

**Le secret ministériel : fondements, enjeux et réforme — un entretien avec le professeur Yan Campagnolo**  
**Cabinet Secrecy: Foundations, Issues, and Reform — An Interview with Professor Yan Campagnolo**

Vanessa MacDonnell

Volume 54, numéro 2, 2022–2023

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1111191ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1111191ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Ottawa Law Review / Revue de droit d'Ottawa

ISSN

0048-2331 (imprimé)

2816-7732 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce document

MacDonnell, V. (2022). Le secret ministériel : fondements, enjeux et réforme — un entretien avec le professeur Yan Campagnolo. *Ottawa Law Review / Revue de droit d'Ottawa*, 54(2), 185–196.  
<https://doi.org/10.7202/1111191ar>

Résumé de l'article

Le 24 mars 2022, la professeure Vanessa MacDonnell s'est entretenue avec le professeur Yan Campagnolo au sujet de son nouvel ouvrage sur le secret ministériel, *Behind Closed Doors: The Law and Politics of Cabinet Secrecy*, dans le cadre d'un événement bilingue organisé par le Centre de droit public de l'Université d'Ottawa. La *Revue de droit d'Ottawa* présente dans les pages qui suivent une version éditée de leur entretien, enrichie de commentaires et notes.

## Le secret ministériel: fondements, enjeux et réforme — un entretien avec le professeur Yan Campagnolo

LE 24 MARS 2022, la professeure Vanessa MacDonnell s'est entretenue avec le professeur Yan Campagnolo au sujet de son nouvel ouvrage sur le secret ministériel, *Behind Closed Doors: The Law and Politics of Cabinet Secrecy*<sup>\*</sup>, dans le cadre d'un événement bilingue organisé par le Centre de droit public de l'Université d'Ottawa<sup>†</sup>. La *Revue de droit d'Ottawa* présente dans les pages qui suivent une version éditée de leur entretien, enrichie de commentaires et notes.

## Cabinet Secrecy: Foundations, Issues, and Reform — An Interview with Professor Yan Campagnolo

ON MARCH 24, 2022, Professor Vanessa MacDonnell spoke with Professor Yan Campagnolo about his new book on Cabinet secrecy, *Behind Closed Doors: The Law and Politics of Cabinet Secrecy*<sup>\*</sup>, at a bilingual event hosted by the uOttawa Public Law Centre.<sup>†</sup> In the following pages, the *Ottawa Law Review* provides an edited version of their discussion, enhanced with comments and references.

---

\* Yan Campagnolo, *Behind Closed Doors: The Law and Politics of Cabinet Secrecy*, Vancouver, UBC Press, 2021. Voir aussi Yan Campagnolo, *Le secret ministériel: Théorie et pratique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020.

† Voir Centre de droit public de l'Université d'Ottawa, en ligne: <publiclawdroitpublic.ca/fr> (en anglais: uOttawa Public Law Centre, online: <publiclawdroitpublic.ca>).

**TABLE DES MATIÈRES | CONTENTS**

Le secret ministériel: fondements, enjeux et réforme—un entretien avec le professeur Yan Campagnolo **187**

Cabinet Secrecy: Foundations, Issues, and Reform—An Interview with Professor Yan Campagnolo **187**

## Le secret ministériel : fondements, enjeux et réforme — un entretien avec le professeur Yan Campagnolo

### Cabinet Secrecy: Foundations, Issues, and Reform — An Interview with Professor Yan Campagnolo

**Professeure MacDonnell:** *Vous êtes l'autorité en matière de secret ministériel au Canada. Vous étudiez le secret ministériel depuis une décennie et votre livre contient l'ensemble de vos recherches et réflexions sur la question. Avant d'entrer dans le vif du sujet, j'aimerais vous demander ce qui vous a incité à vous intéresser au secret ministériel et à écrire ce livre.*

