinent à la sécurité nationale aux termes de ces dispositions, certificat qui a été conféré par la Division de première instance de la Cour fédérale et par la Cour d'appel fédérale.

**L'honorable M. Kaplan:** Je crois qu'il est important de se rappeler ceci: si vous étudiez toute l'affaire, vous ne parlez pas ici d'une nouvelle réserve sur des questions qui ne doivent pas être divulguées au public. Il s'agit plutôt ici d'une possibilité exceptionnelle de communiquer des documents par le biais d'un comité de surveillance, tout en étant toujours soumis à cette réserve qui existe depuis que les Cabinets existent.