**Professeur Campagnolo:** L'idée d'écrire un livre sur le secret ministériel m'est venue lorsque je travaillais au Bureau du Conseil privé qui, en plus d'être le ministère du premier ministre, est le secrétariat du Cabinet. En tant qu'avocat, je devais souvent répondre à des demandes d'accès aux documents du Cabinet dans le cadre de litiges, de commissions d'enquête, de travaux parlementaires et en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>1</sup> [ci-après «LAI» en français et «ATIA» en anglais]. C'est dans ce contexte que j'ai été initié à divers privilèges et immunités qui protègent les secrets gouvernementaux. En raison de mon intérêt pour la politique et le droit public, le secret ministériel — la doctrine qui protège la confidentialité des travaux du Cabinet — a piqué ma curiosité. J'ai toutefois vite constaté que peu d'ouvrages avaient été écrits sur le sujet et que peu de personnes, même dans la fonction publique, étaient familières avec les règles applicables. J'ai alors pris l'initiative d'effectuer des recherches et de préparer une formation pour démystifier le concept et tenter de le rendre plus accessible<sup>2</sup>. Par la suite, après avoir donné la formation à quelques reprises,

<sup>1</sup> LRC 1985, c A-1 [LAI] (en anglais: *Access to Information Act*, RSC 1985, c A-1 [ATIA]).

<sup>2</sup> Le contenu de la formation est présenté dans les textes suivants: Yan Campagnolo, « Le secret ministériel au Canada » (2018) 12:1 RDPP 33; Yan Campagnolo, « Cabinet Secrecy in Canada » (2019) 12:3 JPPL 583.

j'ai eu envie d'approfondir ma réflexion en rédigeant un ouvrage sur le sujet. Je souhaitais toutefois que l'ouvrage soit le fruit d'une recherche et d'une réflexion indépendantes: je ne voulais pas simplement présenter la position gouvernementale; je voulais aussi l'analyser de manière critique. C'est dans cette optique que j'ai proposé de faire ce projet dans un contexte universitaire. Au fil de mes lectures sur la primauté du droit et la séparation des pouvoirs, ma pensée a évolué. Je suis demeuré convaincu que le secret ministériel était essentiel au bon fonctionnement de notre système de gouvernement responsable, j'ai cependant observé que le régime législatif fédéral comportait d'importantes lacunes.

**Professor MacDonnell:** *In your book, you give readers a peek into the Cabinet room and a sense of how its secretive decision-making process unfolds. Why is Cabinet secrecy so important to the proper functioning of our system of government?*

**Professor Campagnolo:** To understand the importance of Cabinet secrecy, we must understand how the system of responsible government works, especially the confidence and solidarity conventions. As you know, under the *confidence convention*, ministers must maintain the support of the House of Commons to remain in power, and under the *solidarity convention*, ministers are collectively responsible for government decisions—they stand or fall as a group. But for these conventions to work as intended, ministers need a forum to propose, debate, and decide government policy and action. That forum is Cabinet. Cabinet meetings take place in private so that ministers can speak freely on proposed policies, reconcile any difference of opinion they may have, and reach a consensus on what to do. Cabinet secrecy also increases the efficiency and effectiveness of the decision-making process, by protecting ministers from undue external pressure and interference. Because of the *secrecy convention*, when a decision is made and announced, all ministers can publicly support that decision, knowing that any disagreement between them will remain private and therefore will not be exploited by their political opponents. In sum, without the *secrecy convention*, ministers could not remain united in public or maintain the confidence of the House of Commons. And, as a result, the system of responsible government would be dysfunctional.<sup>3</sup> If Cabinet meetings had to take

3 The political justification for Cabinet secrecy is explained in detail in Yan Campagnolo, *Behind Closed Doors: The Law and Politics of Cabinet Secrecy* (Vancouver: UBC Press, 2021) at 19–30 [Campagnolo, *Behind Closed Doors*]. See also Yan Campagnolo, “The Political Legitimacy of Cabinet Secrecy” (2017) 51:1 RJTUM 51 at 58–72 [Campagnolo, “Political Legitimacy”].

place in public, the real discussion between ministers would likely move to another—private—forum.<sup>4</sup>

**Professeure MacDonnell:** *Qu'est-ce que la convention sur l'accès? Comment s'est-elle développée?*

**Professeur Campagnolo:** La convention sur l'accès aux documents du Cabinet complète celle relative au secret de ses délibérations. En effet, tout comme il faut protéger la confidentialité des délibérations du Cabinet, il faut aussi protéger pendant un certain temps la confidentialité de ses documents<sup>5</sup>. Le système de documents du Cabinet que l'on connaît aujourd'hui—avec ses mémoires, ses ordres du jour, ses procès-verbaux et ses décisions—est assez récent dans l'histoire canadienne. Avant le début de la Deuxième Guerre mondiale, le Canada n'avait ni secrétariat du Cabinet ni système organisé de documents du Cabinet. C'est le premier ministre Mackenzie King qui, avec certaines réticences, a créé le secrétariat pour améliorer l'efficacité du processus décisionnel<sup>6</sup>. Cela dit, le fait de mettre en place un système formel de documents du Cabinet était sus-

4 For example, in 2001, British Columbia premier Gordon Campbell decided to open one Cabinet meeting per month to the public, with a live broadcast and online posting of the relevant Cabinet documents. But these meetings did not contain any debate, conflict, or discord between ministers. In fact, open Cabinet meetings are simply public relations stunts; they are not like closed Cabinet meetings. Ministers cannot afford to argue with each other in public. That is why the real discussion takes place behind closed doors. See Graham White, *Cabinets and First Ministers* (Vancouver: UBC Press, 2005) at 116.

5 Le secret ministériel n'a pas une durée indéfinie. D'un point de vue juridique, la protection temporelle des renseignements confidentiels du Conseil privé du Roi pour le Canada [ci-après «confidences du Cabinet»] se limite à vingt ans à l'ordre fédéral. Voir *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 39(4)a [LPC] (en anglais: *Canada Evidence Act*, RSC 1985, c C-5, s 39(4)a [CEA]); *LAI*, *supra* note 1, art 69(3)a. Toutefois, ces renseignements peuvent être rendus publics avant l'arrivée de cette échéance. Par exemple, les anciens et anciennes ministres sont habilités, par convention, à révéler des confidences du Cabinet (1) lorsqu'ils démissionnent en raison d'un désaccord avec leurs collègues afin d'expliquer la nature de ce désaccord et (2) lorsqu'ils publient leurs mémoires politiques dans le but de partager leur expérience avec la société civile. De plus, le gouvernement lève parfois volontairement le voile du secret dans l'intérêt public. Cela est arrivé dans le cadre de commissions d'enquête, de procès criminels, d'audits menés par le vérificateur général du Canada et de travaux parlementaires. Pour de plus amples détails à ce sujet, voir Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 aux pp 40–60; Campagnolo, «Political Legitimacy», *supra* note 3 aux pp 84–104.

6 Voir Arnold Heeney, *The things that are Caesar's: Memoirs of a Canadian public servant*, Toronto, University of Toronto Press, 1972 aux pp 73–81. Voir aussi ADP Heeney, «Mackenzie King and the Cabinet Secretariat» (1967) 10:3 Administration publique Can 366.

ceptible de miner la confidentialité des délibérations. Il pourrait y avoir des fuites et il y avait un risque que les opposants et opposantes politiques des ministres puissent avoir accès aux documents à la suite d'un changement de gouvernement. La *convention sur l'accès* a été précisément élaborée afin de remédier à ce problème. Aux termes de cette convention, les documents du Cabinet peuvent seulement être examinés par les ministres qui étaient en poste lors de leur création. Par conséquent, à la suite d'un changement de gouvernement, le gouvernement entrant ne peut avoir accès aux documents du Cabinet du gouvernement sortant. C'est le rôle du greffier ou de la greffière du Conseil privé, comme secrétaire du Cabinet et gardien ou gardienne de ses confidences, de faire respecter la convention. La *convention sur l'accès* est importante dans la mesure où, si la confidentialité des documents du Cabinet n'était pas protégée, les gouvernements cesseraient sans doute de les créer et une partie de nos archives nationales serait à tout jamais perdue<sup>7</sup>.

**Professor MacDonnell:** *Let us now discuss what happens when litigants seek access to government secrets in the context of judicial proceedings. Historically, how did judges deal with issues relating to the disclosure of government secrets in litigation under the common law?*

**Professor Campagnolo:** At common law, the disclosure of government documents in court is governed by the doctrine of public interest immunity. Under this doctrine, government documents must be protected if their disclosure would injure the public interest. Historically, a key issue under the common law was who should decide whether disclosure would injure the public interest: the responsible minister or the judge presiding over the proceedings? During the Second World War, in a case involving the disclosure of the plans for a top-secret submarine—*Duncan v Cammell Laird Co Ltd*<sup>8</sup>—the House of Lords ruled that the minister was the final decision maker. This ruling meant that if the responsible minister objected to disclosing government documents in litigation, the judge had to accept the objection without inspecting the documents and assessing the public interest. But, of course, this rule led to abuses of power. Ministers often objected to disclosure not to protect the public interest, but rather to deprive the other party of crucial evidence in cases against the

---

7 Pour une analyse détaillée de la *convention sur l'accès*, voir Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 aux pp 30–40. Voir aussi Campagnolo, «Political Legitimacy», *supra* note 3 aux pp 72–84.

8 [1942] UKHL 3, [1942] AC 624.

government.<sup>9</sup> In the *Duncan* case, the House of Lords surrendered a core judicial function to the government, namely, the power to control the admissibility of evidence in court. This decision was especially troubling given that the government often had an interest in the outcome of the proceedings. Fortunately, in 1968, the House of Lords acknowledged this problem and reversed its position in *Conway v Rimmer*.<sup>10</sup> Since then, judges, not ministers, decide whether government documents should be disclosed in litigation.<sup>11</sup> In my book, I argue that this position is more consistent with the rule of law and the separation of powers.<sup>12</sup>

**Professeure MacDonnell:** *Pourquoi le Parlement a-t-il décidé de s'écarter de la common law en établissant une immunité absolue à l'égard des renseignements confidentiels du Conseil privé du Roi pour le Canada [ci-après «confidences du Cabinet»] à l'ordre fédéral?*

**Professeur Campagnolo:** En 1970, après la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Conway*, et dans le contexte de la crise d'Octobre, le gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau a établi une immunité absolue pour certains types de documents, dont ceux relatifs à la sécurité nationale et ceux contenant des confidences du Cabinet. Le but de la disposition pertinente—l'article 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>13</sup> [ci-après «LCF»]—était d'écarter la common law pour faire en sorte que les ministres, et non les juges, décident de la divulgation de certains documents jugés très délicats. Vers le milieu des années 1970, plusieurs groupes, dont l'Association du Barreau canadien, ont exercé des pressions pour que le gouvernement Trudeau libéralise l'accès à l'information gouvernementale, hélas, en vain<sup>14</sup>. Ce n'est qu'au début des années 1980 que les libéraux ont semblé enfin prêts à moderniser le droit législatif fédéral. Ils ont alors déposé le projet de loi C-43, qui visait à abolir l'article 41(2)

9 See e.g. *Ellis v Home Office*, [1953] 2 QB 135, [1953] 3 WLR 105 (UK CA).

10 [1968] UKHL 2, [1968] AC 910.

11 Canadian courts follow the same approach with respect to Cabinet immunity under the common law. See generally *Carey v Ontario*, [1986] 2 SCR 637, 35 DLR (4th) 161; *British Columbia (AG) v Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20.

12 Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 at 70–76. See also Yan Campagnolo, “A Rational Approach to Cabinet Immunity Under the Common Law” (2017) 55:1 *Alta L Rev* 43 at 48–53 [Campagnolo, “Rational Approach”].

13 SRC 1970, c 10 (2<sup>e</sup> supp), art 41(2) [LCF].

14 Voir notamment T Murray Rankin, *Freedom of Information in Canada: Will the doors stay shut?*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1977.



de la LCF et à établir un régime d'accès à l'information<sup>15</sup>. Cependant, à la dernière minute, alors que le projet de loi était à l'étude en Chambre, le premier ministre Trudeau a imposé un amendement visant à préserver une immunité absolue pour les confidences du Cabinet dans le cadre de litiges et à exclure les documents du Cabinet de la portée de la LAI. Cet amendement a donné naissance aux articles 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>16</sup> [ci-après «LPC» en français et «CEA» en anglais] et 69 de la LAI, qui demeurent en vigueur<sup>17</sup>. Ces dispositions confèrent l'immunité la plus forte aux confidences du Cabinet dans l'ensemble des États de tradition Westminster<sup>18</sup>. La décision du premier ministre Trudeau est paradoxale en ce sens qu'il faisait suffisamment confiance aux juges pour leur permettre de décider de la divulgation de tous les types de documents (même ceux relatifs à la sécurité nationale) et d'invalider des lois sur la base de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>19</sup>, mais pas suffisamment pour les habiliter à décider de la divulgation des confidences du Cabinet.

**Professor MacDonnell:** *The federal statutory regime is thus in tension with the common law and leans very heavily against disclosure of Cabinet confidences in litigation. You have some strong criticisms of the federal statutory framework. Can you share some of these criticisms with us?*

**Professor Campagnolo:** I see two main problems with section 39 of the CEA and section 69 of the ATIA: these provisions are too broad, and they are not subject to meaningful judicial review. The first problem arises because these provisions do not provide a substantive definition of the term “Cabinet confidences.” Instead, they provide a list of documents in

15 Ce projet de loi est devenu la *Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, LC 1980-81-82-83, c 111. Le projet de loi a été déposé le 17 juillet 1980 et a reçu la sanction royale le 7 juillet 1982. Les annexes I et II sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1983 alors que l'annexe III est entrée en vigueur le 23 novembre 1982.

16 *Supra* note 5, art 39.

17 Sur l'évolution du régime législatif fédéral, voir Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 aux pp 123-37. Voir aussi Yan Campagnolo, «The History, Law and Practice of Cabinet Immunity in Canada» (2017) 47:2 RGD 239 aux pp 243-60 [Campagnolo, «History, Law and Practice»].

18 Pour un survol de l'immunité du Cabinet au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande et à l'ordre provincial au Canada, voir Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 aux pp 83-95, 232-40.

19 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

which Cabinet confidences can be found. But the list is not exhaustive. That means the provisions can be used to protect any document, even emails between public servants, that contain information loosely connected to the collective decision-making process. In fact, the statistics on the use of section 69 show that the vast majority of the documents excluded from the ATIA are not official Cabinet documents.<sup>20</sup> In short, whether a document is protected depends on whether, in the government's opinion, it reveals Cabinet confidences; it does not depend on whether its disclosure would truly be injurious or whether the public interest truly requires that it remain confidential. The second problem is even more serious. In litigation, judges do not have the power to inspect the documents certified by the clerk of the Privy Council to confirm that section 39 of the CEA was properly applied.<sup>21</sup> The same is true under the ATIA: neither the Information Commissioner nor the Federal Court can inspect the documents excluded under section 69.<sup>22</sup> Because of this dangerous combination of unfettered discretion and lack of meaningful review, I argue in my book that these provisions create a *legal black hole*—a zone of lawlessness—that can be used to conceal abuses of power.<sup>23</sup>

**Professeure MacDonnell:** *Vous dites que la portée de l'immunité du Cabinet est excessive et que cela peut donner lieu à des abus de pouvoir. Pouvez-vous nous donner un exemple concret de situation dans laquelle le gouvernement a fait un usage inapproprié de l'immunité?*

**Professeur Campagnolo:** Le meilleur exemple d'une telle situation est la saga relative aux documents de travail. Les documents de travail étaient un type de documents du Cabinet ayant comme but de lancer une réflexion générale sur un sujet d'intérêt public. Ils contenaient des renseignements factuels et contextuels qui visaient à aider les ministres à comprendre un problème et les options possibles pour le régler. Lors de l'adoption des

20 Since 2017–2018, more than 75% of Cabinet exclusion claims under the ATIA, *supra* note 1, have been for documents that are not part of the Cabinet Paper System. For the most recent statistical report, see Treasury Board of Canada Secretariat, "Access to Information and Privacy Statistics - 2021-22, Access to Information" (14 December 2022), online (xlsx): *Government of Canada* <[www.canada.ca/content/dam/tbs-sct/documents/access-information-privacy/2021-22-ATI-Dataset.xlsx](http://www.canada.ca/content/dam/tbs-sct/documents/access-information-privacy/2021-22-ATI-Dataset.xlsx)>.

21 See *Babcock v Canada* (AG), 2002 SCC 57 at para 40.

22 See *Canadian Broadcasting Corporation v Canada* (Information Commissioner), 2011 FCA 326 at paras 49–54.

23 Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 at 213–18. See also Yan Campagnolo, "Cabinet Immunity in Canada: The Legal Black Hole" (2017) 63:2 McGill LJ 315 at 365–71.

articles 39 de la *LPC* et 69 de la *LAI*, le Parlement avait prévu une exception pour les documents de travail: au lieu d'être protégés pendant vingt ans comme les autres documents du Cabinet, ils devenaient accessibles dès que le gouvernement rendait publique la décision sous-jacente<sup>24</sup>. Les documents de travail devaient ainsi promouvoir la transparence et ouvrir une fenêtre sur les travaux du Cabinet en communiquant aux citoyens et citoyennes les faits sur lesquels les ministres s'étaient fondés pour prendre une décision. En 1984, le gouvernement a hélas arrêté de produire les documents de travail et transféré les renseignements figurant dans les documents de travail dans la section *Analyse* des mémoires au Cabinet. Ce changement a eu pour effet de neutraliser l'exception relative aux documents de travail puisque les mémoires au Cabinet sont protégés pendant vingt ans. Il faudra attendre près de deux décennies avant que cette décision soit contestée avec succès. En 2003, dans l'arrêt *Canada (Environnement) c Canada (Commissaire à l'information)*<sup>25</sup>, la Cour d'appel fédérale a pris note des changements apportés au format des documents du Cabinet et, malgré l'objection du gouvernement, a décidé que l'exception relative aux documents de travail demeurerait pertinente et s'appliquait désormais à la section *Analyse* des mémoires au Cabinet. Cependant, en 2012, le gouvernement conservateur de Stephen Harper a décidé d'abolir cette section des mémoires au Cabinet<sup>26</sup>. Ce changement a fait en sorte qu'il est devenu très difficile d'appliquer l'exception relative aux documents de travail. La saga des documents de travail constitue un exemple de situation où l'interprétation et l'application du régime législatif par le gouvernement peuvent être jugées abusives.

**Professor MacDonnell:** *While you are critical of the federal statutory regime, you also propose solutions to address its flaws. What recommendations do you make for reforming section 39 of the CEA and section 69 of the ATIA?*

**Professor Campagnolo:** In my book, I put forth several recommendations to ensure that the scope of Cabinet immunity is proportional to its objective and that Cabinet immunity claims are subject to meaningful judicial

24 *LPC*, *supra* note 5, art 39(4)b); *LAI*, *supra* note 1, art 69(3)b).

25 2003 CAF 68 aux para 23–26.

26 Sur l'évolution des documents de travail, voir Campagnolo, «History, Law and Practice», *supra* note 17 aux pp 273–79. Sur l'abolition de la section *Analyse* des mémoires au Cabinet, voir Ken Rubin, «Harper's Cabinet need not have any background facts, reinforces greater Cabinet secrecy», *The Hill Times* (14 avril 2014) 15.

review.<sup>27</sup> Four are especially important. First, Cabinet immunity should be protected based on an injury test,<sup>28</sup> as is the case in the United Kingdom and New Zealand.<sup>29</sup> The question should be whether disclosure of the information would be injurious, not whether the information is a Cabinet confidence. Second, Cabinet immunity should not apply when the public interest in disclosure outweighs the public interest in nondisclosure. Even if disclosure would be injurious, sometimes the public interest requires it (for example, to prevent “a grave environmental, health or safety hazard to the public,”<sup>30</sup> or to shed light on credible allegations of fraud or mismanagement<sup>31</sup>). Third, Cabinet immunity should not be claimed to protect factual and background information related to a decision that has been made public. In other words, there must be a true and effective exception for discussion papers.<sup>32</sup> And finally, courts should have the power to inspect Cabinet confidences to ensure the government is properly applying section 39 of the *CEA* and section 69 of the *ATIA*.<sup>33</sup> In my opinion, this change is the most important: Canadian law could tolerate an overreaching immunity as long as its application is subject to meaningful judicial review. It would significantly reduce the risk of abuse.

**Professeure MacDonnell:** *Le contrôle judiciaire est certes important, mais la question de savoir si des confidences du Cabinet devraient être divulguées est*

27 Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 at 232–40. See also Yan Campagnolo, “Rethinking Cabinet Secrecy” (2020) 13:3 JPPL 497 at 506–18; Yan Campagnolo, “Repenser le secret ministériel” (2020) 50:1 RGD 5 at 19–34.

28 Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 (“[u]nder an injury test, information can be protected only if its disclosure would truly injure one of the following: (1) the convention of collective ministerial responsibility; (2) the candour of Cabinet discussions; or (3) the efficiency of the Cabinet decision-making process” at 233).

29 For the United Kingdom, see *Freedom of Information Act 2000* (UK), s 36(2). For New Zealand, see *Official Information Act 1982* (NZ), 1982/156, ss 9(2)(f)–(g).

30 See e.g. *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, RSO 1990, c F.31, s 11(1).

31 Cabinet confidences have been disclosed for this reason in the context of commissions of inquiry and criminal prosecutions. See Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 at 47–50.

32 *Ibid* (“[f]or the [discussion paper] exception to work in practice, the format of Cabinet documents must be modified to ensure that factual and background information...can easily be severed from ministerial views and recommendations” at 234).

33 Courts have this power under the common law in Westminster states, including in Canadian provinces. The federal government in Canada stands alone in preventing courts from inspecting and ordering the production of Cabinet confidences when the interest of justice outweighs the interest of good government. See *ibid* at 121–22.

*au cœur de la fonction exécutive. Les juges ont-ils l'expérience, l'expertise et les connaissances requises pour prendre ce type de décision?*

**Professeur Campagnolo:** Je suis convaincu que les juges ont les aptitudes requises pour prendre ce type de décision. En fait, ils le font sans problème depuis plusieurs décennies en common law et en droit législatif pour tous les autres types de renseignements gouvernementaux. Il faut aussi garder à l'esprit que si le juge de première instance se trompe sur une question de divulgation, l'erreur peut être corrigée en appel. L'enjeu important que votre question soulève porte sur la méthode que les juges devraient suivre pour pondérer l'intérêt public lorsqu'ils sont appelés à trancher ce type de controverse. J'examine cet enjeu en détail dans mon livre, en proposant une *approche rationnelle* pour l'évaluation des revendications d'immunité<sup>34</sup>. Deux aspects de l'intérêt public sont pertinents: l'intérêt du bon gouvernement, qui exige du pouvoir exécutif qu'il protège la confidentialité des renseignements dont la divulgation pourrait nuire au bon fonctionnement de l'État, et l'intérêt de la justice, qui requiert que le pouvoir judiciaire ait accès à tous les renseignements pertinents pour assurer une juste résolution du litige. L'atteinte d'un juste équilibre entre ces deux aspects de l'intérêt public est un exercice délicat. Toutefois, il est clair que la personne appropriée pour porter ce jugement est le juge, puisque le pouvoir de contrôler l'admissibilité de la preuve dans le cadre d'un procès est une fonction judiciaire fondamentale. Le pouvoir exécutif peut décider de la divulgation des confidences du Cabinet en dehors du contexte judiciaire, mais, dans le cadre d'un litige, cette décision revient, en définitive, à un juge indépendant et impartial. Le pouvoir exécutif ne devrait pas prendre ce type de décision à la place du pouvoir judiciaire, surtout lorsque le gouvernement est partie prenante au litige. En effet, une telle situation créerait un risque que le gouvernement supprime les éléments de preuve défavorables à sa cause, sans que les tribunaux ne puissent intervenir. Cela aurait pour conséquence de miner la confiance du public dans l'administration de la justice.

**Professor MacDonnell:** *Thank you very much, Yan, and congratulations on your latest book. I encourage everyone to read it.*

**Professeur Campagnolo:** Thank you for your insightful questions, Vanessa. It was, as always, a real pleasure discussing thorny public law issues with you.

---

34 *L'approche rationnelle* est décrite dans Campagnolo, *Behind Closed Doors*, *supra* note 3 aux pp 95-117; Campagnolo, «Rational Approach», *supra* note 12 aux pp 68-88.